

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

KADUR ALBORNOZ DA ROSA

**ANÁLISE CRÍTICA DO COMBATE À ELISÃO FISCAL NO BRASIL À LUZ DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

PORTO ALEGRE

2024

KADUR ALBORNOZ DA ROSA

**ANÁLISE CRÍTICA DO COMBATE À ELISÃO FISCAL NO BRASIL À LUZ DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

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

Orientador: Prof. Dr. Éderson Garin Porto

PORTO ALEGRE

2024

R788a Rosa, Kadur Albornoz da.
Análise crítica do combate à elisão fiscal no Brasil à luz da análise econômica do direito / por Kadur Albornoz da Rosa. – 2024.
61 f. ; 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, 2024.
“Orientador: Dr. Éderson Garin Porto”.

1. Análise econômica do direito. 2. Elisão fiscal. 3. Teoria do propósito negocial. 4. Greco, Marco Aurélio, 1947-. 5. Custos de transação. 6. Custos de conformidade. 7. Planejamento tributário. I. Título.

CDU: 343.359

KADUR ALBORNOZ DA ROSA

**ANÁLISE CRÍTICA DO COMBATE À ELISÃO FISCAL NO BRASIL À LUZ DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

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

Aprovado em 30 abril 2024

BANCA EXAMINADORA

Manoel Gustavo Neubarth Trindade – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Cristiano Colombo – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Melissa Castello – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

À minha amada esposa, Jamille, pelo apoio e paciência ao longo da jornada.

Aos meus pais por terem inculcado em mim o valor e o amor pelo conhecimento.

Ao meu orientador Ederson Garin Porto pela colaboração e sugestões que permitiram a realização deste trabalho.

Ao Prof. Manoel Gustavo Neubarth Trindade, pela inspiradora introdução à Análise Econômica do Direito.

Incrivelmente difícil é convencer o jurista adepto de um determinado método de trabalho, que os outros juristas, adeptos de outros métodos, não são inimigos que se devam exterminar, mas quase sempre aliados com os quais seria muito vantajoso procurar um ajuste para reciprocamente se auxiliarem (BECKER, 2010, p. 65).

RESUMO

O presente trabalho busca lançar luzes sobre o debate do combate à elisão fiscal no Brasil, trazendo para a discussão elementos da Análise Econômica do Direito. O objetivo é analisar os efeitos concretos da atual forma pelo qual o combate à elisão fiscal é realizado pela Administração Pública.

As premissas teóricas do trabalho são o construtivismo lógico-semântico, a teoria da firma, a economia dos custos de transação, as falhas de mercado e as falhas de governo.

A abordagem parte do delineamento de conceitos básicos da Análise Econômica do Direito, continua com a construção do panorama do combate à elisão fiscal no Brasil, focando na análise da obra que de Marco Aurélio Greco, maior expoente da corrente teórica predominante no momento e a apuração de como esta teoria está sendo recepcionada e aplicada pelos principais órgãos de julgamento tributário do País — CARF, STJ e STF. A partir do cenário constatado, foi realizada a ligação entre os conceitos de Análise Econômica do Direito antes trazidos e as figuras relevantes na discussão do combate à elisão fiscal.

Após a construção deste arcabouço teórico, passou-se à análise crítica e diagnóstica dos efeitos da forma como o combate à elisão fiscal tem sido realizada no Brasil, para então propor soluções na área de políticas públicas que tem a capacidade de atingir o mesmo fim com meios menos onerosos para a economia nacional.

Ao fim da análise realizada, concluiu-se que a forma mais eficiente de combate à elisão fiscal é a de aprimoramento contínuo da legislação, em substituição às formas atuais, que causam um cenário de escolha sob incerteza e, por conseguinte, inviabilizam uma escolha racional por parte dos contribuintes.

Palavras-chave: análise econômica do direito; elisão fiscal; teoria do propósito negocial; Marco Aurélio Greco; custos de transação; custos de conformidade.

ABSTRACT

The present work seeks to shed light on the debate regarding the fight against tax avoidance in Brazil, bringing elements of Economic Analysis of Law into the discussion. The objective is to analyze the concrete effects of the current way the fight against tax avoidance is conducted by the Public Administration.

The theoretical premises of this study are the logical-semantic constructivism, the theory of the firm, transaction cost economics, market failures, and government failures.

The approach begins with outlining basic concepts of Economic Analysis of Law, continues with constructing an overview of the fight against tax avoidance in Brazil, focusing on the analysis of Marco Aurélio Greco's work, the leading exponent of the predominant theoretical current at the moment, and the investigation of how this theory is being received and applied by the main tax judgment bodies in the country – CARF, STJ and STF. Based on the observed scenario, a connection was made between the previously discussed concepts of Economic Analysis of Law and the relevant figures in the discussion of combating tax avoidance.

After constructing this theoretical framework, a critical analysis and diagnosis of the effects of the current methods of combating tax avoidance in Brazil were conducted, to then propose public policy solutions that have the capacity to achieve the same end with less onerous means for the national economy.

At the end of the analysis, it was concluded that the most efficient way to combat tax avoidance is through the continuous improvement of legislation, in substitution of the current methods, which create a scenario of choice under uncertainty and, consequently, make rational choice by taxpayers unfeasible.

Key-words: law and economics; tax avoidance; business purpose theory; Marco Aurélio Greco; transaction costs; conformity costs.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CBS	Contribuição sobre Bens e Serviços
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CNAE	Código Nacional de Atividade Econômica
COFINS	Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
CPP	Código de Processo Penal
CSLL	Contribuição Sobre Lucro Líquido
EC	Emenda Constitucional
FGV	Fundação Getúlio Vargas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBS	Imposto sobre Bens e Serviços
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPTU	Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana
IPVA	Imposto sobre Veículos Automotores
IR	Imposto sobre a Renda
ISS	Imposto Sobre Serviços
ITBI	Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis Intervivos
ITCD	Imposto sobre Transmissão de Bens Causa Mortis e Doação
ITR	Imposto sobre Propriedade Territorial Rural
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Decreto -Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PIS	Programa de Integração Social
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	11
2.1. Análise Econômica do Direito e sua função no presente trabalho.....	11
2.2. Análise Econômica do Direito e Sistemas de Conhecimento	12
2.3. Custos de Transação e de Organização.....	16
2.4. Assimetria Informacional.....	17
2.5. Externalidades Positivas e Comportamento Oportunista	18
2.6. Falhas de Governo	19
3. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E NORMA ANTIELISIVA.....	21
3.1. Planejamento Tributário	21
3.2. Histórico do Combate à Elisão Fiscal no Brasil	23
3.3. A Teoria do Propósito Negocial	26
3.4. Aplicação da Teoria do Propósito Negocial no Brasil	31
4. ANÁLISE CRÍTICA AO COMBATE À ELISÃO FISCAL NO BRASIL	38
4.1. Os Tributos como Custo de Transação.....	38
4.2. Planejamento Tributário e o Problema do Carona	42
4.3. A Existência de Oportunidades para Elisão Tributária como uma Falha de Governo.....	43
5. ALTERNATIVAS MAIS EFICIENTES PARA O COMBATE À ELISÃO FISCAL .	48
5.1. A Oportunidade faz o Planejamento	48
5.2. Atacando as Causas Jurídicas do Problema	49
5.3. Aprimorando e Reduzindo o Número de Materialidades Tributárias.....	52
6. CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	58

1. INTRODUÇÃO

Planejamento Tributário é um dos temas mais discutidos pelos tributaristas e economistas. Incontáveis trabalhos foram escritos sob as premissas dos diversos lados da discussão. Aqueles que defendem sua legitimidade partem de premissas como a tipicidade da tributação, a liberdade do contribuinte de agir de forma a reduzir seus tributos e a ausência de um interesse geral do Estado em arrecadar qualquer operação econômica (BECKER, 2004, 2010; XAVIER, 2001). Do outro lado, os argumentos vão desde a injustiça da utilização de formas lícitas para burlar o espírito da lei, a fraude à lei, o abuso de direito, a eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva e, mais recentemente, o dever fundamental de pagar impostos (GRECO, 2019; HUCK, 1997; YAMASHITA, 2005).

Ou seja, a literatura está saturada de discussões de índole exclusivamente jurídica, ou exclusivamente econômica. A conjunção destas análises, contudo, costuma acontecer apenas nos casos nos quais o Fisco busca apelar ao espanto causado pelos grandes números a fim de reduzir o prejuízo às contas públicas causadas pelos planejamentos tributários.

Em verdade, a conjunção entre Direito Tributário e Análise Econômica do Direito ainda carece de maior exploração, com poucos autores tendo desbravado esta área, embora com brilhantes contribuições (CALIENDO, 2009; CARVALHO, 2018). O objetivo deste trabalho é, de forma incipiente, contribuir para que a Análise Econômica do Direito passe a ser considerada como um elemento nas discussões acerca do planejamento tributário. Além disso, constitui um exercício de demonstrar o lado oculto da discussão: os efeitos que a forma atual de combate à elisão fiscal acarretam para a economia.

O objetivo geral é trazer à luz os efeitos decorrentes do atual *modus operandi* do Fisco ao combater a elisão fiscal por ele considerada ilegítima.

Os objetivos específicos são:

- a) fazer um diagnóstico de como a obra do principal expoente teórico do combate à elisão fiscal ilegítima — Marco Aurélio Greco — tem sido recepcionada pelos tribunais que julgam processos tributários envolvendo a matéria — CARF, STJ e STF, considerando que o primeiro é onde há discussão mais técnica, e os demais são onde é realizada a unificação

jurisprudencial —, a fim de verificar se ela é aplicada de forma adequada, ou utilizada como mera ferramenta retórica para cumprir os objetivos arrecadatários.

- b) Avaliar os efeitos práticos da forma como o combate à elisão fiscal considerada ilegítima acarretam para a economia brasileira e para os contribuintes;
- c) Propor formas alternativas menos onerosas de realizar o combate à elisão fiscal considerada ilegítima, considerando as premissas do trabalho

A expectativa é que, se esses objetivos foram atingidos, os resultados aqui possam ser utilizados em pesquisas futuras sobre a matéria, auxiliar os operadores do direito a entender e utilizar conceitos de Análise Econômica do Direito em suas análises cotidianas, bem como inspirar políticas públicas que reduzam os custos de transação representados pelos tributos.

Por fim, o trabalho justifica-se enquanto dissertação em nível de mestrado profissional por aliar os conhecimentos teóricos das pesquisas a conhecimentos práticos obtidos pela experiência do autor, bem como por ter dentre os objetivos a disponibilização de elementos para auxiliar os profissionais do direito e legisladores a utilizar os conceitos e conclusões aqui em sua prática profissional.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1. Análise Econômica do Direito e sua função no presente trabalho

A AED é uma ferramenta que proporciona melhor análise dos fenômenos jurídicos a partir da utilização de princípios das ciências econômicas (POSNER, 1974-). Ou seja, seu objetivo é, julgar os fenômenos jurídicos a partir da observação de seus efeitos. Por isso, ela é uma forma de análise consequencialista.

Nesse ponto, chamar a AED de uma escola de pensamento é uma imprecisão, porquanto não há necessariamente uma unicidade teórica mínima que permita encontrar um fio condutor entre os seus autores. Em verdade, o único fio condutor que reúne os autores que utilizam a AED é exatamente o fato de agregarem princípios das ciências econômicas para analisar fenômenos jurídicos, variando inclusive nas ferramentas utilizadas para tanto.

Ou seja, a AED não pretende suplantar as ciências jurídicas, mas tão somente agregar qualidade às suas decisões. Exatamente por esse motivo, ela não pode ser confundida com a escola da Interpretação Econômica do Direito Tributário, cuja pretensão é substituir os conceitos das ciências jurídicas pelos conceitos das ciências econômicas (BECKER, 2004). Ressalte-se que tal confusão é comum, e um dos motivos pelo qual há preconceito de muitos tributaristas na utilização desta abordagem em seus trabalhos (NEUBARTH TRINDADE, 2013).

Ainda, dentro da AED, existem ao menos duas grandes correntes que divergem quanto ao seu papel. De um lado, a concepção positiva, que entende que o papel da AED é auxiliar na compreensão dos fenômenos jurídicos. Por outro lado, existem a corrente normativa, que defende que o princípio jurídico da eficiência é uma porta no Direito que permite a utilização das ferramentas da AED para criar normas jurídicas a partir de mandados de otimização da eficiência das normas existentes (CALIENDO, 2009). Ao longo do trabalho proposto, a AED será identificada com a concepção positiva.

A escolha pela concepção positiva da AED deve-se à necessidade de compatibilizar o trabalho, pois o modelo jurídico base será o do construtivismo lógico-semântico, cujo maior expoente brasileiro é Paulo de Barros Carvalho.

O construtivismo lógico-semântico une a teoria da linguagem ao positivismo jurídico de Kelsen, e assume que há distinção entre texto e norma, sendo o papel do

jurista aplicar o direito a partir da conversão dos textos em normas individuais e concretas, mediante o processo de concretização das normas. Nessa configuração, o jurista deve se limitar ao texto e ao contexto para construir as normas jurídicas, não podendo incluir nesse processo valores e proposições alheias aos textos jurídicos que lhe servem de instrumento de trabalho. (CARVALHO, PAULO DE BARROS, 2009)(CARVALHO, AURORA TOMAZZINI DE, 2009).

Existem, contudo, pontos nos quais é possível que, mesmo dentro da lógica do construtivismo lógico-semântico, a AED seja aplicada de forma normativa: as lacunas legislativas e as normas que determinem ao julgador a utilização de uma análise consequencialista.

Exemplo disso é o art. 20, da LINDB: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.”

Contudo, como o presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica da aplicação da teoria do propósito negocial no combate à elisão fiscal no Brasil, será adotada a concepção positiva.

2.2. Análise Econômica do Direito e Sistemas de Conhecimento

A principal vantagem de servir-se de elementos da economia em uma análise, é que as ciências econômicas, enquanto área da ciência que busca entender a melhor forma de alocação de recursos escassos, possuem capacidade ímpar em apropriar e conciliar elementos de outras ciências na construção de seus modelos de análise.

A economia surge como uma disciplina autônoma a partir do trabalho de Adam Smith (2007), que à época era considerado um filósofo social. Desde então, agregou elementos matemáticos (econometria), epistemológicos (racionalidade limitada, assimetria informacional), política (escolha pública), sociologia (teoria da pena e assimetria de poder), psicologia comportamental (vieses cognitivos), abarcando um infinito de modelos teóricos que buscam entender a realidade das relações humanas a partir da união de diversos elementos do conhecimento humano.

Esses modelos teóricos, para fins deste trabalhos, serão trabalhados de acordo com a concepção de Karl Popper (2007), ou seja: um sistema de conhecimento que parte de axiomas elementares — que podem ser hipóteses que, por sua vez, transportam elementos de outro sistema de conhecimento — falseáveis, simples¹, compatíveis e corroboráveis.

Assim, a fim de realizar a análise aqui proposta, é importante expor esses axiomas elementares que servirão de base para o presente trabalho.

A primeira hipótese é a de que “os mercados são eficientes”. Essa hipótese é a base da economia neoclássica, e carrega a noção básica de que um sistema de livre mercado é mais eficiente na alocação dos bens escassos do que um sistema de controle central da economia.

Eficiência, em termos econômicos, é uma relação comparativa entre resultados e recursos empregados. Logo, algo é eficiente se, em comparação com as alternativas, produzir mais resultados com recursos equivalentes ou produzir o mesmo recurso com a utilização de menos recursos. Nesse trabalho, será utilizado o conceito de eficiência de Pareto (2014), no qual o estado de máxima eficiência é aquele no qual é maximizada a satisfação de cada um dos indivíduos — ofelividade — sem que haja a redução de satisfação de nenhum deles. Ou seja, é quando se esgotam todas as trocas voluntárias capazes de maximizar a satisfação pessoal de todos os agentes em um determinado sistema.

Inicialmente, parece ser uma questão simples, mas a definição de o que são melhores resultados e qual o valor dos recursos varia de acordo com o valor empregado por cada indivíduo a determinada situação.

Aqui, surge a segunda hipótese que sustenta o modelo teórico deste trabalho: o valor é uma escala individual e relativa, conforme proposto por Carl Menger (2007) em sua teoria do valor subjetivo. Em seus ensinamentos, o austríaco refuta a teoria do valor objetivo que serviu de paradigma para a economia clássica, ao demonstrar que o valor vem da utilidade de determinado bem para cada pessoa em determinado momento, e não da mera soma do custo de produção do bem.

¹ A simplicidade requerida por Popper parece ser um reflexo das limitações de raciocínio humanas durante a corroboração de uma teoria. Para um trabalho escrito e de pequeno escopo, a exigência de Popper faz sentido, motivo pelo qual será adotada neste trabalho. No entanto, considerando os avanços tecnológicos e máquinas que são capazes de elaborar cálculos e testes em velocidades muito superiores aos seres humanos, em trabalhos que utilizem recursos tecnológicos avançados, a simplicidade tende a deixar de ser um elemento necessário.

Um exemplo que demonstra bem essa teoria é o da água. Um cidadão de uma cidade com saneamento básico provavelmente atribua um valor baixo para a água, pois pode simplesmente se dirigir à torneira mais próxima e abri-la para ter acesso a esse bem que, conquanto essencial, lhe é trivial. Por outro lado, um cidadão que mora em uma região desértica e com difícil acesso à água provavelmente valoriza este bem a um ponto em que trocaria muitos de seus outros pertences para lhe ter acesso.

Como exemplo literário, podemos trazer uma cena da obra *Duna* (HERBERT, 1990), na qual no primeiro encontro entre o Duque Leto Atreides e Stilgar, líder dos Fremen, esse cospe em direção àquele. Inicialmente, Leto, vindo de um mundo onde a água é abundante, considera tal movimento como um insulto. No entanto, é alertado por seu aliado Duncan, que no planeta desértico que se encontravam — Arrakis — cuspir na direção de alguém era um sinal de respeito, pois significava renunciar a um de seus bens mais valiosos: a humidade corporal.

Nesse ponto surge a seguinte dúvida como é possível realizar uma análise lógica de larga escala partindo da ideia de que o valor é subjetivo? A resposta para essas perguntas é composta de dois elementos.

O primeiro é a existência do dinheiro. Em um sistema de trocas livres, o dinheiro serve como a medida pela qual os indivíduos transacionam e exercem a sua escala de valores. O segundo é a lei da oferta e da demanda, que faz com que as escalas de preferência, atuando de forma coordenada em um sistema de mercado, ordenem o preço dos bens disponíveis, cujo valor será representado pela quantia monetária necessária para adquirir determinado bem. Nesse sentido, um bem muito disputado e raro terá custo de aquisição superior a um bem pouco disputado, ainda que raro.

Um exemplo seria o de alguma matéria prima que, embora rara, não possua uso conhecido. Por ser considerada inútil, sua raridade não é suficiente para torná-la um recurso valioso. No entanto, se no futuro for descoberta alguma utilidade para ela, a tendência é que seu custo aumentará de forma exponencial, porquanto mais pessoas irão disputá-la.

Esses dois elementos integram a teoria das escolhas racionais. Essa teoria, também chamada de modelo do *homo economicus* (MANKIWI, 2016), traz como pressupostos a ideia de que os indivíduos tomam decisões com base em seu

interesse próprio² e nas informações disponíveis de forma a realizar trocas que aumentem o seu grau de satisfação. Nesse contexto, se A prefere o bem X ao bem Y, e B prefere o bem Y ao bem X, a tendência é que, se os dois se encontrarem, a troca entre os bens ocorra e isso represente o aumento do nível de satisfação dos dois indivíduos.

Se diz que há tendência pois existem elementos que podem impedir que essa troca ocorra, tais como a assimetria de informações (A não sabe que B quer X, ou não sabe que B possui Y, por exemplo) e a assimetria de poder (A sabe que B quer X, mas ao mesmo tempo sabe que por sua posição privilegiada, pode aguardar que B tenha que ceder e dar mais de Y por X).

A escolha do paradigma da escolha racional não significa ignorar os avanços trazidos à ciência econômicas pela análise compartamental, mas sim reconhecer que, salvo por aqueles elementos que podemos universalizar — como a assimetria informacional, que será tratada de forma detalhada mais adiante — em uma análise que tenha por objeto um país de dimensões continentais e população por volta de 200 milhões como o Brasil, a lei dos grandes números de Bernoulli nos permite descartar alguns elementos que aumentem a complexidade da análise, sem prejuízo de que, em trabalhos posteriores, esses elementos possam ser agragados ao modelo aqui proposto de forma a encontrar soluções para eventuais problemas que surjam.

A lei dos grandes números de Bernoulli traz a proposição de que, embora numa análise limitada os dados possam apresentar grande distorção em virtude das variáveis existentes, em uma escala infinitesimal, os eventuais desvios tendem a ter seu impacto reduzido, nos permitindo praticamente descartar tais variações, ou, ao menos, agrupá-las de forma a encompassá-las na análise (POPPER, 2007).

Logo, a abordagem aqui não será de uma teoria da decisão do contribuinte ou do gestor público, que deveria levar em consideração todos os vieses cognitivos possíveis, mas sim do comportamento esperado deles, considerando o modelo de escolha racional.

A terceira das proposições elementares deste trabalho é a de que a eficiência do mercado é minada pela existência das chamadas falhas de mercado, que são

² Ao se dizer que as decisões são tomadas com base no interesse próprio, não há assunção automática de ação egoísta, pois a satisfação buscada pode vir, inclusive, de ajudar outro indivíduo (POSNER, 1974-).

elementos naturais das relações humanas e que reduzem a sua eficiência. Algumas falhas de mercado serão melhor abordadas de forma individualizada nos próximos pontos, pois serão de grande importância para a análise que se pretende realizar no presente trabalho.

2.3. Custos de Transação e de Organização

A primeira falha de mercado que será destacada para fins deste trabalho são os custos de transação.

Coase (1937) revolucionou as ciências econômicas ao constatar que as firmas são criadas pois serviam como uma forma de reduzir os custos da utilização do sistema de preços. Essa proposição de Coase é denominada Teoria da Firma, e explica a existência de estruturas de planejamento dentro de um sistema de mercado

Antes dessa descoberta, o cálculo econômico era baseado tão somente nos custos de produção e transporte das mercadorias, ignorando os custos para a manutenção do sistema de mercado.

Esses custos foram denominados posteriormente como custos de transação, e inaugurou todo um campo de estudo na economia. Em contrapartida, posteriormente foram identificados os custos de organização, ou seja, os custos para que determinada função fosse internalizada na firma, em substituição ao mercado. A constatação da existência desses dois custos opostos, deu azo à criação da chamada “economia dos custos de transação”, na qual, o objetivo é apurar os custos de cada uma das opções — terceirização e internalização — e determinar a mais eficiente (WILLIAMSON, 2008).

O conceito de custo de organização também é aplicável para os custos governamentais, considerando que o Estado é uma estrutura de planejamento em meio a um sistema de mercado nos países onde a economia possui base capitalista — ainda que limitada — como acontece no Brasil.

No presente trabalho, a identificação dos custos de transação e de organização permitirá analisar os métodos empregados por contribuinte na busca por economia tributária, e pelo Estado na busca de arrecadação.

2.4. Assimetria Informacional

Outra das falhas de mercado que será relevante na análise posterior é a assimetria informacional. A assimetria informacional é um efeito natural da própria forma pela qual os seres humanos têm contato com o mundo. Cada indivíduo capta informações acerca de seus arredores de forma diferente: alguns são mais visuais, outros mais auditivos, e outros sinestésicos. Além disso, as escolhas individuais e a capacidade intelectual determinam que pessoas diferentes terão níveis diferentes de conhecimento em cada área. Assim, a informação está distribuída de forma diferente ao longo da sociedade.

O primeiro economista a considerar os efeitos da informação — ou, mais importante, sua ausência — no processo de tomada de decisão foi Hayek (1975). O fato de que o conhecimento do ser humano é limitado permeia toda sua obra, e foi o principal motivo pelo qual combateu o planejamento centralizado e defendeu a ordem espontânea.

Três autores colaboraram especialmente para a formação do conceito de assimetria de informação: George Akerlof (1970), Joseph Stiglitz (1976) e Michael Spence (1973). Analisando mercados específicos, estes economistas perceberam os efeitos que a assimetria informacional possuía nos processos de contratação. Tomando por exemplo o caso do mercado de carros, estudado por Akerlof, é comum que o comprador não possua o conhecimento suficiente para entender o real estado do produto que está buscando. Nesse caso específico, esse conhecimento pode ser técnico — saber avaliar as condições mecânicas do veículo, por exemplo — ou meramente histórico — saber quais o histórico do carro, a fim de entender a real depreciação do bem. Em uma perspectiva puramente econômica, tal falta de informação gera um efeito conhecido por seleção adversa, no qual os melhores carros (*peaches*) são removidos do mercado, pois a média de preço é puxada para baixo devido aos carros em pior estado (*lemons*).

Seria possível reduzir tal assimetria informacional utilizando a análise do automóvel por um mecânico, por exemplo, mas tal alternativa representa a majoração dos custos de transação da operação.

No caso do Direito, a sua linguagem hermética e a multiplicidade de normas apresenta uma barreira informacional para que os indivíduos conheçam as possibilidades e obrigações existentes. Na configuração atual do nosso sistema

jurídico, contudo, o desconhecimento do sistema jurídico não é motivo para não o cumprir³.

No campo jurídico, a forma de reduzir a assimetria informacional é contratar um consultor jurídico que possa auxiliar o indivíduo a lidar com a complexidade do sistema. Essa contratação, dessa forma, é um custo de transação, que deve ser acrescido à equação para fins de análise futura.

Além disso, a obtenção de informações pelo Estado a fim de fazer cumprir a lei implica contratação de pessoal e sistemas para aumentar seus poderes de fiscalização. Essas contratações acarretam custos de organização, que também devem ser considerados na equação de análise.

2.5. Externalidades Positivas e Comportamento Oportunista

Outra falha de mercado são as externalidades. As externalidades são efeitos que as transações e atividades de um determinado indivíduo ou grupo tem sobre terceiros não diretamente envolvidos.

Esses efeitos podem ser benéficiais ou prejudiciais. Se forem benéficiais, são chamados de externalidades positivas, e se forem prejudiciais, são chamados de externalidades negativas.

Um exemplo de externalidade negativa é a poluição gerada por uma fábrica. Um exemplo de externalidade positiva é a valorização de um imóvel devido à construção de um mercado nas proximidades.

As externalidades negativas são as que costumam atrair o maior número de estudos, considerando os desafios de atribuição do custo de arcar com esse prejuízo.

Voltemos ao exemplo da fábrica: sua produção gera poluição que traz prejuízo à sociedade, mas também traz benefícios à sociedade por criar empregos, recolher tributos e produzir bens úteis. Assim, deveria a fábrica indenizar a sociedade?

A resposta clássica seria que deveria haver a imposição de taxa pigouviana, a fim de o custo da poluição fosse internalizado pela fábrica. Essa abordagem, contudo, é capaz de causar prejuízos às duas partes, pois essa taxa

³ Conforme art. 3º da LINDB: Art. 3o Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

poderia acabar inviabilizando a atividade e, com isso, apagando os demais benefícios trazidos pela fábrica. Por esse motivo, Coase (1960) propôs que a melhor solução seria deixar que as partes negociassem, a fim de chegar à solução mais eficiente.

No entanto, para fins desse trabalho, as externalidades positivas é que serão objeto de análise. Isso porquanto o grande problema trazido pela elisão fiscal é o chamado problema do carona.

O problema do carona pode ser definido da seguinte forma: diante de qualquer bem público indivisível, mas não exclusivo, que um indivíduo pode utilizar sem pagar, se grande parte desses indivíduos deixar de pagar para acessá-lo, o bem deixará de estar disponível por problemas de financiamento (HAMPTON, 1987). Esse conceito é importante pois, diante de um custo público, se alguém deixa de pagar, a manutenção deste bem depende da assunção do custo por outra pessoa. Mais adiante neste trabalho se demonstrará como tal situação se encaixa na análise do combate à elisão fiscal.

2.6. Falhas de Governo

O último conceito econômico relevante que deve ser trazido neste trabalho é o de falha de governo⁴.

Uma das grandes contribuições da escola da Escolha Pública às ciências econômicas foi o conceito de falhas de governo. Essa figura surgiu como uma oposição às falhas de mercado e busca expor como muitas vezes as intervenções governamentais apresentam falhas que poderiam ser corrigidas por um arranjo mais eficiente (WINSTON, 2006).

Esse arranjo mais eficiente pode tanto ser deixar o mercado agir até atingir o resultado esperado, ou adotar uma abordagem diferente.

Um exemplo de falha de governo seria o programa Fome Zero criado no início do primeiro governo Lula (HALL, 2006). Esse programa tinha como *modus operandi* adquirir alimentos e entregá-los a pessoas pobres que dele precisavam. Durante sua execução, o programa foi um fracasso, gastando milhões de reais em alimentos que,

⁴ No Brasil existe uma divisão nas ciências políticas entre governo e Estado, sendo o primeiro termo usado para designar as funções políticas do Poder Executivo, enquanto o Estado designa a instituição em si. Assim, provavelmente o termo mais adequado para se utilizar no Brasil fosse falha de Estado. No entanto, para fins deste trabalho, usar-se-á o termo já popularizado.

na maioria das vezes, estragavam muito antes de se chegar à mesa daqueles que precisavam, além de ser utilizado pelos governos locais como forma de campanha política. Nesse caso, a falha de governo consistiu no desperdício de recursos sem conseguir resolver o problema a que se propôs.

Ao reconhecer a falha do programa, o então presidente buscou alternativas, e lhe foi apresentado por economistas liberais o programa Bolsa Família. Nesse programa, ao invés de adquirir e redistribuir os alimentos, o dinheiro seria dado diretamente àqueles que precisassem. Com isso, foi eliminado o custo da máquina necessária para coordenar e realizar a distribuição de alimentos, e em seu lugar deixou-se que a população escolhesse aquilo que desejava consumir, com o benefício de incentivar os mercados locais pela injeção de dinheiro.

No presente trabalho, o conceito de falha de governo será importante para avaliar se os objetivos — arrecadação e justiça tributária — estão sendo atingidos pela abordagem atual — aplicação da teoria do propósito negocial para combate à elisão fiscal.

3. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E NORMA ANTIELISIVA

3.1. Planejamento Tributário

No campo teórico das discussões acerca da possibilidade/legitimidade da utilização de ferramentas para que o contribuinte reduza sua carga tributária, existe uma verdadeira logomaquia envolvendo o delineamento das categorias que servem à análise.

Dentro os termos utilizados, podem-se pinçar elisão, evasão, elusão, planejamento, fraude, dentre outros. É compreensível a existência desta disputa por dois motivos principais. O primeiro é que a base conceitual molda o debate posterior, e possuir conceitos que sirvam à sua tese é uma forma de largar em vantagem na discussão. Além disso, também há um certo grau de vaidade envolvido, no qual os principais doutrinadores buscam ser os “donos” do arcabouço conceitual.

No entanto, também há um elemento psicológico e político envolvido em delinear essas categorias, pois estudos indicam que o planejamento tributário é algo bem visto pela sociedade, embora os efeitos fiscais sejam semelhantes à fraude e à evasão para os cofres públicos (KIRCHLER; MACIEJOVSKY; SCHNEIDER, 2003)

O objetivo deste trabalho, contudo, não é se debruçar sobre esses conceitos de forma detida, motivo pelo qual se opta por adotar os conceitos utilizados por aquele que é o principal expoente desta matéria na doutrina pátria do dentre aqueles que defendem a existência de limites ao direito do contribuinte de reduzir sua tributação: Marco Aurélio Greco.

Mais adiante neste trabalho será mensurado o impacto de sua obra discussão de casos concretos, mas no momento limitar-se-á a trazer o seu arcabouço conceitual para pautar a discussão.

Greco (2019) inicia pela exclusão daquelas condutas que considera que não serem enquadráveis enquanto planejamento, a saber: aquelas que são expressamente repelidas, aquelas que são desejadas/induzidas e as positivamente autorizadas.

Dentre as primeiras, distingue entre os ilícitos penais, os ilícitos civis e os ilícitos tributários. Seguindo em seu raciocínio, defende que os ilícitos de natureza penal são *sonegação*, enquanto os demais ilícitos são *evasão*. Sua posição é de que os três não podem ser enquadrados enquanto planejamento tributário, já dando as

primeiras pinceladas do ponto em que surge a grande discussão contemporânea da legitimidade do planejamento tributário: o abuso de direito enquanto ilícito civil.

Adentrando na ilicitude, e avançando em direção ao cerne de sua tese, propõe a utilização de três critérios para determinar se o planejamento tributário será afetado ou não pela ilicitude. O primeiro critério é se a ilicitude é abarcada ou não pelo princípio da insignificância, ou seja, aquelas a que, seja pelo tipo, pelo grau ou pelas consequências não impacta de forma significativa no planejamento. O autor não fornece exemplos, mas pode-se utilizar o de erro formal em documento fiscal que não possua penalidade aplicável de acordo com a legislação fiscal.

O segundo critério é estar situada em elemento relevante dentro do contexto. Ou seja, se a ilicitude é necessária ou não para a existência da economia tributária. Aqui estaria enquadrada a utilização de forma não convencional (ex. operação de casa-e-separa para transferência imobiliária) em local da operação comum (operação de compra e venda de imóveis), no qual o suposto abuso de forma permitiria a economia tributária.

O terceiro critério é haver ilicitude nos meios ou nos fins. Se os meios são ilícitos, os resultados e a operação são contaminados. Se há ilicitude nos fins, apenas os efeitos são atingidos, não a própria operação.

Voltando aos demais conceitos que não correspondem a planejamentos tributários, ao falar de extrafiscalidade, são identificadas duas categorias: extrafiscalidade pura e programas de incentivo. Na primeira, encontram-se as situações nas quais o Estado, utilizando-se da prerrogativa da seletividade, identifica produtos/serviços que devem pagar mais ou menos tributo de forma a incentivar ou desincentivar seu consumo. Nesse caso, a escolha do contribuinte por um produto com menor tributação não configura planejamento tributário, mas mera alteração em seu padrão de consumo. Quanto aos programas de incentivo, não há planejamento propriamente dito, porquanto a opção do contribuinte por instalar seu estabelecimento em determinado local em virtude das benesses oferecidas por determinado ente que busca o atrair é agir dentro da esfera das possibilidades que os próprios entes tributantes desejam que o contribuinte opere.

A última categoria que não estaria abarcada na discussão, por não ser considerado como planejamento tributário, é o da opção do contribuinte dentre os regimes expressamente autorizados. Nesse ponto, a opção fiscal estaria no espaço denominado como “liberdade positiva”, ou seja, aquele espaço de liberdade

decorrente não do princípio da liberdade em sua acepção clássica — permissão para fazer tudo aquilo que não é proibido — mas sim em uma acepção legalista — permissão expressa. Aqui, os exemplos dados são a existência de regimes concomitantes de tributação — lucro real e presumido — à disposição do contribuinte, de modo que a opção pelo menos oneroso não é planejamento, já que o ato de optar está dentro da esfera da clara legalidade.

Uma vez superado o elemento negativo do conceito de planejamento tributário, Marco Aurélio Greco passa a tratar dos critérios positivos. O primeiro deles é a licitude da operação, o segundo é a inexistência de regra específica autorizando ou proibindo sua utilização para o fim de reduzir tributos.

É possível, a partir destes critérios, concluir que o espaço de planejamento está na chamada “área de penumbra”, na qual há incerteza devido à existência de lacunas.

3.2. Histórico do Combate à Elisão Fiscal no Brasil

Delimitado o que é planejamento tributário, passa-se a realizar breve histórico e como ele foi combatido ao longo da história no Brasil, a fim de permitir entender como chegou-se ao estado atual.

A existência de planejamentos tributários não é novidade. Como exemplos históricos, podemos invocar a reação dos britânicos ao “imposto sobre janelas” instituída em 1696, um antecessor do imposto sobre a renda, que utilizava o número de janelas em uma residência como símbolo de riqueza, e cobrava um valor determinado por cada janela acima da primeira. A resposta foi desde a obstrução das janelas existentes pelos proprietários até a alteração do padrão construtivo da época, com casas sendo construídas com apenas uma janela por andar, ou até mesmo sem janelas, causando problemas de saúde pública devido à baixa ventilação e iluminação das residências (OATES; SCHWAB, 2015).

A resposta do Estado para buscar combater os supostos abusos dos contribuintes também variou ao longo do tempo. No caso do Brasil, Marco Aurélio Greco (2019) defende a existência de três momentos distintos (i) liberdade salvo simulação; (ii) liberdade salvo patologias; (iii) liberdade com capacidade contributiva.

Na primeira fase, que seria resultado do modelo de Estado Liberal, o pressuposto é de que o direito de propriedade é equivalente ao direito à liberdade,

de modo que há alto rigor nas restrições ao poder do contribuinte de agir na busca de defesa de seu patrimônio. Aqui, dentro do escopo do que o autor delimita o que seria um planejamento tributário, apenas haveria a possibilidade de negar a economia tributária se fosse constatada a simulação. Nesse contexto, a simulação seria um vício de vontade, de modo que, havendo simulação no negócio jurídico, a economia por ele gerada seria anulada, junto com o próprio negócio. Segundo o autor, tal fase teria durado até a Constituição de 1937.

Importante pontuar, contudo, que o princípio da capacidade contributiva, que seria o princípio interpretativo capaz de determinar que o contribuinte que buscou economia tributária através da lacuna deve pagar o tributo já se encontrava previsto no artigo 179, inciso XV da CF de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XV. Ninguém será exempto de contribuir pera as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

Na segunda fase, decorrente da conversão do sistema constitucional pátrio em um Estado Democrático de Direito, a inclusão dos valores sociais provenientes do Estado Social — representado pelo termo “Democrático” — devem ser sopesados aos valores de liberdade do Estado de Direito, de forma que a liberdade do contribuinte para economizar deixa de ser absoluta. O autor defende que aqui a economia tributária pode enquadrar-se em abuso de direito, figura cuja existência era polêmica no CC de 1916, mas que foi consagrada no artigo 187 do CC de 2002. O ponto que diferencia sua teoria em relação ao que se via anteriormente na doutrina, contudo, é de defender que o abuso de direito não anula o ato jurídico, mas sim apenas o torna inoponível os seus efeitos ao Fisco. Essa solução, segundo defende Marco Aurélio, preservaria a liberdade dos indivíduos em se auto-organizar e realizar o ato da forma que melhor lhe atender, enquanto preservaria o direito do Fisco de arrecadar o tributo diante da existência da capacidade contributiva.

Essa proposição, contudo, não encontra guarida no CC, porquanto o artigo 166, II, prevê que se o motivo determinante for ilícito, o ato é nulo. A única alternativa legalmente amparada seria entender que há, em verdade, simulação, situação na qual o artigo 167 do CC prevê a manutenção do negócio que se

dissimulou. Além disso, o parágrafo único do CTN, a única norma existente especificamente na legislação tributária que autoriza a desconsideração de negócios jurídicos pelo Fisco a fim de combater planejamentos tributários considerados abusivos, também refere à figura da dissimulação, que trabalha com a ideia de um negócio jurídico ficto (ato de dissimulação) e o negócio jurídico real que se buscou esconder para evitar a incidência do tributo (ato que se buscou dissimular).

Continuando sua defesa da aplicabilidade do abuso de direito como forma de dissuadir planejamentos tributários abusivos, Marco Aurélio Greco propõe a utilização de dois critérios para fins de distinguir se o ato é abusivo ou não: (i) reiteração/continuidade e (ii) exame do motivo.

Ao apresentar sua teoria, há uma certa confusão entre o primeiro e o segundo critérios, vez que em sua explicação do critério de reiteração, acaba adentrando no questionamento acerca da existência de motivo extratributário para as operações. Logo, o ponto fulcral é o do motivo, no qual se deve questionar se a operação em questão foi realizada única ou preponderantemente por motivo emulatório, ou seja, de frustrar a arrecadação pelo Fisco.

Ainda na segunda fase, trata também da figura da “fraude à lei”, que define como a utilização de uma estrutura juridicamente lícita para contornar a incidência de norma imperativa (norma contornada). Faz distinção entre a fraude pura e simples, e a fraude à lei, já que, nessa o agente agiu de forma lícita, não devendo ser sancionado senão pela incidência da norma que se buscou evadir, enquanto naquela há punição pelo cometimento de um ato ilícito, que deve sofrer as sanções legalmente previstas.

Por fim, na terceira fase, inaugurada com a CF de 1988, o ponto central é a eficácia que se passa a atribuir ao princípio da capacidade contributiva. Em seu ponto de vista, o princípio da capacidade contributiva, por ser colocado como princípio geral do Sistema Tributário Nacional na atual CF, passa a ter importância central e informar a própria estrutura da tributação pátria. Para Marco Aurélio Greco, o princípio da capacidade contributiva pode ser compreendido como um comando duplo. Primeiro, determina que os fatos geradores devem ser pressupostos de fato que indiquem a existência de capacidade econômica de arcar com as despesas públicas, e posteriormente pela capacidade de atuar no mercado e gerar resultados.

Nesse contexto, o autor defende que o comando previsto no art. 145, §1º, da CF de 1988 é direcionado tanto ao legislador quanto ao intérprete. Tal postura

parece advir da ênfase no título da seção em que está inserido o comando — dos princípios gerais — do que na redação do próprio artigo — que é destinado a regular a competência tributária dos entes federados e a forma do seu exercício, o que deixaria claro que tal ordem é destinada ao legislador que irá exercer a competência tributária ao instituir os tributos constitucionalmente autorizados.

Outro ponto a ser considerado é que o art. 145, §1º, da CF de 1988 fala apenas em impostos, muito embora o caput fale explicitamente em tributos, aplicando a distinção conceitual. Ora, se for levado em consideração tal distinção, tributos como o PIS, a COFINS e a CSLL não deveriam observar tal preceito constitucional, caindo por terra a tese que defende a eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva. A resposta trazida na obra de Marco Aurélio a esse questionamento é apresentar precedente do STF que menciona de forma expressa que, conquanto a capacidade contributiva seja normalmente aplicado a impostos e contribuições, também pode ser aplicado às taxas. No entanto, é importante observar que no precedente em questão se trata da utilização, pelo legislador, da capacidade contributiva como inspirador, sob o fundamento de que a constituição não proíbe que ela seja considerada para a instituição de novos tributos. Ou seja, a conclusão é que, conquanto a CF determine que ela deve ser aplicada sempre que possível aos Impostos, não proíbe que ela também seja aplicada em outros tributos.

Realizada a retrospectiva histórica a partir da visão de Marco Aurélio Greco, passa-se a resumir a sua Teoria do Propósito Negocial, que será analisada à luz da AED em capítulo posterior.

3.3. A Teoria do Propósito Negocial

Inicialmente, importante ressaltar que Marco Aurélio Greco distingue sua definição de propósito negocial da teoria do *business purpose* aplicada no direito anglo-saxônico. Para o autor, o propósito negocial afigura-se como a existência de um motivo extratributário suficiente à justificativa da adoção do planejamento tributário. Se não existir tal motivo, o ato ou sequência de atos que buscam simplesmente evadir ou reduzir a incidência tributária seria constatado como ato abusivo e, portanto, sua eficácia seria desconsiderada perante o Fisco.

Muitos são os críticos de tal teoria. Um expoente é o Prof. Alberto Xavier (2001), que rebate a teoria da eficácia positiva do princípio da capacidade

contributiva com a existência da regra da tipicidade tributária. Em seu entender, considerando a teoria da colisão de normas constitucionais, um princípio não poderia derogar uma regra constitucional, de forma que a regra da tipicidade deveria sobrepor-se ao princípio da capacidade contributiva, não sendo nem mesmo que norma infraconstitucional flexibilize o princípio da tipicidade. Por estes motivos, entende inclusive se uma norma antielisiva baseada em categorias como abuso de direito e abuso de forma seriam inconstitucionais por violação à regra da tipicidade presente no art. 150, I, da Constituição Federal.

Mesmo entre aqueles que concordam parcialmente com as conclusões de Marco Aurélio, autores como Marcelo Hermes Huck (1997), lembram que o sistema jurídico pátrio possui elementos que reforçam a liberdade do contribuinte e a restrição à sede arrecadatória do Fisco. O primeiro ponto levantado é o art. 150, I, da CF, que consagra de forma expressa o princípio da legalidade na área tributária, reforçando o disposto no art. 5º, II, da CF. Além disso, o CTN expressa no art., 109, que os princípios gerais de direito privado servem de inspiração ao legislador para determinar o fato gerador, mas não podem ser utilizados para definição de efeitos tributários. Ainda, o art. 110 cria proteção das competências tributárias previstas nas cartas constitucionais em todos os níveis federativos, impedindo que a lei tributária altere os conceitos de direito privado que serviram de base para a delimitação de competência a fim de expandi-la.

Em resposta, Marco Aurélio Greco (2019) defende que o critério jurídico aplicável é a legitimidade do planejamento tributário. Diante da legalidade formal da operação, a ilegitimidade não atacaria a validade ou a existência do negócio jurídico, mas tão somente os efeitos perante o Fisco, sendo anulados os efeitos supostamente abusivos buscados pelo contribuinte. Ao sintetizar todos os elementos que devem ser considerados, o autor traz a seguinte linha de pensamento:

Isto permite desenhar um quadro em que temos de um lado as perspectivas tradicionalmente utilizadas que devem ser consideradas (mas não só elas) e de outro lado aquelas que também devem sê-lo (também estas).

O quadro pode ser assim desenhado, considerando que é necessário examinar:

Não só: a ilicitude, a validade e a legalidade formais das operações;

Mas também: a eficácia e a legitimidade (axiológica) da operação, bem como sua oponibilidade ao Fisco.

Não só: a titularidade de um direito, faculdade ou poder ainda que tenha fundamento constitucional;

Mas também: seu fundamento jurídico em sentido amplo (não apenas legal) e o modo pelo qual é exercido; muitas patologias surgem a partir de um direito legalmente previsto mas distorcidamente exercido.

Não só: a existência formal de uma pessoa jurídica à luz dos cadastros e registros legalmente exigidos;

Mas também: o empreendimento do qual a pessoa jurídica é a vestimenta formal, em última análise a empresa em si vista da perspectiva funcional e real.

Não só: a liberdade individual pura seja a liberdade de iniciativa ou de contratar;

Mas também: os motivos que levam ao exercício desta liberdade e a finalidade a que, bem como à congruência entre o ato praticado e os respectivos motivos e finalidade, tudo debaixo da perspectiva da função que deve servir.

Não só: o ato isolado como se fosse uma única “foto” e a análise devesse ser pontual;

Mas também: o conjunto de atos, o “filme”, pois este tem enredo, personagens, percalços etc.

Não só: o que as partes “quiseram” ou “disseram” formalmente nos documentos elaborados

Mas também: o que elas “fizeram” de fato, ou seja, como a sua vontade foi materializada em atos concretos.

Por fim,

Não só: a lei e interpretá-la como instrumento para solucionar as questões que envolvem planejamento tributário;

Mas também: bem qualificar os fatos ocorridos e que se dá pela consideração de todos os elementos relevantes sejam os de caráter jurídico, sejam os de caráter econômico e até mesmo os de caráter social e axiológico (legitimidade). Nenhum deles isoladamente é suficiente; o conjunto por eles formado é que poderá indicar sua adequada qualificação para fins de enquadramento na hipótese prevista na lei tributária. (GRECO, 2019, p. 385–386)

Ressalte-se que esta é sua teoria apresentada de forma completa e resumida pelo próprio autor, mas não corresponde exatamente à forma como ela vem sendo aplicada de forma prática no combate à elisão. Essa dissonância será tratada na próxima sessão.

Um dos pontos que chama a atenção é o questionamento realizado logo após resumir sua teoria, quanto à necessidade de a patologia ser nomeada, e da possibilidade de os órgãos de julgamento emendarem o auto de infração a ponto de manterem hígida a autuação que errou ao especificar os fundamentos legais que foram utilizados para justificar a invalidação do planejamento tributário.

Em relação à primeira discussão, defende que, se não é de índole tributária o instituto utilizado para fins de negar os efeitos da operação em relação ao Fisco, o importante seria a descrição e identificação precisa dos fatos, e não necessariamente a qualificação. A resposta a esse questionamento demanda

retornar à própria Teoria Geral do Direito. Se considerarmos o construtivismo lógico-semântico que é base teórica desta dissertação, o processo de concreção da norma inviabiliza tal proposição. Isso pois, ao concretizar a norma, o intérprete precisa analisar os fatos de forma a qualificá-los juridicamente. Apenas a partir dessa qualificação jurídica é que será possível a subsunção do fato à norma.

Tome-se o exemplo de um planejamento tributário que seja invalidado sob alegação de abuso de direito. Este instituto está previsto no art. 187, do CC, tendo como pressuposto o exercício de um direito além dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, e a consequência atribuída pela lei é de ilicitude do ato perante o sistema jurídico. Ao construir a regra geral e abstrata em uma estrutura de norma, tem-se a seguinte proposição deôntica “Se o contribuinte realizar operação na qual exerça seus direitos além dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé, ou pelos bons costumes -> Então os efeitos tributários devem ser desconsiderados pelo Fisco, com tributação de acordo com a operação usual”. Ao verificar a operação, o Fisco avalia que a utilização de uma empresa veículo para permitir o aproveitamento de ágio por outra empresa contraria os limites impostos pelo fim econômico social, de forma que aplica esse instituto como forma de autuar o contribuinte. Reconstituindo a norma individual e concreta formada pelo auto de infração, ter-se-á algo como: “Considerando que o contribuinte utilizou empresa veículo de forma abusiva para permitir o aproveitamento do ágio como custo dedutível para fins de IR por outra empresa, e que essa utilização é um abuso de seu direito por desbordar do fim econômico do instituto da incorporação de empresas -> Então deve ser anulado o efeito fiscal da dedução do ágio decorrente da operação”.

Como pode ser observado do exemplo acima, a lavratura do auto de infração é o momento no qual há a aplicação da norma geral e abstrata, que implica na construção da norma individual e concreta. Isso significa dizer que a qualificação jurídica do fato não é elemento acessório, mas sim elemento constitutivo do auto de infração, não podendo ser ignorada a necessidade de indicar de forma clara a norma infringida, sob pena de cercear o direito de defesa do contribuinte. Isso pois, se o contribuinte não sabe exatamente do que está sendo acusado, não há como buscar demonstrar que sua conduta não se enquadra na norma indicada como infringida.

Em relação à alegação de que o tipo pode ser alterado pelo julgador tributário Marco Aurélio Greco invoca a faculdade prevista nos art. 383 a 385 do CPP. As

hipóteses previstas no art. 383 é de o julgador poder, ao receber a denúncia, alterar o tipo penal em que se enquadra o acusado, sem mudar os fatos. Já o art. 384 prevê a possibilidade de, após a instrução probatória, alterar-se a percepção em decorrência de surgimento de elemento ou circunstância não contida na acusação. Nessa segunda hipótese, após prazo para aditamento da denúncia pelo Ministério Público, é concedido prazo adicional ao acusado para rebater os elementos imputados.

A situação, contudo, é muito diferente de como se processa um auto de infração tributário. Inicialmente, o auto de infração é lavrado administrativamente e, caso o contribuinte não o impugne, passa a ter liquidez e certeza, podendo ser levado a execução. No processo penal, a denúncia sempre será submetida ao juiz, que irá averiguar a existência dos pressupostos indispensáveis antes de receber ou não a denúncia, e mesmo que não constitua advogado voluntariamente, será defendido por defensor nomeado pelo juízo para tanto. Ou seja, no processo penal já existe maior garantia do que no processo tributário.

Além disso, no processo fiscal não há uma fase instrutória posterior à lavratura do auto de infração a fim de que haja o aditamento da denúncia. Para lavratura do auto de infração o auditor fiscal solicita os elementos que entende necessários para a fiscalização (aos moldes do que ocorreria em um inquérito penal), e em seguida decide se há ou não infração. Havendo a constatação de infração à legislação tributária, intimará o contribuinte do auto de infração, a fim de que este defenda-se perante um tribunal administrativo. Ao apresentar sua impugnação, o contribuinte é obrigado a incluir todas as provas que entender cabíveis, não cabendo a instrução ao longo do processo, de modo que não há momento no qual o Fisco poderia olhar as provas apresentadas e reavaliar a qualificação legal do auto de infração. Consigne-se que existe corrente minoritária dentre os julgadores administrativos que entendem que, em virtude do art. 3º, III, da Lei n. 9.784/99, é possível a apresentação de novas alegações e provas até o momento da decisão.

Inclusive, o Decreto-Lei n. 70.235/72 prevê de forma expressa que tanto o auto de infração quanto a notificação de lançamento devem conter as disposições legais infringidas como elementos obrigatórios. Essa inclusão é necessária para permitir que o contribuinte exerça seu direito de defesa. Assim, tal proposição de

Marco Aurélio Greco, ao menos por enquanto, não possui guarida no sistema jurídico tributário pátrio.

Apresentada a teoria e debatida de forma sucinta os questionamentos levantados pelo seu criador, passa-se a analisar como ela vem sendo aplicada na prática.

3.4. Aplicação da Teoria do Propósito Negocial no Brasil

Sua influência é tamanha que, ao utilizar os termos [“Marco Aurélio” e “Greco” e “Planejamento” e “Tributário”] na ferramenta de busca de acórdãos do CARF, foram encontrados 987 acórdãos que o citam como base⁵. Ao buscar apenas por “planejamento tributário”, foram encontrados 4.180 acórdãos, a esmagadora maioria faz alusão a acórdãos anteriores, sem nenhuma citação a doutrina.

O primeiro voto encontrado com menção ao autor é o do Acórdão n. 107-05.875, proferido em sessão de 22 de fevereiro de 2000, no qual o voto vencido faz menção à posição de Marco Aurélio Greco, alegando que, se a finalidade exclusiva de uma operação for a economia tributária, restaria configurado o abuso de direito, não podendo a economia ser oponível ao Fisco (BRASIL. CARF, 2000).

A primeira decisão encontrada na pesquisa no qual a teoria do propósito negocial foi utilizada como elemento determinante foi o Acórdão n. 101-94.986, proferido em sessão de 19 de maio de 2005. Nesse julgamento, foi analisada a questão de dedutibilidade com despesas de debêntures, que foram remuneradas com valor equivalente a 70% dos lucros apurados pela companhia. No entender do voto vencedor, a operação foi realizada por liberalidade, já que não estava prevista na remuneração das debêntures esse pagamento, bem como o fato de que o objetivo da empresa é gerar valor aos acionistas, e não a terceiros fora do quadro social, de forma que o pagamento de valores tão altos em remuneração às debêntures seria contrário ao próprio fim econômico da companhia, tendo adotada tal manobra tão somente para fins de economia tributária, já que os valores seriam dedutíveis do IRPJ e da CSLL. Por entender que se tratava, em verdade, de distribuição de lucros disfarçada, foi glosada a dedução de IRPJ e CSLL, mas

⁵ Pesquisa realizada em 18/02/2024 no site <https://acordaos.economia.gov.br/solr/acordaos2_shard15_replica_n127/browse?q=Marco+Aur%C3%A9lio+e+Planejamento+e+Tribut%C3%A1rio>.

retirada a cobrança de IRRF pelos pagamentos, já que para dividendos não há essa previsão (BRASIL. CARF, 2005).

O caso mais recente identificado foi o Acórdão n. 1402-006.710, proferido em 23 de janeiro de 2024, no qual o motivo determinante da manutenção da autuação em caso semelhante — emissão de debêntures adquiridas apenas pelos sócios — se entendeu que a operação teve como único objetivo reduzir a carga tributária, sendo, em verdade, distribuição disfarçada de lucros. O fundamento utilizado foi o art. 187 do CC, não tendo sido analisada a questão do art. 116, parágrafo único, do CTN.

Destaque-se que a teoria de Marco Aurélio Greco também foi aplicada com o intuito de refutar a possibilidade de qualificação da multa.

O voto vencedor defendeu que a existência de fraude à lei não pode ser confundida com fraude fiscal, já que a essa é infração direta à Lei — tendo como consequência adequada a aplicação de penalidade — e a fraude à lei, por ser mera tentativa de contornar norma imperativa, tem como sanção a incidência da norma que se buscou contornar.

Essa distinção, relevante na obra do auto, consiste em distanciar a fraude pura e simples — na qual o contribuinte busca ocultar a ocorrência do fato gerador cometendo ilegalidades como emitir nota fiscal com valor inferior ao real da operação, nota calçada, ou coisa que o valha — e a fraude à lei, na qual o que se busca é utilizar norma válida e vigente para contornar a incidência de outra norma.

Outro ponto a destacar é que, embora o voto seja fundamentado no suposto abuso de direito, a ementa menciona com abuso de forma e simulação:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2012, 2013 DEBÊNTURES PARTICIPATIVAS ADQUIRIDAS UNICAMENTE PELOS SÓCIOS. REMUNERAÇÃO ATRELADA AOS LUCROS. DEDUTIBILIDADE DO LUCRO LÍQUIDO. IMPOSSIBILIDADE EM FACE DA IDENTIFICAÇÃO DE SIMULAÇÃO. ABUSO DE FORMA A remuneração de debêntures atrelada exclusivamente aos lucros da empresa, oferecidas unicamente aos seus dois únicos acionistas, antigos sócios da então recente transformada empresa S/A para LTDA, configura elemento distintivo da normalidade e usualidade da operação. A emissão de debêntures, com o único propósito de reduzir a carga tributária, implica em evasão. Para que um planejamento tributário seja oponível ao fisco, não basta que o contribuinte, no exercício do direito de auto-organização, pratique atos ou negócios jurídicos antes dos fatos geradores e de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial. É

necessário que haja um propósito negocial legítimo, de modo que o exercício do direito seja regular. SIMULAÇÃO RELATIVA. O intérprete da legislação tributária pode abstrair-se da forma jurídica dos atos e fatos efetivamente praticados, para considerar os verdadeiros efeitos, conforme os artigos 109 e 118 do CTN e 167 do Código Civil. DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBENTURES. Restando caracterizado o caráter de liberalidade dos pagamentos efetuados a sócios, decorrentes de operações que transformaram lucros distribuídos em remuneração de debentures, mantém-se o lançamento. (BRASIL. CARF, 2024a)

A confusão entre os institutos ao longo dos votos não é exclusividade deste precedente, sendo, em verdade, a regra geral. Essa mistura parece ser fruto da vontade do Fisco de cobrar o tributo que seria devido antes do planejamento a qualquer custo, servindo estas diversas figuras meramente como elementos retóricos, que disfarçam a real intenção de tributar negócios jurídicos atípicos que acarretem a redução da carga tributária da operação. Inclusive, há trecho em que Marco Aurélio Greco (2019) menciona que, em conversa com julgadores da área, o principal sentimento que guia a análise é a de identificar se há algo “estranho” na operação. Ou seja, o teste proposto em sua obra, na prática, não serve de caminho para tomada da decisão, mas sim uma forma de justificar *a posteriori* a convicção já formada de que é necessário tributar a operação.

Um exemplo disso é outro julgamento recente, presente no Acórdão n. 2401-001.388. Nesse processo, analisou-se auto de infração que entendeu que a constituição de um Fundo de Investimento em Participações pelo sócio de empresa que estava sendo alienada, de forma a realizar a alienação por meio do FIP seria um mero subterfúgio para postergar a incidência tributária. O problema da análise está no trecho do voto vencedor que reconhece que, mesmo diante da existência de provas de que o FIP foi utilizado posteriormente para os fins legalmente previstos, isso não bastaria para que fosse configurado que a operação em questão foi regular:

Além disso, ainda que o Fundo GJP FIP tenha nos anos posteriores à celebração do Termo de Cessão de Posição Contratual e do Termo de Fechamento, firmados em 22/12/2009 e 23/12/2009, passado a atuar aparentemente como deve atuar um verdadeiro FIP, não houve, em face do conjunto probatório constante dos autos, integralização pelo recorrente de quotas do Fundo GJP FIP por entrega de ações, mas ocultação da venda das ações da CVC Brasil pelo recorrente, caracterizando-se o Fundo GJP FIP como ente fraudulentamente interposto na venda e compra da CVC Brasil, como bem destacou a Procuradora da Fazenda Nacional.

Ou seja, não importa se, ao fim, a operação foi realizada para permitir que os valores da operação pudessem ser investidos em participações em outras empresas — a finalidade precípua de um FIP — porquanto se entendeu que a cessão da operação ao invés da integralização das quotas da empresa fez com que a operação fosse interposição fraudulenta para postergar a incidência do tributo.

Esse é um de muitos casos que tem a mesma configuração: buscar a todo o custo a incidência, buscando-se qualquer elemento que pareça em desacordo, ainda que configurado o propósito comercial da adoção da forma em questão. Essa situação se agrava pelo fato de o critério de desempate atualmente vigente no tribunal é o do voto do presidente da Turma, que sempre é representante do Fisco. Ou seja, diante de uma decisão dividida entre votos a favor e contra a legitimidade do planejamento, prevalecerá a posição que seja favorável ao Estado.

É importante pontuar que entre a inclusão do art. 19-E na Lei n. 10.522/2002, implementada pela Lei n. 13.988/2020, e a sua revogação pela Medida Provisória n. 1.160/2023 (convertida na Lei n. 14.689/2023), a regra do voto de qualidade favorável ao Fisco foi invertida, de modo que o empate na posição favoreceu o contribuinte no período.

Nesse período contudo, em virtude da pandemia do COVID, as sessões passaram a ser virtuais, e o Fisco solicitou a retirada de pauta dos principais processos. Tal movimentação reduziu o volume de recursos dos processos julgados pela corte administrativa dos R\$ 446,20 bilhões apurados em 2023, para R\$ 149 bilhões em 2020, caindo ainda mais para R\$ 57,2 bilhões em 2021, subindo levemente para R\$ 144,8 em 2022, e atingindo R\$ 230,20 em 2023. No mesmo período, o estoque de valores em discussão subiu de R\$ 764 bilhões em 2020 para R\$ 988 bilhões em 2021, R\$ 1.091 bilhões em 2022 e R\$ 1.165 bilhões em 2023. Apenas em abril de 2024 o estoque apresentou nova queda, passando para R\$ 1.141 bilhões (BRASIL. CARF, 2024b). Ou seja, há uma relação que chama atenção entre o período no qual vigorou o voto de qualidade a favor do contribuinte e a redução do número de julgamentos realizados, que perdurou mesmo depois do suposto fim da pandemia do COVID, e cuja tendência só foi revertida após a alteração das regras de quórum efetivadas pela Medida Provisória n. 1.160/2023.

Outra situação que merece atenção é a estratégia utilizada pelo Fisco no período posterior à proposição da Medida Provisória n. 1.160/2023.

Após retomar a vantagem de quórum, determinou a retomada do ritmo de julgamentos, formando novos posicionamentos favoráveis aos interesses do Fisco. Ato contínuo, utilizam-se da estrutura de incentivos vigente para lançar editais de transação extraordinários focados naqueles contribuintes que sofreram derrotas em casos de grande monta decididos pela regra de quórum qualificado. Esses editais são criados com fulcro na possibilidade aberta pela Lei n. 13.988/2020

O primeiro exemplo é o Edital n. 3/2023, que buscava atingir contribuintes que discutiam possibilidades de fugir à tributação de dividendos de empresas no exterior em decorrência do disposto no art. 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001. Nesse caso, o incentivo principal é para que o contribuinte deixe de discutir a existência de regra em tratado contra a bitributação e pague o crédito tributário considerado devido mediante condições facilitadas.

Outra situação que chama atenção é a do Edital n. 6/2024, no qual se buscou incentivar as empresas petrolíferas — sobretudo a Petrobrás — a não discutirem na seara judicial a decisão que considerou ilegítima a bipartição dos negócios jurídicos firmados para fins de afretamento de embarcação ou plataformas e outro de prestação de serviços, que a permitiria reduzir de forma legítima sua tributação.

O resultado é que a Teoria do Propósito Negocial, por mais intencionado que seja o autor, foi convertido, ao menos na prática dos tribunais administrativos federais, em instrumento de justificação para atender aos interesses arrecadatários do Fisco. Ela é aliada a outros incentivos, como os editais de transação, de forma a aumentar a carga efetiva arcada pelos contribuintes.

Em contrapartida, o STJ e o STF proferiram decisões que colocam certos limites na operação do Fisco nesse sentido. Esse movimento justifica a estratégia atual do Fisco Federal de criar incentivos que reduzam o interesse do contribuinte a discutir judicialmente a legitimidade de suas operações de elisão fiscal.

O STF julgou em 11 de abril de 2022 a ADI 2.446, cujo objeto era a inconstitucionalidade da alteração promovida pela LC n. 104/2001, ao incluir o parágrafo único no art. 116 do CTN, dispositivo conhecido na doutrina como norma geral antielisiva. O julgamento reconheceu que a norma é constitucional, mas limitou seu escopo de atuação.

No voto da relatora, a Min. Carmen Lúcia, houve expressa menção ao fato de que, a despeito do que defende a doutrina, a norma em questão é uma norma para combater evasão, e não elisão:

De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida.

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. (BRASIL. STF, 2022)

Outro ponto relevante do voto da relatora é especificar que o art. 116, parágrafo único, do CTN é norma cuja plena eficácia está condicionada à edição de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos. A relevância é devido ao fato de essa declaração ter a capacidade de anular todas as autuações realizadas pelo Fisco com base no parágrafo único, do art. 116, do CTN.

O acórdão não é cabal quanto à rejeição da possibilidade de serem utilizadas outras técnicas para buscar dissuadir a elisão tributária, tais como a teoria do propósito negocial, mas a fundamentação do voto condutor delinea uma rejeição a esses institutos, considerando que entende que a constitucionalidade do parágrafo único do art. 116, do CTN está condicionada a ser uma norma que não permite a criação de novos tipos tributários, mas tão somente combater o uso simulação e dissimulação como formas de evasão tributária.

Quanto ao STJ, em julgamento proferido em 05 de setembro de 2023, a Primeira Turma decidiu por unanimidade dar provimento parcial ao REsp n. 2.026.473 apenas para afastar a multa pela interposição de embargos de declaração considerados protelatórios pelo TRF4. No mérito, analisou a possibilidade de utilização de empresa-veículo para transferir ágio interno em operação ocorrida antes de 2014 — quando a Lei n. 12.973/2014 restringiu parcialmente esta operação — entendendo que, enquanto a lei não proibir a utilização de empresa-veículo, ou de ágio entre partes relacionadas, o Fisco não pode presumir que sua utilização seja fraudulenta, devendo demonstrar de forma cabal que a operação é artificial, atípica ou desprovida de função social (BRASIL. STJ, 2023).

Ou seja, o precedente supracitado abriu as portas para que o Fisco utilize a artificialidade, atipicidade ou abuso de forma como justificativas para negar eficácia aos efeitos tributários a operação realizada com motivos exclusivamente tributários, mas determinou que o ônus de comprovar a artificialidade é da administração, e não do contribuinte. Por outro lado, somado à decisão da ADI n. 2.446, o panorama atual

é de que não existem elementos jurídicos no Brasil que permitam realizar a utilização de ferramentas pelo Fisco para coibir a elisão fiscal, pois a suposta norma geral antielisiva tem como objetivo evitar evasão fiscal, e sua eficácia ainda está restrita pela ausência de regulamentação necessária à sua aplicação.

A conclusão a que se chega ao analisar o panorama atual do combate ao planejamento tributário pelo Fisco é que os entes tributantes utilizam de forma estratégica seus tribunais administrativos e a regra de desempate favorável para forçar os contribuintes a terem que discutir judicialmente a matéria, criando-lhe um custo com honorários advocatícios de seus patronos, custas judiciais e o risco de ser condenados em honorários de sucumbência pela perda da ação. Além disso, utiliza-se das transações tributárias com descontos em multas e juros para fomentar o contribuinte a não discutir a questão na justiça. Em suma: o Estado se utiliza de todos os subterfúgios a seu alcance, aproveitando da sua posição de poder para dissuadir os planejamentos tributários, enquanto acusa os contribuintes de atuarem de forma abusiva.

Feito o diagnóstico, passa-se a analisar à luz da AED o que este cenário representa para o cenário econômico nacional.

4. ANÁLISE CRÍTICA AO COMBATE À ELISÃO FISCAL NO BRASIL

4.1. Os Tributos como Custo de Transação

No primeiro capítulo viu-se que os custos de transação são custos decorrentes da utilização do sistema de mercado, e se opõem aos custos de organização. Em um sistema de controle estatal total, os tributos não são necessários, porquanto o Estado possui a capacidade de ordenar os fatores de produção a bel prazer, não havendo necessidade de fontes de custeio para poder viabilizar suas atividades.

Por outro lado, em uma economia de mercado, a ação do Estado demanda fontes de custeio. Nesse sentido, os tributos só têm função em um sistema de mercado, sendo um dos custos intrínsecos a ele, motivo pelo qual tributos são custos de transação.

Outro ponto a ser considerado é que, em função da assimetria informacional, os tributos representam um custo de transação não apenas pela sua carga, mas também pela necessidade de contratar profissionais para que se tribute da forma correta. Ou seja, a complexidade tributária acaba fazendo com que o peso do tributo no cálculo econômico seja maior que a mera carga (CALIENDO, 2009).

Nesse sentido, a literatura divide os custos da tributação entre o (a) o custo do tributo; (b) o custo de apurar, fiscalizar e pagar os tributos e (c) a perda econômica decorrente da distorção causada pela existência dos tributos (BERTOLUCCI; NASCIMENTO, 2002). Os dois primeiros são custos de transação, enquanto o terceiro é um custo de oportunidade. Considerando o escopo do trabalho, o que interessa é o segundo ponto, chamado de custos operacionais tributários.

Esses custos operacionais, por sua vez, são subdivididos em custo de conformidade à tributação, que é o ônus arcado pelos contribuintes, e o custo de administração, que é o custo arcado pela Administração Pública. É comum que Custos de Administração sejam reduzidos mediante o aumento do volume de informações que os contribuintes precisam prestar ao fisco, o que importa em aumento do Custo de Conformidade à Tributação (BERTOLUCCI; NASCIMENTO, 2002). Dessa forma, a análise de políticas públicas na área demanda a apuração

dos custos em conjunto, de forma a identificar a forma mais eficiente da distribuição dos ônus dos custos operacionais tributários.

Diversos estudos foram realizados nas últimas décadas tentando identificar o custo de conformidade dos contribuintes brasileiros, desde a estimativa de quantas horas são gastas, até o percentual efetivo que a conformidade representa no faturamento da empresa.

Um dos primeiros estudos na área identificou que os custos operacionais tributários eram, na média, de 1% do PIB (BERTOLUCCI; NASCIMENTO, 2002). Esse estudo, contudo, levava em conta questionários e possuía escopo limitado, não refletindo o que a maioria dos estudos subsequentes identificaram. Em artigo que comparou diversos estudos sobre a matéria, foram encontrados outras distorções, sobretudo em relação às médias empresas, nas quais se identificou que o custo de conformidade era de duas a três vezes maior que o apurado pelo estudo dantes referido (SILVA; SANTOS; THEÓPHILO, 2021).

Em outro estudo (FERREIRA, 2013), o resultado foi a descoberta que uma instituição do terceiro setor gastava R\$ 3,25 por cada R\$ 1,00 pago de tributo. Nesse setor, que é beneficiado com diversas isenções e imunidades tributárias, verificou-se uma distorção no qual a série de obrigações acessórias criadas pelo Fisco para garantir que as instituições do terceiro setor não são empresas praticando fraudes para pagar menos tributos que foi maculado o próprio objetivo das isenções e imunidades.

Outro estudo interessante (CABELLO; NAKAO, 2021) demonstra que o aumento ou redução de custos de conformidade e da complexidade da tributação não possui influência na arrecadação dos Estados⁶. Conquanto este estudo mencione a existência de alguns fatores que seriam necessários para evoluir nas conclusões, já são apresentados indícios de que a diminuição da complexidade do sistema tributário não traz malefícios à arrecadação, mas é extremamente benéfica aos contribuintes.

O custo de conformidade é proporcional à complexidade do sistema, de modo que um sistema mais complexo acarreta necessariamente um maior custo de conformidade. Ainda, existem custos de conformidade fixos, que se referem à

⁶Os resultados indicam que não há correlação entre complexidade e arrecadação, mas os autores sugerem, de forma contraditória aos dados levantados, que deve ser aumentada a complexidade, pois isso faz com que os contribuintes se preocupem mais com as obrigações tributárias, e isso tende a melhorar a arrecadação.

apuração cotidiana dos tributos — ex.: custos com contadores, profissionais administrativos, sistemas contábeis — e custos temporários, que se destinam à regularização do contribuinte diante de alterações no sistema — ex.: honorários de advogados e consultores, treinamentos, tempo para tomada de decisões e aquisição de soluções para atualizar os sistemas fixos. Nesse ponto, importante frisar que um sistema tributário com um maior número de mudanças alavancará os custos temporários.

Se o custo de conformidade for grande o suficiente, é possível que o contribuinte chegue ao ponto em que seja mais vantajoso economicamente deixar de pagar os tributos do que se manter conforme.

Considerando a multa máxima federal de 150% em caso de fraude não reincidente, acrescido do encargo legal de 20%, o custo de inconformidade, em caso de autuação, é de 1,8x o valor do tributo. Está sendo desprezado para fins dessa análise o valor dos juros à taxa SELIC, pois seu montante é inferior aos juros bancários, e a eventual aplicação dos valores em investimentos pode anular ou até mesmo superar esse custo.

Segundo dados da Receita Federal, no ano de 2021 foram realizados 5.645 fiscalizações de Pessoas Jurídicas (BRASIL. RECEITA FEDERAL, 2023). Considerando os dados do IBGE para 2021, existiam 5.478.599 empresas ativas no Brasil (IBGE, 2021). Analisando estes números, é possível estimar de forma aproximada que a chance de uma empresa ser fiscalizada para o ano de 2021 era de 0,1%. Multiplicando o risco pela probabilidade, temos que, se o custo de conformidade for 0,18% do valor do tributo, pode ser mais eficiente para o contribuinte simplesmente ignorar os riscos do que arcar com os custos de conformidade. Deve ser ponderado, contudo, que esse risco não é igual para todas as empresas, pois há um foco maior da fiscalização em grandes empresas.

Cabello e Nakao (2021) encontraram como resultado em sua pesquisa que o custo de conformidade com a tributação de uma empresa com a legislação estadual no Brasil é de 1,5% do valor do tributo arrecadado. Com base neste dado, é possível aventar que a grande parte das empresas brasileiras teriam mais incentivos para reduzir seus custos de conformidade do que para aumentá-los para reduzir os riscos.

Ainda, uma eventual autuação daria ao contribuinte a resposta de qual exatamente é o seu enquadramento tributário, e tem o potencial de reduzir o custo

de conformidade futuro apenas ao preenchimento das obrigações acessórias, já que as eventuais dúvidas quanto a enquadramento terão sido fixadas pelo Fisco, ao menos até a próxima alteração legislativa ou autuação, por força do art. 146, do CTN.

Ressalte-se que não está sendo defendida esta prática, mas apenas sendo realizado raciocínio de lógica econômica que demonstra que um grande custo de conformidade pode incentivar as empresas a ficarem irregulares como medida economicamente racional. Essa análise, contudo, não considera os prejuízos adicionais, como aumento de carga tributária devido à exclusão do Simples Nacional, ou perda de oportunidades de negócios devido à ausência de Certidão Negativa de Tributos, ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

A insegurança jurídica também, nesse contexto, acarreta o aumento dos custos de transação (CALIENDO, 2009). Enquanto custo de conformidade, a insegurança acarreta a necessidade de contratação de mais e melhor qualificados profissionais para o saneamento de dúvidas. Ainda, quando a insegurança for tamanha que seja impossível dar uma resposta com grau aproximado de certeza, o efeito é a existência de um elemento irracional na decisão, o que inviabiliza uma tomada de decisão racional (CARVALHO, 2018), sendo uma restrição à liberdade, pois não há subterfúgios para a tomada de uma decisão.

O fator de insegurança extrema, também conhecida como escolha sob incerteza (KNIGHT, 1921), sequer pode ser internalizado num cálculo econômico, de modo que qualquer tentativa do contribuinte de realizar uma provisão será ineficaz, a não ser que realize provisão do valor total do prejuízo possível. Essa alta incerteza acarreta uma total desorganização dos fatores de produção e prejudica, ao menos, todo o setor englobado nessa incerteza, podendo esses efeitos serem irradiados por todo o mercado.

Retornando a Marco Aurélio Greco (2019), o planejamento tributário existe na área de incerteza, ou de penumbra. Em um sistema complexo, maiores serão as possibilidades de lacunas e, portanto, maiores as oportunidades para planejamento tributário (KRAUSE, 2000). Algum grau de complexidade, contudo, é necessário para se atingir um grau maior de equidade e justiça na tributação.

No entanto, se o sistema de combate aos planejamentos tributários considerados abusivos é dotado de alta incerteza, seja pelo fato de a teoria não estar sendo aplicada da forma correta pelos órgãos de fiscalização, ou pelo fato de

haver baixa chance de o suposto infrator ser identificado pelo sistema, a escolha por adotar ou não o planejamento deixa de estar no campo da lógica econômica, e passa para a ser determinada puramente pela tolerância ao risco do tomador de decisão (CARVALHO, 2018). Se um determinado contribuinte for averso a risco, optará por não realizar o planejamento tributário incerto. Por outro lado, se o contribuinte for inclinado a assumir riscos, o planejamento tributário será realizado.

Se as regras fossem claras e os planejamentos tributários pudessem ser avaliados com um certo grau de certeza, a tomada de decisão passaria pela questão econômica e pela questão moral. No caso de empresas, considerando os deveres fiduciários dos administradores para com os sócios, apenas o critério econômico seria considerado. Esse dilema, contudo, será mais bem abordado em seção posterior.

Outra situação que deve ser levada em consideração é que a complexidade do sistema cria oportunidades para profissionais que se especializem no sistema. Esses profissionais especializados poderão cobrar mais por seus serviços, em virtude da alta assimetria informacional causada pela complexidade. A possibilidade de cobrança de altos honorários atrai profissionais ainda mais qualificados, que conseguem encontrar maiores brechas no sistema. Ou seja, a própria complexidade do sistema, em última análise, cria incentivos para a criação de um ambiente propício ao planejamento tributário.

Ainda, considerando que já existe um custo de conformidade associado à tributação, se ele for alto, e o contribuinte tiver diante de si a possibilidade de reduzir os seus tributos de forma considerável em troca de um leve aumento nos custos de conformidade, a opção lógica é buscar um planejamento tributário.

Ou seja, ao fim ao cabo, a maior complexidade induz a existência de planejamentos tributários.

4.2. Planejamento Tributário e o Problema do Carona

Dentre as muitas falhas de mercado, as externalidades positivas possuem papel decisivo na análise do combate à elisão fiscal à luz da AED. Os tributos são a principal fonte de financiamento para o Estado, e sua arrecadação é essencial para que seja possível que esse cumpra suas finalidades constitucionais. Dentre essas finalidades está a prestação de uma série de serviços públicos que são estendidos

sem custo sinalagmático aos cidadãos e empresas brasileiras. Não se entrará aqui no mérito quanto à eficiência no emprego desses recursos pelos entes estatais, pois não é objeto de estudo do presente trabalho.

Uma vez ordenado o planejamento financeiro mediante lei orçamentária, cabe ao Estado garantir que os recursos almejados estarão disponíveis, seja mediante arrecadação de tributos, tomada de crédito junto a agentes internacionais e de mercado (dívida pública), exploração de bens e direitos públicos ou expansão monetária. Ou seja, fixado o custo, é necessário correr atrás dos meios para cobri-lo.

Nesse contexto, o combate à elisão decorre da busca da equidade na tributação, e da busca pela concessão de eficácia ao princípio da capacidade contributiva (GRECO, 2019; YAMASHITA, 2005). Isso porquanto aquele que deixa de recolher tributos acaba transferindo o seu suposto ônus aos demais contribuintes.

Ao mesmo tempo, contudo, aquele que transferiu seu ônus tributário está se beneficiando de serviços públicos como infraestrutura de transportes, saúde, segurança, ambiente regulatório, dentre outros. Esse efeito de fruir dos bens e serviços públicos sem pagar o ônus equivalente é chamado de problema do carona (*free rider*) pelos economistas, e tem como efeito colateral o aumento do custo para os demais contribuintes ou redução da qualidade e disponibilidade de bens e serviços públicos.

O combate a esse comportamento oportunista é uma das obrigações do Estado, mas ela não pode ser realizada a qualquer custo (HEMELS, 2015). O Estado tem diversas restrições impostas pela forma como o sistema tributário pátrio está instituído na CF, não podendo tributar sem lei prévia que estabeleça o tributo — legalidade, prevista no art. 150, I, da CF. Assim, as ferramentas utilizadas devem ser aquelas à disposição. Esse ponto será retomado mais adiante.

4.3. A Existência de Oportunidades para Elisão Tributária como uma Falha de Governo

Diversos são os autores que reconhecem que a construção de um sistema tributário justo e com observância do princípio da capacidade econômica é um dever do Estado Brasileiro, considerando que foi constituído como um Estado Democrático de Direito (GRECO, 2019; HUCK, 1997; YAMASHITA, 2005). Sendo essa uma

função de Estado, a existência de oportunidades para elisão tributária é uma falha em sua atuação.

Assim como o conceito de falha de mercado parte de um modelo básico de que os mercados são eficientes, o conceito de falha de governo parte do modelo básico de que o Estado e o Direito por ele editado devem ser completos. A existência dessas falhas possui múltiplos motivos (KEECH; MUNGER, 2015; TULLOCK; SELDON; BRADY, 2002; WOLF, 1979), sendo alguns abordados a seguir.

Todo o processo legislativo é baseado na premissa de que o sistema é infalível, que a lei será sempre aplicada, e que caso as determinações nela contidas não sejam cumpridas, o infrator será sancionado. Na prática, contudo, existem diversas falhas que impedem a concretização desses ideais.

Inicialmente, a subsunção automática e infalível das normas não resiste aos testes do construtivismo lógico-semântico (CARVALHO, AURORA TOMAZZINI DE, 2009), vez que a incidência depende de um agente que realize a construção do fato jurídico e o submeta à norma num ato de aplicação — no caso tributário, o lançamento. Assim, caso o evento não seja reportado pelo contribuinte ou constatado por uma autoridade administrativa, não haverá incidência. Logo, a assimetria informacional aparece aqui como uma das causas de uma das principais falhas de governo: a falha de fiscalização. A falha de fiscalização gera o efeito de reduzir a percepção de risco do infrator, já que o resultado potencial de ser autuado é ponderado probabilidade de não ser autuado, o que altera o cálculo racional de risco-recompensa aliado à infração.

O legislador também não é onisciente, não sendo capaz de prever *ex ante* todas as possibilidades que advirão das leis que edita. Exatamente por não ter essa capacidade de prever todas as possibilidades é que existem as lacunas legislativas. No direito pátrio, por exemplo, a LINDB prevê em seu art. 4 o princípio do *non liquet*, de forma que o juiz não pode deixar de decidir diante da existência de lacuna. Nesse ponto a lei, antevendo a possibilidade de lacunas, estabelece formas de supri-la, a saber: a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. No direito tributário, o CTN estipula no art. 108 como elementos integradores das lacunas a analogia, os princípios gerais de direito tributário, os princípios gerais de direito público e a equidade, alertando que a analogia não pode resultar na exigência de tributo não

previsto em lei e que a equidade não pode resultar na dispensa de pagamento de tributo devido.

No entanto, o fato de o legislador não ter abordado expressamente alguma hipótese também pode ser compreendida como um “silêncio eloquente”: uma escolha consciente de não regular determinado assunto. Nesse sentido, um planejamento tributário supostamente “ilegítimo” pode ser, em verdade, um planejamento cuja brecha foi propositadamente mantida pelo legislador.

O STF reconhece a existência do silêncio eloquente no nosso sistema jurídico, notadamente no julgamento do RE n. 130.552:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LITIGIO ENTRE SINDICATO DE EMPREGADOS E EMPREGADORES SOBRE O RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO ESTIPULADA EM CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - DISTINÇÃO ENTRE LACUNA DA LEI E "SILENCIO ELOQUENTE" DESTA. -AO NÃO SE REFERIR O ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO, EM SUA PARTE FINAL, AOS LITIGIOS QUE TENHAM ORIGEM EM CONVENÇÃO OU ACORDOS COLETIVOS, UTILIZOU-SE ELE DO "SILENCIO ELOQUENTE", POIS ESSA HIPÓTESE JÁ ESTAVA ALCANÇADA PELA PREVISÃO ANTERIOR DO MESMO ARTIGO, AO FACULTAR A LEI ORDINARIA ESTENDER, OU NÃO, A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO A OUTRAS CONTROVERSIAS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO, AINDA QUE INDIRETAMENTE. EM CONSEQUENCIA, E NÃO HAVENDO LEI QUE ATRIBUA COMPETÊNCIA A JUSTIÇA TRABALHISTA PARA JULGAR RELAÇÕES JURIDICAS COMO A SOB EXAME, E COMPETENTE PARA JULGA-LA A JUSTIÇA COMUM. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PRÓVIDO. (BRASIL. STF, 1991)

Outro julgado no qual essa figura aparece é no RE 596701:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR INATIVO. REGIME PREVIDENCIÁRIO DISTINTO DOS SERVIDORES CIVIS. INAPLICABILIDADE AOS MILITARES DO DISPOSTO NOS §§ 7º E 8º DO ART. 40, DA CRFB. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. POSSIBILIDADE. 1. A Constituição Federal, após as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais 03/1993 e 18/1998, separou as categorias de servidores, prevendo na Seção II as disposições sobre “Servidores Públicos” e na Seção III, artigo 42, as disposições a respeito “dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”, dissociando os militares da categoria “servidores públicos”, do que se concluiu que os militares, topograficamente, não mais se encontram na seção dos servidores públicos e etimologicamente não são mais pela Constituição denominados servidores, mas apenas militares. 2. Há sensíveis

distinções entre os servidores públicos civis e os militares, estes classificados como agentes públicos cuja atribuição é a defesa da Pátria, dos poderes constituídos e da ordem pública, a justificar a existência de um tratamento específico quanto à previdência social, em razão da sua natureza jurídica e dos serviços que prestam à Nação, seja no que toca aos direitos, seja em relação aos deveres. Por tal razão, é necessária a existência de um Regime de Previdência Social dos Militares (RPSM) distinto dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), sendo autorizado constitucionalmente o tratamento da disciplina previdenciária dos militares por meio de lei específica. Precedentes do STF: RE 198.982/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 570.177, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). 3. A ausência de remissão, pelo Constituinte, a outros dispositivos do art. 40 no texto do art. 42, §1º, bem como do art. 142, configura silêncio eloquente, como já concluiu a Corte em relação à inaplicabilidade da regra do salário mínimo aos militares, por não fazerem os artigos 42 e 142 referência expressa a essa garantia prevista no art. 7º, IV. É inaplicável, portanto, aos militares a norma oriunda da conjugação dos textos dos artigos 40, § 12, e artigo 195, II, da Constituição da República, sendo, portanto, constitucional a cobrança de contribuição sobre os valores dos proventos dos militares da reserva remunerada e reformados. Precedentes do STF: ADO 28/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 785.239-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 781.359-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso; ARE 722.381- AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes). 4. Fixação de tese jurídica ao Tema 160 da sistemática da repercussão geral: “É constitucional a cobrança de contribuições sobre os proventos dos militares inativos, aqui compreendidos os Policiais Militares e o Corpo de Bombeiros dos Estados e do Distrito Federal e os integrantes das Forças Armadas, ainda que no período compreendido entre a vigência da Emenda Constitucional 20/98 e Emenda Constitucional 41/03, por serem titulares de regimes jurídicos distintos dos servidores públicos civis e porque a eles não se estende a interpretação integrativa dos textos dos artigos 40, §§ 8º e 12, e artigo 195, II, da Constituição da República.” 5. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (BRASIL. STF, 2020)

Não existe, contudo, uma forma objetiva de determinar se a ausência de manifestação expressa por parte do legislador corresponde a silêncio eloquente ou simples lacuna legislativa, de forma que as duas figuras acabam sendo utilizadas de forma retórica para justificar as decisões que tratam do tema.

No entanto, a partir do momento no qual determinado planejamento tributário considerado ilegítimo é identificado pelos agentes do Estado — seja por qual motivo — a obrigação do Estado seria suprir esta lacuna, fechando o caminho à elisão fiscal irregular. Em alguns casos — como o do ágio interno — são estabelecidas normas com essa função, enquanto em outros — dedutibilidade de despesas com remuneração de debêntures — a lacuna permanece.

Assim, questiona-se: até que ponto a não edição de lei restringindo ou proibindo determinado planejamento tributário, a despeito de este ser conhecido há anos pelos entes tributantes, não representa silêncio eloquente do legislador?

Como visto anteriormente, o caso do suposto uso abusivo de debêntures emitidas exclusivamente aos sócios para reduzir o lucro tributável de grandes companhias foi o primeiro caso no qual, em 2005, uma turma do CARF decidiu por invalidar a economia tributária com base na Teoria do Propósito Negocial (BRASIL. CARF, 2005). Passados quase 20 anos deste julgamento, casos desse tipo de planejamento continuam chegando para análise do CARF, mas não houve qualquer movimento legislativo no sentido de limitar a utilização desse subterfúgio. Não seria esse um silêncio eloquente do legislador no sentido de que este planejamento tributário é legítimo?

É claro que se pode alegar que o Congresso Nacional, embora teoricamente represente a vontade popular, acaba tendo sua atuação direcionada e capturada por grupos de interesse, dentre os quais estão aqueles com maiores recursos financeiros e que são os principais beneficiários destes planejamentos tributários. Contudo, se conforme defendem os teóricos do combate à elisão fiscal mediante as figuras dantes retratadas nesse trabalho, há eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva, a manutenção da lacuna legislativa deveria ser considerada como uma omissão inconstitucional do legislador, cuja forma de saneamento é a ação de Mandado de Injunção, solicitando a correção da omissão, e não a utilização de instrumentos que causam insegurança jurídica aos contribuintes como a desqualificação de planejamentos tributários tidos como abusivos mediante o uso de figuras como abuso de direito e fraude à lei.

Em conclusão, se o governo tem a obrigação de coibir a elisão fiscal ilegítima como forma de proteger os contribuintes que arcam da forma devida com seu ônus tributário, a falha em fazê-lo é uma falha de governo. Se há uma falha de governo, e a abordagem atual — combate à elisão mediante a teoria do propósito negocial — tem causado problemas de aumento de incerteza e insegurança jurídica, o desafio que se coloca é: quais são as alternativas para reduzir tal falha de governo?

5. ALTERNATIVAS MAIS EFICIENTES PARA O COMBATE À ELISÃO FISCAL

5.1. A Oportunidade faz o Planejamento

A despeito das nobres intenções daqueles que defendem que os contribuintes devem atentar aos valores sociais da solidariedade e da capacidade contributiva, a realidade é que o Brasil é uma sociedade multicultural e de baixa homogeneidade moral. Nesse contexto sociológico, importante retomar a lição de Max Weber (2015) acerca do direito enquanto sistema de dominação racional, no qual a lei assume o papel da moral enquanto ordenador da sociedade. Ou seja, quando a moral da sociedade não é unificada por elementos culturais, é importante que seja formado um consenso mínimo mediante o sistema jurídico, que servirá de bússola moral para a sociedade.

Nesse ponto, se há a possibilidade de reduzir os tributos mediante a utilização de formas lícitas, não há como se condenar — do ponto de vista jurídico — aquele que o faça. Se tal situação é relevante do ponto de vista pessoal, a situação ainda é mais delicada quando se envolvem empresas, sobretudo as com capital aberto.

Dentre os deveres fiduciários dos gestores, está o de cumprir o fim social da empresa, que é gerar resultados para os investidores (FRIEDMAN, 2017). A fim de garantir que os gestores cumpram tal função, é prática corriqueira de mercado que a política de remuneração seja atrelada à performance econômica da empresa. Nesse contexto, a economia tributária é oportunidade ímpar de o administrador aumentar o seu ganho e agradar aos acionistas, incentivos indicam alinhamento entre os interesses do agente e do principal (KOVERMANN; VELTE, 2019; REGO; WILSON, 2012).

Essa situação fica ainda mais delicada se adicionada a questão da concorrência nacional e internacional a que uma empresa está submetida. Mesmo que no Direito Brasileiro esteja consagrada no art. 154, da Lei n. 6.404/ 76 o dever de o administrador satisfazer as exigências do bem público, a empresa está incluída em um mercado global, e o não aproveitamento de eventuais oportunidades de elisão fiscal pode colocar em risco a própria subsistência da empresa. Ainda, considerando os custos de conformidade e a probabilidade de autuação, é possível que em determinadas situações a escolha racional seja assumir o risco, conforme análise anterior.

No cenário internacional, as maiores companhias de tecnologia se aproveitam há anos de oportunidades de planejamento tributário cujas brechas permanecem, pois uma atuação isolada de um dos países apenas fará com que a empresa se transfira para outra jurisdição. Exatamente por isso há esforço do G20 e da OCDE em alterar essa situação com o projeto de BEPS. Ressalte-se que o principal planejamento tributário utilizado por essas empresas — *double Dutch sandwich* — não é viável no Brasil devido à existência da CIDE, que não é afetada por tratados internacional contra bitributação, e das regras de preço de transferência, o que mostra que o país já está muito à frente de outros países no combate ao planejamento tributário abusivo, ainda que não possua uma norma geral antielisiva eficaz, considerando que a eficácia do art. 116, parágrafo único, do CTN está condicionada a regulamento ainda inexistente.

Partindo da premissa de que a necessidade de combate à elisão fiscal é necessária, a pergunta que surge é: como fazê-lo? A resposta atual, conforme tratado acima, é utilizar métodos semelhantes aos países que não tiveram sucesso nessa empreitada: norma geral antielisiva. Essa norma operaria pela utilização de figuras como o abuso de direito, apurado a partir da inexistência de propósito comercial da operação ou conjunto de operações, e da fraude à lei. Os efeitos colaterais são conhecidos: aumento da insegurança jurídica e do custo de conformidade dos contribuintes — que prejudicam o ambiente de negócios e dissuadem investimentos — e criação de situações de escolha sob incerteza — que torna a escolha irracional e tende a premiar aqueles que tem maior tendência a assumir riscos.

Dessa forma, se não é razoável esperar que o contribuinte, diante da possibilidade de economizar tributos de forma (ao menos aparentemente) lícita deixe de fazê-lo, e os métodos atuais trazem diversos efeitos colaterais indesejados, qual é a solução para combater a elisão fiscal? A resposta proposta nesse trabalho é atacar sua origem: as lacunas legislativas.

5.2. Atacando as Causas Jurídicas do Problema

Conforme constatado por Marco Aurélio Greco (2019), a elisão fiscal opera nas lacunas legislativas. Se esse é o espaço onde o problema surge, o primeiro foco deve ser sua redução. Fala-se em redução pois, conforme tratado anteriormente, a

eliminação dessas lacunas é impossível, considerando a impossibilidade de o legislador antever todos os cenários possíveis ao longo do processo legislativo.

Quanto mais complexo for um sistema tributário, maiores serão as chances de ocorrerem lacunas. Logo, a redução da complexidade é medida necessária e que auxilia na redução dessas lacunas. Some-se a isso o dado de que a complexidade do sistema tributário não está ligado a uma maior arrecadação, mas representa aumento dos custos de conformidade do contribuinte (CABELLO; NAKAO, 2021). Em verdade, os únicos beneficiados pela alta complexidade são os profissionais especializados na área, que acabam podendo cobrar maiores valores pelos seus honorários, devido à alta assimetria informacional.

Ou seja, a redução da complexidade tributária é medida que ao mesmo tempo reduz a elisão fiscal e os custos de conformidade dos contribuintes, sendo uma medida quase que óbvia de aprimoramento do sistema tributário como um todo.

Um dos problemas existentes no sistema tributário pátrio, e que aumenta a sua complexidade é a multiplicidade de materialidades constitucionais. Isso acarreta a existência de muitos tributos que competem entre si, e geram conflitos que abrem lacunas para o surgimento de planejamentos tributários. Essa situação será aprimorada pela reforma tributária aprovada pela EC n. 132/2023, que, após um período de transição, irá converter o ICMS e o ISS em IBS, bem como o IPI⁷, o PIS e a COFINS em CBS. Além disso, conquanto tenham sido criado dois tributos, ambos terão regras de apuração iguais, reduzindo de forma significativa a complexidade tributária brasileira.

A regulamentação destes tributos ainda está pendente, e ao longo da votação da EC 132/2023 já foram criadas diversas exceções que darão azo a novos planejamentos, mas o que se espera é que o saldo final seja positivo.

Outros impostos que poderiam ser unificados a fim de reduzir a complexidade são os incidentes sobre transações patrimoniais (ITBI e ITCD), os incidentes sobre o patrimônio (IPVA, IPTU e ITR) e os incidentes sobre a renda (IR e CSLL), no esteio do precedente inaugurado pela reforma tributária de unificar tributos cuja competência pertence a diferentes entes federativos. Essa proposta será melhor abordada na próxima sessão.

⁷ O IPI atualmente reveste-se de um tributo com duas configurações: uma fiscal e outra extrafiscal. A parte fiscal será legada ao IBS, e a função extrafiscal será exercida pelo imposto seletivo previsto na EC n. 123/2023.

A promulgação de leis menos complexas, irá reduzir as lacunas, mas é inevitável que ao longo do tempo elas apareçam. Nessas situações, ao invés de buscar desqualificar os planejamentos mediante a utilização de institutos jurídicos causadores de incerteza como abuso de direito e fraude à lei, é que essas lacunas sejam endereçadas mediante a criação de normas posteriores que fechem os caminhos para a elisão.

A primeira objeção que deve surgir a essa proposição é que o processo legislativo é demorado e afeito à captura por interesses econômicos. A resposta a essa rejeição é retornar a uma das premissas fundamentais deste trabalho: a lei dos grandes números de Bernoulli.

O debate acerca de coibir elisão fiscal é, ao fim e ao cabo, um debate sobre arrecadação e justiça. Considerando dados de 2023, a União arrecadou R\$ 2,318 trilhões (BRASIL. RECEITA FEDERAL, 2024) e a arrecadação estadual total foi de R\$ 814,41 bilhões (BRASIL. CONFAZ, 2024). Os últimos dados disponíveis para os municípios são de 2019, onde a arrecadação foi de cerca de R\$ 793 bilhões (IPEA, 2020). O PIB foi estimado em R\$ 10,74 trilhões, de acordo com a FGV (FGV, 2024). Ainda que se considere que o valor da arrecadação municipal se manteve inalterada, o total arrecadado seria de 3,87 trilhões ou seja, 36% do PIB.

Partindo do modelo da lei dos grandes números, ao analisar números de uma escala infinitesimal, apenas deve-se levar em consideração os desvios que puderem ser agrupados a fim de, em conjunto, alterar de forma significativa as conclusões.

O reflexo disso para o presente debate é que quando um planejamento fiscal considerado ilegítimo é impactante o suficiente para influenciar no orçamento, ele costuma ser rapidamente endereçado pelos governantes. Tome-se por exemplo o PERSE: o legislador original imaginou um benefício fiscal aplicável a poucas empresas do setor do turismo e eventos, mas realizou uma delimitação que, por sua dubiedade, deu azo a interpretações que estenderam o benefício a diversos outros setores. De início, buscou-se reduzir o escopo do benefício mediante decretos, mas tais decretos restringiram de forma indevida o escopo do programa, motivo pelo qual foi necessário promulgar a Lei n. 14.592/2023, limitando o benefício fiscal às empresas que possuíam os CNAE específicos listados em seu texto. Não se entrará no mérito da judicialização que esta alteração está causando devido ao fato de o benefício ter sido concedido com prazo determinado.

Ao adotar tal solução forma, há equilíbrio entre a segurança jurídica — já que os contribuintes saberão com certeza se determinado planejamento é possível ou não —, o interesse público — considerando que quando o impacto é significativo, haverá a sua proteção mediante ação legislativa, ainda que provocada pelo Poder Executivo — e o princípio democrático — pois o Poder Legislativo, representante do povo, decidirá se a lacuna deve ou não ser corrigida.

Quanto ao princípio da capacidade contributiva, os autores que lhe atribuem eficácia positiva, justificam tal posição pelo fato de atualmente o Brasil ser um Estado Democrático de Direito, atribuindo ao caráter social do termo “Democrático” o motivador desta alteração em nosso sistema tributário (GRECO, 2019). No entanto, é importante lembrar que a CF de 1988 surge no Brasil no pós-ditadura, de modo que a inclusão do termo Estado Democrático de Direito no texto constitucional carrega também a valorização da democracia que estava renascendo naquele momento e a refutação expressa do modelo autoritário que substituiu. O termo representa não apenas o social, mas também a valorização da democracia enquanto forma de governo e de participação popular, em detrimento do exercício autoritário dos poderes estatais pelo Poder Executivo.

Nesse contexto, nada mais democrático que legar ao Congresso Nacional a decisão de coibir ou não determinado comportamento elisivo dos contribuintes. Quanto à justiça, esta será buscada em conjunto com a segurança jurídica.

Além disso, devem ser considerados os custos operacionais tributários decorrente de todo esse contencioso, seja pelo lado dos contribuintes ou da Administração. Não foram identificados estudos na área, sendo ponto que pode ser aprofundado por trabalhos futuros a fim de enriquecer o debate sobre a necessidade de alteração da forma como é coibida a elisão fiscal no país, e quais os ganhos efetivos que isso traz para a economia como um todo.

5.3. Aprimorando e Reduzindo o Número de Materialidades Tributárias

Outro ponto que causa grande partes das lacunas existentes é a tentativa do legislador — inclusive o constituinte originário — de criar tipos tributários extremamente específicos. Ora, quanto mais específico é um conceito, maior é o universo de coisas que estará fora dele.

Ao analisar as competências tributárias, é possível observar que muitas incidem sobre a mesma espécie de instituto jurídico, ou fenômeno econômico.

Por exemplo: o ITBI é imposto destinado a tributar a transferência de patrimônio imóvel e direitos reais incidentes sobre estes quando ocorrida intervivos, enquanto o ITCD busca tributar transmissões patrimoniais ocorridas mediante heranças e doações. Ambos os tributos possuem recortes específicos, mas ao final incidem sobre transferências patrimoniais. Ou seja, seria possível ter apenas um tributo cuja materialidade fosse transferência patrimonial, ao invés de dois tributos com competências, alíquotas e regras de apuração diferentes.

Outro exemplo são os impostos incidentes sobre patrimônio: IPVA, IPTU e ITR. Todos tem como objeto a tributação do patrimônio que seria signo presuntivo de riqueza e, portanto, de capacidade contributiva. Seu regramento poderia ser simplificado a fim de abarcar todo o patrimônio dos contribuintes.

Pontue-se que a posição pessoal do autor deste trabalho é que a tributação sobre o patrimônio é conceito ultrapassado, considerando que são herança de uma época na qual era muito mais difícil ao Fisco encontrar signos presuntivos de riqueza para identificar a capacidade tributária dos contribuintes. Com base nos dados atualmente disponíveis ao Fisco, é possível aprimorar a tributação sobre a renda para atingir capacidade contributiva real ao invés da presumida.

Após o ponto de partida de materialidades mais expansivas, o legislador passaria a trabalhar para reduzir o campo de abrangência da tributação, estabelecendo regras de isenção e equidade. É muito mais simples partir de um escopo maior e ir reduzindo-o aos poucos do que montar um quebra-cabeça com diversas hipóteses de incidência, como ocorre atualmente. Um exemplo disso é o Regulamento de ICMS do Estado do Rio Grande do Sul, que possui oito hipóteses de incidência, além de doze hipóteses nas quais se é presumido que ela ocorre, isso sem considerar as hipóteses de substituição tributária.

Um exemplo de onde isso acabou acontecendo por evolução doutrinária e jurisprudencial é a hipótese de incidência do IR. A lei presume diversas hipóteses, mas construiu-se o conceito de que sua real materialidade é a variação patrimonial positiva, independentemente da causa, e a partir daí presume-se tributável tudo que se enquadre nesse conceito e que não seja abarcado pelas regras de redução do campo da incidência — imunidades e isenções.

O ponto positivo dessa abordagem é que, uma vez enquadrada na materialidade, a lacuna por omissão tenderá a significar a incidência do tributo. Diz-se que essa é a tendência pois a lacuna pode ocorrer por situações como dúvida quanto ao enquadramento no conceito de uma isenção.

Essa alteração na abordagem da construção das materialidades constitucionais auxiliará na redução das lacunas e, por conseguinte, reduzirá o espaço para a elisão. Além disso, a redução da complexidade tributário tem como efeito positivo a redução dos custos operacionais tributários, seja pela simplificação da fiscalização, seja pela redução dos custos de conformidade.

6. CONCLUSÃO

A ideia central do presente trabalho é, partindo da premissa de que o combate à elisão fiscal supostamente ilegítima é necessário, demonstrar que existem custos ocultos por trás desse combate que devem ser considerados a fim de aprimorá-lo. Ou seja, em um exercício acadêmico envolvendo AED, ir além da discussão dominante entre aqueles que mantêm o debate na seara puramente do direito, ou puramente da arrecadação, a fim de auxiliar na evolução do debate.

O primeiro capítulo deste trabalho dedicou-se a fixar as bases teóricas no campo jurídico e econômico que serviriam de base à análise posterior. Dentre os conceitos apropriados para análise posterior destacam-se os custos de transação, as falhas de mercado e de governo, bem como a identificação de efeitos das externalidades positivas como o problema do carona.

O segundo capítulo teve como preocupação a definição do objeto de estudo deste trabalho — combate à elisão fiscal —, partindo do necessário corte epistemológico quanto ao que exatamente é considerado planejamento tributário/elisão fiscal para fins deste trabalho. Esta definição foi trabalhada com base na obra de Marco Aurélio Greco, considerando que é a base teórica utilizada para fins de combate à elisão fiscal no Brasil. Definido o objeto de estudo, foi realizada uma análise detida do instrumental utilizado no combate à elisão fiscal, seguindo o raciocínio de como essa teoria foi construída ao longo da história jurídica do Brasil — abordagem proposta por Marco Aurélio Greco — a fim de delinear exatamente o que é sua Teoria do Propósito Negocial, que baliza a constatação do Abuso de Direito.

Ainda no segundo capítulo, foi realizada a análise de como a Teoria do Propósito Negocial foi recebida e vem sendo aplicada pelos tribunais, análise que foi realizada a partir de precedentes do CARF, STJ e STF. Destaca-se a constatação de que o Fisco vem aplicando de forma meramente retórica a Teoria do Propósito Negocial, de forma a utilizar o quórum privilegiado de desempate nas cortes administrativas como ferramenta para fazer valer sua sede arrecadatória, criando incentivos posteriores para que os contribuintes paguem os débitos mediante transação e parcelamentos incentivados ao invés de socorrer-se do Poder Judiciário.

Realizado o diagnóstico, o terceiro capítulo aplica a base teórica construída no primeiro capítulo para fins de análise crítica do combate à elisão fiscal delineado

no segundo capítulo, a fim de identificar quais os efeitos deletérios decorrentes da forma como essa batalha vem sendo travada pelos entes tributantes. Destaca-se a constatação de que além dos custos de transação representados pela carga tributária em si, é relevante analisar o peso dos custos de conformidade para o contribuinte. Ao ignorar os custos de conformidade no combate à elisão fiscal, considerando o baixo alcance da fiscalização, o resultado pode ser exatamente o contrário: criar cenários nos quais é mais vantajoso ao contribuinte buscar o planejamento tributário, ainda que em situação de alta incerteza, do que pagar o tributo considerado devido pelo Fisco.

Ainda no terceiro capítulo, foi identificado que as lacunas são falhas de governo, sendo papel do governo resolvê-las da forma menos onerosa possível para a economia.

No capítulo final, foi realizada exploração de alternativas em matéria de política pública que são menos onerosas ao sistema econômico em geral do que a atualmente utilizada. A principal proposição, partindo das conclusões dos capítulos anteriores, é que não adianta esperar que os contribuintes deixem de aproveitar as oportunidades que aparecem a sua frente, sendo muito mais eficiente e alinhado ao Estado Democrático de Direito trabalhar de forma a atacar exatamente as origens da elisão fiscal: reduzir as lacunas.

As propostas apresentadas com o intuito de reduzir as lacunas de forma eficiente foram a atuação legislativa tanto de forma repressiva quanto preventiva. Repressiva é a medida que o legislador toma para reagir a um planejamento indesejado que não foi previsto quando da edição das normas tributárias. Preventiva é a medida tomada pelo legislador como prevenção a possíveis planejamentos identificados durante o processo legislativo.

No campo repressivo, foi identificado que nem toda a lacuna merece ser endereçada, seja pelo fato de o legislador ter escolhido mantê-la em virtude do silêncio eloquente, bem como por não representar distorção suficiente do orçamento a fim de demandar intervenção legislativa. Quanto à atuação preventiva, a partir da constatação de que a complexidade aumenta o número de lacunas, foi proposta tanto a simplificação tributária, quanto o aprimoramento das materialidades tributárias atualmente existentes, passando-se a utilizar tipos mais abrangentes como ponto de partida, para posteriormente lapidar a incidência a partir da exclusão específica dos pontos que se busca deixar de tributar, a fim de inverter a lógica de

que uma lacuna representa a não tributação, sem que isso represente o reconhecimento de um interesse geral de arrecadar do Estado.

As conclusões deste trabalho não possuem pretensão exauriente, servindo como uma introdução no debate jurídico brasileiro da utilização da AED como ferramenta de análise no campo do planejamento tributário, e espera-se que inspirem trabalhos futuros que complementem e enriqueçam a análise aqui empreendida.

REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, [s. l.], v. 84, n. 3, p. 488, 1970.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2004.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- BERTOLUCCI, Aldo V; NASCIMENTO, Diogo Toledo do. Quanto custa pagar tributos?. **Revista Contabilidade & Finanças**, [s. l.], v. 13, n. 29, p. 55–67, 2002.
- BRASIL. CARF. Acórdão 101-94.986. **Sandra Maria Fantoni**, 19 maio 2005.
- BRASIL. CARF. Acórdão n. 107-05.875. **Natanel Martins**, 22 maio 2000.
- BRASIL. CARF. Acórdão n. 1402-006.710. **Ricardo Piza Di Giovanni**, 23 jan. 2024.
- BRASIL. CARF. **Dados Gerenciais do CARF**. 2024. Disponível em <https://carf.economia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-2024/dados-abertos-202405-final.pdf>. Acesso em 13 jun. 2024.
- BRASIL. CONFAZ. **Boletim de Arrecadação de Tributos Federais**. [S. l.], 2024. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieYjE1ZDQzNTAtNTUxMC00MTc2LWEyMTETZjdkZjRlZjk4YzUyIiwidCI6IjNIYzkyOTY5LTVhNTEtNGYxOC04YWw5LWVmOThmYmFmYTk3OCJ9>. Acesso em: 28 fev. 2024.
- BRASIL. RECEITA FEDERAL. **Arrecadação federal de 2023 somou R\$ 2,318 trilhões**. [S. l.], 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2024/janeiro/arrecadacao-federal-de-2023-somou-r-2-318-trilhoes#:~:text=A arrecadação total das receitas,R%24 2%2C318 trilhões em 2023.> Acesso em: 28 fev. 2024.
- BRASIL. RECEITA FEDERAL. **Relatório Anual da Fiscalização Resultados - 2022 Planejamento – 2023**. Brasília: [s. n.], 2023.
- BRASIL. STF. ADI 2.446. **Min. Carmen Lúcia**, 11 abr. 2022.
- BRASIL. STF. RE 130.552. **Min. Moreira Alves**, 12 mar. 1991.
- BRASIL. STF. RE 596.701. **Min. Edson Fachin**, 20 abr. 2020.
- BRASIL. STJ. REsp 2.026.473. **Min. Gurgel de Faria**, 5 set. 2023.
- CABELLO, Otávio Gomes; NAKAO, Silvio Hiroshi. Complexidade, conformidade e arrecadação tributária. **Economia e Sociedade**, [s. l.], v. 30, n. 3, p.

1033–1050, 2021.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARVALHO, Aurora Tomazzini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Almedina, 2018.

COASE, R. H. The Nature of the Firm. **Economica**, [s. l.], v. 4, n. 16, p. 386–405, 1937.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, [s. l.], v. 3, n. Oct, 1960, p. 1–44, 1960.

FERREIRA, Fabiano. **Concepção de um método de método de mensuração dos custos de conformidade tributária: o caso da EMATER/RS-ASCAR**. 2013. - UNISINOS, [s. l.], 2013.

FGV. **Monitor do PIB**. [S. l.: s. n.], 2024.

FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits. **Corporate Social Responsibility**, [s. l.], p. 31–35, 2017.

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

HALL, Anthony. From Fome Zero to Bolsa Família: Social policies and poverty alleviation under Lula. **Journal of Latin American Studies**, [s. l.], v. 38, n. 4, p. 689–709, 2006.

HAMPTON, Jean. Free-rider problems in the production of collective goods. **Economics and Philosophy**, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 245–273, 1987.

HEMELS, Sigrid. Fairness and Taxation in a Globalized World. **SSRN Electronic Journal**, [s. l.], p. 1–18, 2015.

HERBERT, Frank. **Dune**. Nova Iorque: Ace Books, 1990.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

IBGE. **Estatísticas do Cadastro Central das Empresas - CEMPRE**. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/industria/9016-estatisticas-do-cadastro-central-de-empresas.html>. Acesso em: 29 fev. 2024.

IPEA. **Estimativas anuais da arrecadação tributária e das receitas totais dos municípios brasileiros entre 2003 e 2019**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2020/07/estimativas-anuais-da-arrecadacao-tributaria-e-das-receitas-totais-dos-municipios-brasileiros-entre-2003-e-2019/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

KEECH, William R.; MUNGER, Michael C. The anatomy of government failure. **Public Choice**, [s. l.], v. 164, n. 1–2, p. 1–42, 2015.

KIRCHLER, Erich; MACIEJOVSKY, Boris; SCHNEIDER, Friedrich. Everyday representations of tax avoidance, tax evasion, and tax flight: Do legal differences matter?. **Journal of Economic Psychology**, [s. l.], v. 24, n. 4, p. 535–553, 2003.

KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty, and Profit**. [S. l.]: The Riverside Press, 1921.

KOVERMANN, Jost; VELTE, Patrick. The impact of corporate governance on corporate tax avoidance—A literature review. **Journal of International Accounting, Auditing and Taxation**, [s. l.], v. 36, p. 100270, 2019.

KRAUSE, Kate. Tax complexity: Problem or opportunity?. **Public Finance Review**, [s. l.], v. 28, n. 5, p. 395–414, 2000.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. 6 ed.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MENGER, Carl. **Principles of Economics**. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007.

NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo. Análise Econômica do Direito Tributário: distinção da interpretação econômica e ponderações introdutórias quanto à sua definição e aplicações. **Revista Tributária das Américas**, [s. l.], v. 4, p. 453–488, 2013.

OATES, Wallace E.; SCHWAB, Robert M. The window tax: A case study in excess burden. **Journal of Economic Perspectives**, [s. l.], v. 29, n. 1, p. 163–180, 2015.

PARETO, Vilfredo. **Manual of Political Economy: A Critical and Variorum Edition**. New York: Oxford, 2014.

POPPER, Karl Raimund. **A Logica da Pesquisa Científica**. [S. l.: s. n.], 2007.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. New York: Wolters Kluwer, 1974-. ISSN 00389765.v. 26

REGO, Sonja Olhoft; WILSON, Ryan. Equity Risk Incentives and Corporate Tax Aggressiveness. **Journal of Accounting Research**, [s. l.], v. 50, n. 3, p. 775–810, 2012.

ROTHSCHILD, Michael; STIGLITZ, Joseph. Equilibrium in competitive insurance markets: An essay on the economics of imperfect information. **Quarterly**

Journal of Economics, [s. l.], v. 90, n. 4, p. 629–649, 1976.

SILVA, Danilo Soares; SANTOS, Regina Gomes dos; THEÓPHILO, Carlos Renato. O Estado da Arte da pesquisa em Custo de Conformidade Tributária no Brasil. *In:* , 2021. **18º Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade**. [S. l.: s. n.], 2021.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. [S. l.: s. n.], 2007-. ISSN 20571607.

SPENCE, Michael. Job Market Signaling. **The Quarterly Journal of Economics**, [s. l.], v. 87, n. 3, p. 355–374, 1973.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government Failure: a primer in public choice**. Washington: Cato Institute, 2002.

VON HAYEK, Friedrich August. The Pretence of Knowledge. **The Swedish Journal of Economics**, [s. l.], v. 77, n. 4, p. 433, 1975.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015. v. 1

WILLIAMSON, Oliver E. Outsourcing: Transaction cost economics and supply chain management. **Journal of Supply Chain Management**, [s. l.], v. 44, n. 2, p. 5–16, 2008.

WINSTON, Clifford. **Government Failure vs Market Failure: Microeconomics Policy Research and Government Performance**. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

WOLF, Charles. A Theory of Nonmarket Failure: Framework for Implementation Analysis. **The Journal of Law and Economics**, [s. l.], v. 22, n. 1, p. 107–139, 1979.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.

YAMASHITA, Douglas. **Elisão e evasão de tributos: planejamento tributário: limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei**. São Paulo: Lex Editora, 2005.