

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Planejamento Tributário: Uma Metodologia de Avaliação de Riscos

Enéas Moreira

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP

Versão de 13/10/2021

1. Tema, contexto, questão central de pesquisa

Já vem de longa data a discussão sobre estratégias de planejamento tributário, envolvendo diversos aspectos relacionados à legitimidade de estratégias adotadas pelos contribuintes, inclusive a diferenciação entre elisão e evasão fiscal, abuso de forma, substância econômica, fundamentos negociais etc.

A falta de regulamentação do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional poderia levar à redução de incertezas, se construída de forma dialogada com a Sociedade e considerando a necessidade de clareza e objetividade. A primeira tentativa, através da Medida Provisória 66/2002, lançou bases que até hoje perduram, em que pese os artigos 13 a 19 terem sido excluídos quando da conversão da MP 66/2002 na lei 10.637/2002.

Pela falta de um marco legislativo claro e específico, as discussões envolvem desde princípios constitucionais, aspectos cíveis e comerciais e vão até normas tributárias mais minudentes, adentrando aspectos operacionais e práticos do dia a dia tributário. Além disso, também há uma vasta jurisprudência administrativa e judicial em constante formação e transformação.

Tal ambiente, complexo e carregado de incertezas, exige que o contribuinte avalie todas as variáveis envolvidas, estruture modelos que possam ser cotejados não só com a legislação, mas também a jurisprudência e precedentes relevantes.

Apesar da multitude de questões que se pode suscitar neste ambiente amplo, o aspecto que pretende destacar nas discussões administrativas e judiciais relaciona-se com a definição de quais elementos caracterizadores uma estrutura de planejamento tributário deveria

apresentar para que seja oponível ao Fisco. Em que circunstâncias se pode afirmar, com razoável grau de conforto, que uma estrutura de planejamento apresenta “substância econômica” e “propósito negocial”? Que elementos (contratuais, comerciais, regulatórios, práticos, financeiros) devem estar presentes para que se conclua que uma estrutura de planejamento tributário é lícita e oponível ao Fisco?

Nesta discussão é necessário que alguns conceitos-chave sejam definidos, mas não é este o objetivo do presente trabalho, nem se adentrar a todas as questões teóricas que o tema levanta e são importantes.

O que se busca, de forma mais empírica, é apontar os elementos caracterizadores da licitude e oponibilidade de uma estrutura de planejamento tributário, construindo-se um modelo, o mais objetivo possível, para se avaliar o grau de segurança de tal estrutura. Com base em tal modelo de avaliação de riscos, o contribuinte poderia determinar o grau de fragilidade de uma estrutura qualquer de planejamento tributário, avaliando pontos fracos e fortes e obtendo um diagnóstico da situação.

O resultado da pesquisa será conciliar a visão doutrinária com a jurisprudencial, extraíndo-se as características positivas e negativas que uma estrutura de planejamento tributário deveria apresentar, buscando-se atribuir pesos e importância a cada uma, de forma que a falta ou predominância de uma ou outra característica possa ser pesada e se obtenha uma visão geral baseada em uma metodologia de avaliação de riscos e defina em um escore.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

Os quesitos que se pretende responder, como diretrizes para o desenvolvimento do trabalho são os seguintes:

- 2.1. Considerando-se as práticas de planejamento tributário adotadas no país e sua evolução ao longo dos anos, é possível definir critérios de aceitabilidade?
- 2.2. O quanto a Doutrina e a Jurisprudência contribuiriam para a definição de tal critério?
- 2.3. Considerando-se os casos de planejamento tributário julgados no STF, é possível identificar as principais práticas adotadas pelas empresas?
- 2.4. A partir dos Acórdãos do STF, pode-se identificar atributos e condições de aceitabilidade?
- 2.5. E quais são as características e prerrequisitos preconizados pela Doutrina?

2.6. Considerando-se doutrina e jurisprudência, é possível identificar-se quais requisitos seriam mais importantes e atribuir-se pesos e prioridades para as características necessárias?

2.7 A partir da análise dos quesitos é possível estabelecer um critério objetivo para determinar se uma dada estrutura de planejamento tributário seria aceitável?

Para responder aos quesitos e atingir os resultados planejados, pretende-se utilizar duas abordagens:

a) Pesquisa bibliográfica, buscando-se na doutrina relevante sobre planejamento tributário as visões existentes (se possível, dominantes) sobre quais as características deveriam ser apresentadas por estruturas de planejamento tributário para que se possa avaliar seu grau de risco; e

b) Pesquisa jurisprudencial, buscando-se nas decisões e acórdãos emanados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”), em particular da Câmara Superior de Recursos Fiscais, sobre o tema “planejamento tributário”, nas quais se possa identificar as características identificadas nos julgados e que foram determinantes para o teor da decisão, favorável ou contrária aos interesses do contribuinte. Tal pesquisa deverá se limitar a um período de no máximo 10 anos, de forma que o resultado do trabalho seja atual e relevante.

Pela natureza das fontes, o acesso se dará pela análise da bibliográfica disponível. Quanto à jurisprudência, o acesso se dará pela pesquisa no sítio do CARF, para que se identifique acórdãos relacionados ao tema “planejamento tributário”.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

Considerando-se a incerteza ainda existente quando se avalia o risco de estruturas de planejamento tributário, a relevância do presente trabalho está em produzir um modelo atualizado, objetivo e alinhado com boas práticas de gestão de riscos, que poderá auxiliar as empresas a diagnosticar estruturas de planejamento tributário, determinar o risco envolvido e avaliar a necessidade de medidas mitigatórias ou de correção.

Ao se criar um modelo de avaliação da estrutura, a partir da doutrina e da jurisprudência, as empresas podem ter um método mais rápido e eficiente para conduzir suas avaliações de risco, auxiliando na estruturação da abordagem para identificação, mitigação e gestão dos riscos relacionados.

Assim, uma metodologia baseada em práticas atuais de avaliação e gestão de riscos, bem como em conceitos doutrinários e jurisprudenciais sólidos e igualmente atuais, permitirá um melhor alinhamento da gestão de riscos de planejamentos tributários com a estrutura geral de gestão de riscos das empresas, facilitando a integração de tais riscos com o mapa de riscos da organização.

O desenvolvimento de um critério de avaliação de riscos, baseado em um score de características e atribuindo-se pesos e relevância, poderá se constituir numa ferramenta inovadora e prática a se agregar ao arsenal de metodologias de gestão de risco, aperfeiçoando o processo.

Com isso, as empresas poderão contar com uma metodologia que auxiliará na análise preventiva dos riscos decorrentes da atividade de planejamento tributário, permitindo um processo decisório mais bem estruturado e objetivo. Além disso, pretende-se um modelo alinhado com as melhores práticas de gestão de risco, em particular aquelas emanadas do COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*).

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Desenvolvi uma carreira de quase 30 anos quase toda focada em consultoria tributária, apoiando clientes de diversos ramos, origens e dimensões na análise e implantação de planejamentos tributários. No ambiente de *mergers & acquisitions*, prestei consultoria tanto na estruturação de negócios (na perspectiva de planejamento tributário e societário), quando na avaliação de riscos de planejamentos tributários e contingências fiscais relacionadas. Também participei apoiando clientes quando estratégias de planejamento tributário foram objeto de questionamento pelo Fisco, prestando consultoria nas fases administrativa e judicial, em particular na construção de prova nos processos.

Com isso, tive a oportunidade de trabalhar em muitos casos, inclusive alguns que acabaram por ter grande repercussão no mercado.

5. Bibliografia preliminar

Apesar de ainda depender de aprofundamento da pesquisa bibliográfica, a bibliografia preliminar incluirá:

ANAN JR., Pedro (coordenador). *Planejamento Fiscal: Aspectos Teóricos e Práticos*. 1. Ed. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, . *Curso de Direito Constitucional*. 20 São Paulo: Verbatim, 2016.

BIANCO, João Francisco. “Planejamento Tributário: estudos de casos e exame crítico da Jurisprudência”. In: Douglas Yamashita (coordenador). *Planejamento Tributário: à Luz da Jurisprudência*. 1 Ed. São Paulo: Lex Editora, 2007.

CARRILHO, Eros Santos. *Elisão Fiscal e o Parágrafo único do art. 116 do CTN: simulação, fraude à lei, abuso de direito, negócio jurídico indireto e negócio jurídico sem causa*. 1. Ed. Brasília: Gazeta, 2014.

CARVALHO, João Rafael L. Gândara. *Forma e Substância no Direito Tributário: legalidade, capacidade contributiva e planejamento fiscal*. 1 Ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. “Planejamento Tributário e a Doutrina da Prevalência da Substância sobre a Forma na Definição dos Efeitos Tributários de um Negócio Jurídico”. In: MACHADO, Hugo de Britto (coordenador). *Planejamento Tributário*. 1 Ed. São Paulo: Malheiros, ICET, 2016.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Curso de Direito Constitucional*. 2 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (organizadores). *Planejamento Tributário: limites e desafios concretos*. 1 Ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

GOMES, Marcus Livio; ROCHA, Sergio André; FARIA, Aline Cardoso de (organizadores). *Planejamento Tributário sobre a ótica do CARF: Análise de casos concretos*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2018.

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

GUTIERREZ, Miguel Delgado. *Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal*. 1 Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LEMONS, Antonio Fernandes; CUNHA, Thadeu Andrade da. *Planejamento Tributário: em busca de um propósito*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MAKIYAMA, Natasha Rumiko Pereira. “Como os Regimes Especiais, os Benefícios Fiscais e a Substituição Tributária Contribuem para Distorções Jurídico-Econômicas nas Operações com Bens de Consumo. Análise de Caso”. In: Leonel Cesarino Pessoa e Samuel Pessoa (coordenadores). *Razões para a Reforma Tributária: Distorções da Tributação sobre o Consumo no Brasil*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; e MARONE, José Ruben. “Elisão e Evasão de Tributos – Estudo de Caso”. In: Douglas Yamashita (coordenador). *Planejamento Tributário: à Luz da Jurisprudência*. 1 Ed. São Paulo: Lex Editora, 2007.

MOELLER, Robert R. *Coso: Enterprise Risk Management*. 2 Ed. Hoboken, New Jersey: Willey Corporate F&A, 2011.

NOGUEIRA, Carlos André Soares. *Planejamentos Tributários: Limites e Restrições da Liberdade nos Planejamentos Abusivos e Agressivos*. 1 Ed. Curitiba: Juruá, 2019.

PESSÔA, Leonel Cesarino. “Introdução”. In: Leonel Cesarino Pessoa e Samuel Pessoa (coordenadores). *Razões para a Reforma Tributária: Distorções da Tributação sobre o Consumo no Brasil*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo (Coordenador); FREITAS, Rodrigo de (organizador). *Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial”*. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VIEIRA, Carlos Renato. “O Caso Transpinho e a Prova com Base em Índícios de Planejamento Tributário”. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (organizadores). *Planejamento Tributário: Limites e Desafios Concretos*. 1 Ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

WORLD BANK. 2020. DOING BUSINESS 2020. WASHINGTON, DC: WORLD BANK. DOI:10.1596/978-1-4648-1440-2. LICENSE: CREATIVE COMMONS ATTRIBUTION CC BY 3.0 IGO

YAMASHITA, Douglas. “Limites à Economia de Tributos: da teoria legal à prática jurisprudencial”. In: Douglas Yamashita (coordenador). *Planejamento Tributário: à Luz da Jurisprudência*. 1 Ed. São Paulo: Lex Editora, 2007.

6. Cronograma de execução

Atividade	2021				2022												Horas
	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12		
Revisão bibliográfica	40	40	20														100
Pesquisa jurisprudencial e coleta de decisões				40	40	40	40										120
Análise e compilação de documentos								40	20								60
Estruturação do modelo de avaliação									20	20							40
Elaboração da Dissertação										40	40	40					120
Revisão da Dissertação												20	20	20			60

7. Sumário Preliminar da Dissertação

Com base na pesquisa preliminar e estruturação do trabalho, no sumário abaixo constam os tópicos que deverão compor a dissertação, o que poderá sofrer alterações ao longo do desenvolvimento da pesquisa:

1.	Introdução
1.1	Prática das Decisões – Exemplo Hipotético
1.2	A Livre Iniciativa
1.3	Planejamento tributário versus planejamento estratégico
1.4	Gestão de Riscos
1.5	Modelo de Avaliação de Riscos de Planejamento Tributário
2	Planejamento Tributário
2.1	Distinção entre Elisão e Evasão Fiscal
2.2	Perspectiva da Jurisprudência Administrativa
2.3	Características Fundamentais
2.3.1	Doutrina
2.3.2	Jurisprudência Administrativa
2.3.3	Quadro Sinótico
3	Gestão de Riscos nas Empresa
3.1	Visão Geral (COSO)

3.1.1	Riscos Inerentes
3.1.2	Riscos Residuais
3.2	Abrangência dos Sistemas de Gestão de Riscos
3.3	Riscos Tributários
3.4	Metodologias de Gestão de Riscos
3.4.1	Diagnóstico de Riscos
3.4.2	Classificação de Riscos
3.4.3	Atribuição de Graus de Risco
4	Metodologia para Avaliação de Riscos
4.1	Atributos de Riscos de Planejamento Tributário
4.2	Pesos Relativos e Relevância
4.3	Proposta de Matriz de Avaliação de Riscos
4.4	Painel de Controle
4.5	Processo de Avaliação Permanente dos Riscos
5	Conclusão
	Referências

1. Introdução (Preliminar)

Quando se decide fundar uma empresa, começar um novo negócio, de forma geral se está mais preocupado com qual será o produto, os mercados a explorar, o modelo de negócios a ser explorado, os parceiros que precisará e outros aspectos que podem levar ao sucesso ou ao insucesso do empreendimento. Essas questões deveriam ser as mais fundamentais, tanto para fundamentar a decisão de criar um novo negócio, quanto para determinar todo o planejamento necessário, até que se possa vender a primeira unidade de produto e faturar o primeiro Real.

E toda empresa estará localizada e operando em um dado ecossistema, ainda considerando que na atualidade as raízes físicas de uma entidade deixaram de ser tão relevantes e determinantes como eram no passado. Particularmente após a pandemia da Covid-19, muitas (se não todas) as empresas e organizações foram obrigadas a operar no ambiente virtual de alguma forma, com clientes e fornecedores localizados em qualquer lugar do país ou do planeta, adicionando grande complexidade aos negócios.

Independentemente do local da sede que o empresário escolha, haverá implicações decorrentes da localização de clientes, fornecedores, parceiros e demais interessados e/ou envolvidos (*stakeholders*). E isso pode envolver questões locais, estaduais ou internacionais, a depender da complexidade da operação.

No conjunto de *stakeholders* de qualquer empresa, os governos são dos mais relevantes, seja pelos aspectos regulatórios, seja pelos aspectos tributários. Particularmente no caso brasileiro, o ambiente “governo” é particularmente desafiador para qualquer atividade empresarial, desde a carga burocrática envolvida até o ambiente altamente litigioso e de insegurança jurídica¹.

A discussão que se pretende concentra-se no componente tributário que impacta as empresas e os negócios que conduzem, na medida em que as cargas tributária e de *compliance* podem ser determinantes para como o empresário irá desenhar o modelo de operação da sua empresa.

O Banco Mundial realiza uma pesquisa global em que apura diversos indicadores relacionados à dificuldade de se fazer negócios em cada país, incluindo

¹ PESSÔA, Samuel. “Introdução”. In: Leonel Cesarino Pessôa e Samuel Pessôa (coordenadores). *Razões para a Reforma Tributária: Distorções da Tributação sobre o Consumo no Brasil*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2020; p. V e VI da Apresentação.

um indicador denominado *Paying Taxes*², no qual o Brasil não recebe uma avaliação positiva, em que pese ter obtido melhorias de 2018 para 2019. Dentre 190 países que fazem parte do universo da pesquisa, o Brasil ocupa a 184ª posição no que se refere ao grau de dificuldade para se pagar tributos e cumprir obrigações acessórias.

No ranking geral, que se refere à facilidade de se fazer negócios no país, entre os mesmos 190 países incluídos na pesquisa, o Brasil ocupa a 124ª posição. Assim, verifica-se a importância que o ambiente tributário exerce sobre as decisões de investimento que as empresas devem tomar, indicando que a dificuldade em cumprir a legislação tributária pode afastar potenciais investidores.

Quando se considera o desafio de criar uma empresa no Brasil, o fator tributação é de fundamental importância, tanto pelo custo direta que representa, quanto pela complexidade de cumprir todas as obrigações acessórias. Caso não se determine adequadamente a tributação aplicável a todas as etapas e componentes da operação há chances de insucesso ou, ao menos, de se obter um resultado inferior ao inicialmente planejado.

Nesse ponto pode-se inferir uma dimensão do que é planejamento tributário, num sentido mais amplo – entender detalhadamente a operação de forma a estruturar adequadamente os processos que irão suportar o cumprimento das obrigações tributárias. Assim, não se estará considerando otimizar a carga tributária ou obter vantagens, mas simplesmente planejar adequadamente para se evitar riscos e contingências.

Com base em dados divulgados pela Secretaria do Tesouro Nacional, a carga tributária bruta brasileira foi de 31,64% do PIB em 2020³, somando os tributos arrecadados pelas três esferas de governo. Além do peso financeiro a ser suportado, a carga tributária brasileira é produzida por uma ampla gama de tributos, distribuídos nas três esferas de governo, municipal, estadual e federal.

A tabela a seguir elenca os tributos existentes no Brasil, nas três esferas já mencionadas, o que representa a existência de mais de 40⁴ tributos diferentes, com base na organização dada pelo Tesouro Nacional. Naturalmente, a dimensão e

² World Bank. 2020. *Doing Business 2020*. Washington, DC: World Bank. DOI:10.1596/978-1-4648-1440-2. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO

³ Secretaria do Tesouro Nacional, Estimativa da Carga Tributária Bruta do Governo Geral, disponível em https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::9:P9_ID_PUBLICACAO:38233, acessado em 05/10/2021.

⁴ Idem nota 4.

complexidade da empresa determinará as implicações tributárias, já que empresas menores podem se beneficiar de regimes simplificados como o Simples Nacional e o Lucro Presumido, enquanto as maiores enfrentarão o regime do Lucro Real.

Carga Tributária Bruta Total - Governo Central	1.563.542	66,3%	Carga Tributária Bruta Total - Governos Estaduais	635.111	26,9%
Impostos	985.935		Impostos	601.559	
Impostos sobre renda, lucros e ganhos de capital	525.647		Impostos sobre a propriedade	57.805	
Imposto sobre a renda da pessoa física - IRPF	39.701		Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU	1.105	
Imposto sobre a renda de pessoa jurídica - IRPJ	122.679		Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Bens e Direitos - ITCD	8.521	
Imposto sobre a renda retido na fonte - IRRF ^{2/}	285.895		Imposto sobre a propriedade de veículos automotores - IPVA	48.178	
Contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL	77.352		Impostos sobre bens e serviços	543.754	
Outros impostos sobre a renda, lucros e ganhos de capital	20		Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS	522.690	
Impostos sobre a folha de pagamento e a mão de obra	42.239		Imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS	1.892	
Contribuição social do salário-educação	21.086		Taxas administrativas	19.172	
Contribuições para o Sistema S	18.970		Outros impostos sobre bens e serviços	0	
Outros impostos sobre a folha de pagamento e a mão de obra	2.182		Outros impostos	0	
Impostos sobre a propriedade	1.785		Contribuições sociais	33.552	
Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR	1.761		Contribuições para o RPPS	33.552	
Outros impostos sobre a propriedade	24		Carga Tributária Bruta Total - Governos Municipais	158.188	6,7%
Impostos sobre bens e serviços	370.550		Impostos	143.119	
Contribuição para o financiamento da seguridade social - COFINS	218.602		Impostos sobre a propriedade	58.253	
Contribuição para o PIS	46.626		Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU	44.964	
Imposto sobre produto industrializado	55.894		Imposto sobre Transmissão "Inter Vivos" de Bens Imóveis e de Direitos Reais sobre Imóveis - ITBI	13.290	
Impostos sobre transações financeiras - IOF	21.949		Impostos sobre bens e serviços	84.866	
CIDE-Combustíveis	1.986		Imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS	66.796	
Contribuição sobre Concursos de Prognósticos e Sorteios	2.903		Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública	9.537	
Prêmio do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais - DPVAT	173		Taxas administrativas	4.136	
Contribuição pela Licença de Uso, Aquisição ou Transferência de Tecnologia - CIDE - I	5.900		Outros impostos sobre bens e serviços	4.396	
Taxas administrativas	4.431		Contribuições sociais	15.069	
Outros impostos sobre bens e serviços	12.085		Contribuições para o RPPS	15.069	
Impostos sobre o comércio e transações internacionais	45.722		Carga Tributária Bruta Total (Federal, Estadual e Municipal)	2.356.842	100,0%
Imposto sobre a Importação	45.671				
Imposto sobre a Exportação	51				
Outros impostos	-8				
Contribuições sociais	577.607				
Contribuições para o RGPS	387.405				
Contribuições para o RPPS	48.012				
Contribuições para o FGTS	127.503				
Contribuição para o PASEP	14.686				

TABELA 1 - Carga Tributária Bruta por esfera de governo e espécie tributária – Brasil – 2019/2020
Fonte: Adaptado de Secretaria do Tesouro Nacional, disponível em [Estimativa da Carga Tributária do Governo Geral - 2020 — Tesouro Transparente](#)

O sistema tributário brasileiro mostra-se, muitas vezes, perverso, causando profundas distorções econômicas e reduzindo a produtividade e a competitividade da economia. A existência de muitos incentivos fiscais e regimes diferenciados direciona os investimentos, mas não pela lógica da produtividade e eficiência, mas sim pela busca da menor carga tributária. Bernard Appy indica essas e diversas outras razões para a reforma tributária no Brasil, aprofundando a análise sobre os fatores⁵.

Se por um lado o sistema pode produzir efeitos negativos para a economia como um todo, por outro indica que os empresários devem analisar cuidadosamente as implicações fiscais para o seu negócio, pois haverá o risco de

⁵ APPY, B. Por que o sistema tributário brasileiro precisa ser reformado. Interesse Nacional, ano 8, n. 3, p. 65-81, out/dez 2015.

optar por uma estratégia mais onerosa do que aquela adotada por seus competidores ou pares no mercado, prejudicando seus resultados e competitividade.

Haverá também variações decorrentes do tipo de atividade, havendo tributos e obrigações diferentes para atividades industriais, comerciais ou de serviços – além, naturalmente, de empresas que se envolvem com os três tipos principais. Além disso, a empresa pode importar e/ou exportar produtos e serviços, o que adicionará camadas adicionais de complexidade.

Do ponto de vista societário, a empresa pode contar com sócios ou acionistas que sejam pessoas físicas ou jurídicas, residentes no Brasil ou no exterior. Terá também que optar por um dos diversos tipos societários existentes em nosso ordenamento jurídico ⁶, assim como poderá optar pela Sociedade Limitada Unipessoal⁷.

Além de operar com terceiros, a empresa também poderá realizar operações com pessoas ligadas, como coligadas ou controladas⁸, dentro e fora do país.

O empresário também precisará definir como financiará as atividades da empresa, seja com capital próprio ou de terceiros, o que poderá implicar em fontes locais ou internacionais de financiamento. A empresa também poderá optar por abrir o capital em bolsa ou se registrar para operações mais complexas de captação através de títulos de dívida e outros instrumentos financeiros mais complexos.

Ou seja, há muitas frentes que precisam ser analisadas, primeiramente do ponto de vista estratégico-operacional e, a partir dessas, determinar-se-ão as incidências e obrigações tributárias que deverão ser observadas pela empresa. É onde nasce uma das questões que se pretende abordar neste trabalho: o que é mais importante, a eficiência operacional/econômica do empreendimento ou a melhor estrutura fiscal?

Naturalmente, os dois aspectos estão interligados. Se o administrador da empresa não foi diligente, poderá incorrer em erros ou opções tributárias

⁶ Patrícia Bazei aponta a existência de nove tipos societários principais, em seu artigo “A importância de conhecer os tipos societários”, disponível em <https://jus.com.br/artigos/84726/a-importancia-de-conhecer-os-tipos-societarios>, acessado em 06/10/2021.

⁷ A Sociedade Limitada Unipessoal foi criada pela lei 13.874/2019, que teve origem na MP 881/2019, chamada de “MP da Liberdade Econômica”.

⁸ Artigo 243 da lei 6.404/1976.

inadequadas, o que onerará o negócio desnecessariamente. Também poderá ignorar aspectos tributários típicos do negócio ou estratégias fiscais aceitáveis. Ou seja, um negócio saudável e rentável demanda, necessariamente, uma boa estratégia fiscal – ou planejamento fiscal. Afinal, qualquer gestor procurará reduzir custos e aumentar os lucros, equação em que também se inclui o custo tributário⁹.

Há argumentos para se defender que “a economia de tributos é ‘causa real’ de eficiente administração dos negócios das empresas, por diminuição de custos (...)”¹⁰, caracterizando um direito legítimo do contribuinte. Não haveria obrigação de se optar pelo modelo tributariamente mais oneroso.

Então temos as questões principais a serem endereçadas: (i) o que é planejamento tributário? (ii) é uma atividade lícita? (iii) se há limites, quais seriam? e (iv) como se avaliar os riscos e o grau de oponibilidade perante o Fisco?

As primeiras três questões não são o foco deste trabalho, serão assumidas premissas já razoavelmente abordadas pela doutrina e jurisprudência. O que se buscará é a construção de um modelo que auxilie na resposta à quarta questão – como medir a qualidade e os riscos de um planejamento tributário.

1.1. Prática das Decisões – Exemplo Hipotético

Claro fica que os empresários devem conciliar decisões de cunho estratégico-operacional com outras de natureza tributária, buscando um ponto ótimo entre eficiência e lucratividade com o peso das obrigações tributárias, principais e acessórias.

Visando melhorar o entendimento dos objetivos deste trabalho, considere-se um exemplo hipotético¹¹ que auxiliará no entendimento dos dilemas que podem ser enfrentados por um empresário ou administrador de uma empresa.

⁹ PESSÔA, Samuel. “Apresentação”. In: Leonel Cesarino Pessôa e Samuel Pessôa (coordenadores). *Razões para a Reforma Tributária: Distorções da Tributação sobre o Consumo no Brasil*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2020; p. XVI da Apresentação.

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; e MARONE, José Ruben. “Elisão e Evasão de Tributos – Estudo de Caso”. In: Douglas Yamashita (coordenador). *Planejamento Tributário: à Luz da Jurisprudência*. 1 Ed. São Paulo: Lex Editora, 2007. P. 145.

¹¹ Exemplos construídos a partir da experiência prática do autor, qualquer semelhança com casos reais será mera coincidência.

Primeiro, considere-se uma empresa que existe há muitos anos (chame-se esta empresa de “Alfa”), bastante lucrativa e altamente verticalizada, realizando praticamente todas as atividades necessárias para produzir e comercializar seus produtos, sendo proprietária e operadora de todos os ativos necessários, como imóveis, máquinas, equipamentos, veículos etc. O financiamento da atividade é basicamente dependente de capital próprio.

Ao operar todos seus ativos e produzir e comercializar seus produtos, gerar receitas e lucros que são todos tributados em uma única entidade, sujeita a um único regime tributário, tanto para tributação da renda, quanto para tributação da receita.

Em paralelo, tem-se um empreendedor que pretende criar uma empresa exatamente com as mesmas atividades e objetivos da empresa Alfa (chame-se a segunda empresa de “Beta”). O empreendedor compara o caso da empresa Alfa com seus planos e identifica uma série de fatores que poderiam ser otimizados, especialmente considerando-se as implicações fiscais da estrutura.

Visando construir um exemplo mais objetivo, considere-se apenas quatro aspectos que poderiam ser apontados pelo hipotético empreendedor da empresa Beta:

- a) Em vez de capital próprio, a empresa Beta poderia ser financiada majoritariamente através de empréstimos concedidos pelos próprios sócios (pessoas físicas), considerando-se condições de mercado;
- b) Em vez de a empresa Beta adquirir o imóvel em que seria instalado seu principal estabelecimento, seus sócios poderiam constituir uma empresa imobiliária, que compraria o imóvel e o alugaria para a empresa Beta;
- c) Em vez de comprar os veículos que seriam necessários para a logística dos negócios, novamente seus sócios poderiam criar uma terceira empresa, que seria uma transportadora e prestaria serviços para a empresa Beta; e
- d) Em vez de realizar as vendas através da própria empresa Beta, essa poderia constituir uma subsidiária que ficaria responsável pela revenda dos produtos, responsabilizando-se unicamente pela produção (Beta seria uma industrializadora apenas, prestando serviços para sua subsidiária).

E aqui se retorna a questões apresentadas anteriormente. Qual perspectiva deveria prevalecer no processo decisório do empreendedor e futuro sócio da empresa Beta? Estritamente os aspectos estratégico-operacionais ou poderia

considerar as eventuais vantagens potencialmente produzidas pelas quatro alternativas apresentadas?

E mudando o foco para a empresa Alfa, o que poderia acontecer caso os seus administradores e sócios tivessem acesso ao estudo do empreendedor da empresa Beta e concluíssem que as quatro alternativas poderiam ser interessantes para a empresa Alfa?

Simplificando uma análise complexa, considere que as vantagens relevantes seriam exclusivamente de natureza tributária, com uma importante redução da carga tributária em potencial para as duas empresas. Também se considere que a existência de múltiplas entidades não representaria ganhos operacionais ou estratégicos, pelo contrário, traria ineficiências.

No caso da empresa Beta, o negócio já seria fiscalmente estruturado de forma otimizada, enquanto para a empresa Alfa seria necessária uma reorganização societária complexa. Além disso, a empresa Alfa teria que também reorganizar praticamente toda a sua operação, processos e controles.

Caso a empresa Alfa permanecesse na mesma situação, potencialmente seria menos competitiva do que a Beta, o que poderia significar a perda de competitividade e de clientes, impactando seus resultados.

O objetivo do presente trabalho seria justamente oferecer uma abordagem (ou ferramenta) que permitisse aos administradores das empresas Alfa e Beta a realização de uma análise objetiva dos riscos envolvidos nas hipóteses de planejamento tributário que se apresentam.

1.2. A Livre Iniciativa

A Figura 1 ilustra o ambiente que uma empresa precisa enfrentar, considerando os principais stakeholders e desafios que enfrentará, bem como as principais implicações fiscais decorrentes.

Ambiente de Negócios

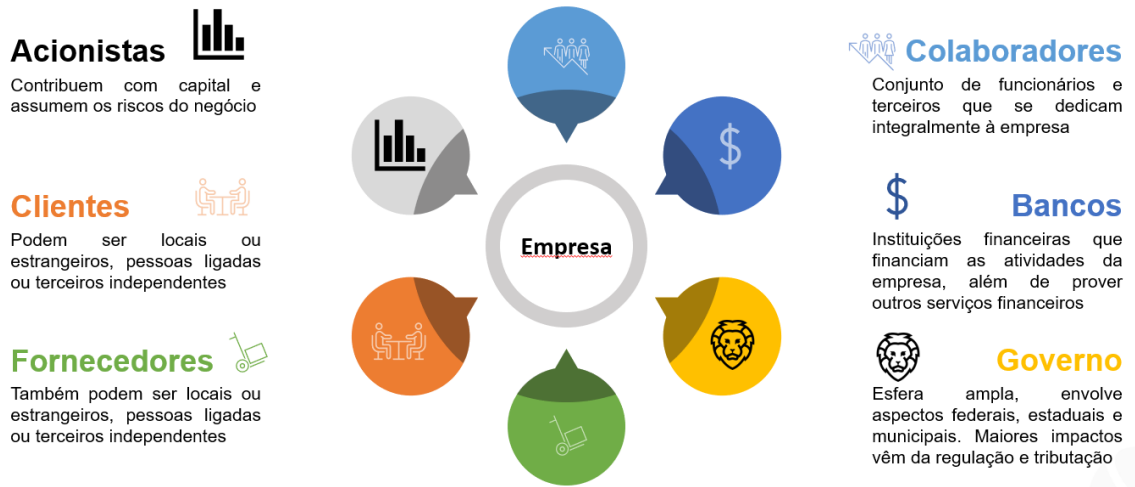


FIGURA 1 – Ambiente de negócios
 Fonte: elaboração do autor.

No exemplo hipotético, a empresa Alfa optou por uma organização simples, no que seria o modelo mais direto, conforme ilustrado na Figura 2, a seguir.

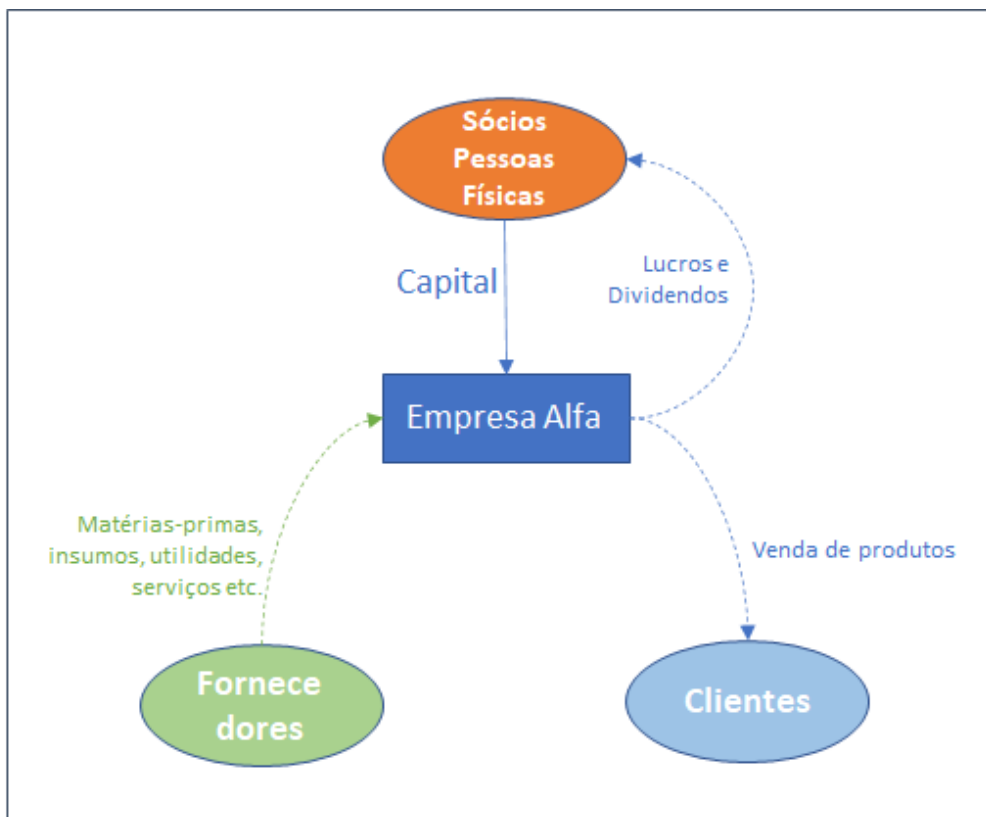


FIGURA 2 – Exemplo hipotético, empresa Alfa
 Fonte: elaboração do autor.

Já a empresa Beta contempla uma estrutura mais complexa e que produzirá significativa vantagem tributária (e competitiva), conforme demonstra a Figura 3 na sequência.

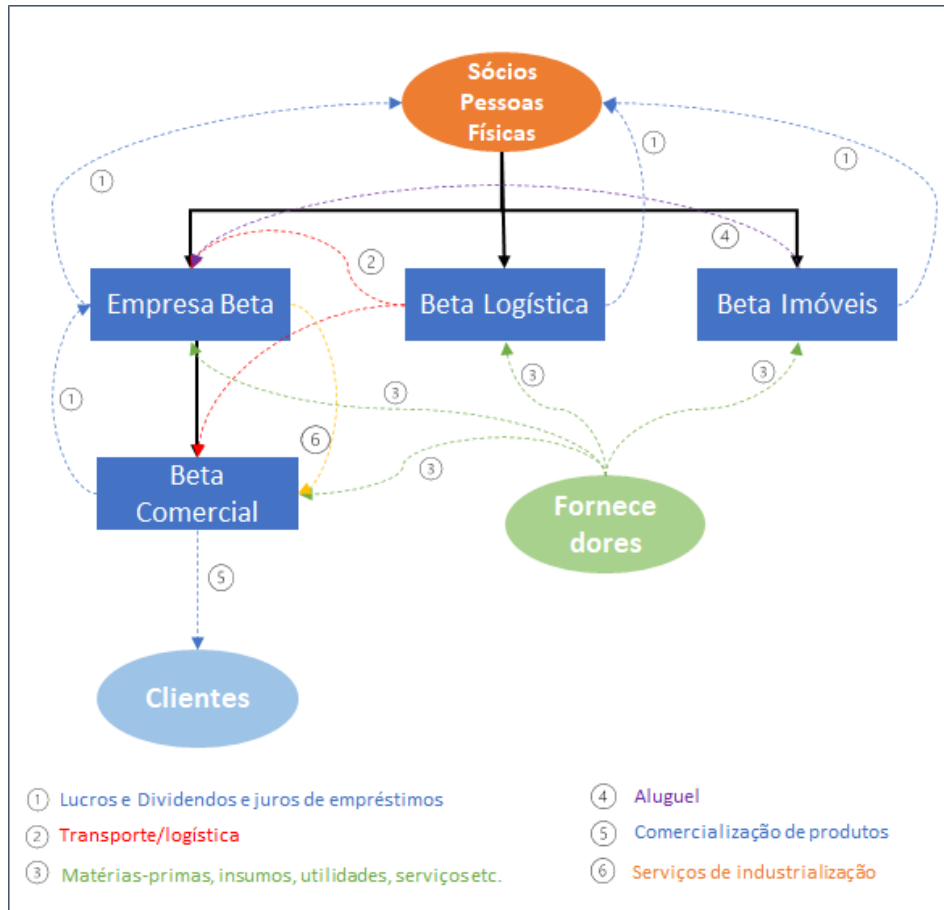


FIGURA 3 – Exemplo hipotético, empresa Beta
Fonte: elaboração do autor.

A complexidade da estrutura possível para as empresas fica bastante evidente e pode dar causa a muitas questões, como aquelas já apontadas anteriormente. Seria possível, ainda, agregar-se outros elementos que poderiam agregar vantagens de cunho tributário, como por exemplo a constituição de uma holding ou mesmo a criação e outras empresas visando alocar outras atividades.

Mas o aspecto fundamental seria determinar o grau de liberdade que o empresário tem para organizar seus negócios da melhor forma que julgar.

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 é de fundamental importância para a discussão, ao estabelecer que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, pois é a partir desse que se

desenvolvem os limites que devem ser observados pelas pessoas em geral e pelos empresários, em particular, quando estruturando suas atividades.

A ordem econômica brasileira é, com base nos ditames constitucionais, uma economia capitalista, devendo-se observar os princípios determinados no citado artigo 170 da CF 88¹².

Todavia, além de estabelecer a livre iniciativa, o texto constitucional também lhe impõe limites através de diversos outros institutos, “não sendo um direito absoluto, sem fronteira e sem finalidade”¹³. Assim, quando se transpõe o conceito para o ambiente de planejamento tributário é que se deve indagar quais seriam os limites.

Além disso, a Constituição também elege a propriedade privada e a livre concorrência¹⁴ como pilares do sistema econômico brasileiro, reforçando a noção de liberdade que o empresário tem para estruturar seus negócios.

O significado de livre iniciativa é bastante amplo, mas em linhas gerais significa que o empresário é livre para se organizar da melhor forma, desde que não viole a lei, a ordem pública ou os bons costumes¹⁵. Ou seja, já parcialmente respondendo a um dos questionamentos iniciais, há um alto grau de liberdade para o empresário se organizar, porém há limites que devem ser observados. Notadamente, aponte-se a função social da propriedade, das empresas e dos contratos, bem como a dignidade do trabalho.

Como ilustrado pelo exemplo hipotético apresentado, o empresário (contribuinte) poderá optar por criar uma única entidade para realizar todas as operações e atividades que planeja, ou poderá criar diversas empresas, cada uma visando uma atividade em particular. Poderá ainda optar por instalar sua(s) empresa(s) no local que melhor atenda aos requisitos da operação, seja no Brasil, seja no exterior. A partir das decisões mais fundamentais para o negócio, o

¹² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Curso de Direito Constitucional*. 2 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Pp. 417-418.

¹³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20 São Paulo: Verbatim, 2016. P. 563.

¹⁴ Artigos 5º, XXII e 190, caput e incisos II e IV, da Constituição Federal de 1988.

¹⁵ GUTIERREZ, Miguel Delgado. *Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal*. 1 Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006. P. 118.

empresário deverá entrar no detalhe de cada aspecto da operação, o que irá exigir uma série de decisões que será tão complexa quanto a operação em si.

Muitas das decisões tomadas terão implicações jurídicas e tributárias, exigindo análises adicionais mais especializadas, de forma que custos, riscos e obrigações sejam adequadamente avaliados e considerados no planejamento.

Além de decisões estratégicas e operacionais, o empresário também deverá tomar decisões sobre questões jurídicas e tributárias que irão afetar os negócios. E aqui se deve analisar um primeiro aspecto relevante para o presente trabalho: qual o direcionador que deverá prevalecer quando o empresário toma uma decisão qualquer, a conveniência operacional/negocial ou as implicações e custos tributários envolvidos?

E a questão da liberdade de se organizar se coloca sob uma luz diferente, pois o ambiente tributário poderá impor considerações e limites adicionais, dividindo o planejamento em duas frentes distintas, mas interligadas: o planejamento estratégico e o planejamento tributário. Questões adicionais se colocam: Qual é ou deveria ser o mais determinante? A liberdade, do ponto de vista mais geral, determina a liberdade do ponto de vista tributário?

1.3. Planejamento tributário versus planejamento estratégico

Com base nos exemplos hipotéticos citados, pode-se observar um certo grau de contraposição entre a uma boa estruturação estratégica-operacional e uma estrutura fiscalmente mais eficiente.

Enquanto “planejamento” no âmbito empresarial significa organizar os recursos para se atingir um determinado objetivo, planejamento tributário seria a “programação ordenada de certos elementos com a finalidade de se economizar tributos”¹⁶, sendo que elementos seriam ativos, pessoas, procedimentos e ações – normalmente um conjunto de “coisas” que compõem a empresa (fundo de comércio).

O exemplo hipotético apresentado demonstra quais podem ser algumas das principais questões estratégicas que uma empresa pode enfrentar, apontando também questões tributárias correlatas. Também serve de ponto de partida para a

¹⁶ CARVALHO, João Rafael L. Gândara. *Forma e Substância no Direito Tributário: legalidade, capacidade contributiva e planejamento fiscal*. 1 Ed. São Paulo: Almedina, 2016. P. 251.

reflexão sobre até que ponto a empresa tem liberdade de organizar seus negócios de forma a obter a menor carga tributária – conciliando os objetivos mais gerais e estratégicos da empresa com a adequada equalização dos impactos tributários.

Seria legítimo que as duas empresas se organizassem no modelo fiscalmente mais eficiente, mas que também seria o modelo menos eficiente dos pontos de vista operacional e econômico? A empresa Beta estaria mais bem posicionada para adotar o modelo fiscalmente melhor do que a empresa Alfa? O fato de uma já nascer fiscalmente otimizada torna o fato mais aceitável para a empresa Beta, do que seria para a empresa Alfa, que precisaria modificar estruturas adotadas já há mais tempo?

Apesar de não ser o foco do presente trabalho discutir os conceitos de evasão e elisão fiscal, a situação apresentada é exatamente esta: quais os limites que as empresas devem observar quanto a planejamento tributário? Para este trabalho a premissa conceitual é que evasão fiscal constitui crime e não pode ser considerada como “planejamento tributário”¹⁷.

O que se observa no exemplo é um exercício de planejamento tributário, no qual se pretende observar como se apresentam os limites da atividade. Pode-se elencar diversas questões que deveriam ser analisadas para se determinar a viabilidade das estratégias de planejamento que foram elencadas e para que se considere o planejamento válido e oponível perante o Fisco:

- a) É relevante o momento da adoção da estratégia fiscalmente mais vantajosa? Há diferenças nos casos das empresas Alfa e Beta, por estarem adotando a estratégia antes ou depois das operações iniciarem?
- b) O fato de não haver vantagens outras que não sejam fiscais, invalida ou enfraquece a estratégia a ser adotada?
- c) Se houvesse outras vantagens de cunho não-fiscal, essas deveriam ser maiores ou preponderantes em relação às vantagens fiscais?
- d) O fato de as empresas adotarem todos os procedimentos formais exigidos pelas normas aplicáveis, é relevante para reforçar a oponibilidade da estratégia?

¹⁷ Para Greco, a prática de ilícitos não se inclui no âmbito de planejamento tributário, uma vez que “praticar ilícitos contamina o planejamento descaracterizando-o” - GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 4 Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. P. 99.

e) Adotar todas as estratégias possíveis, em oposição a adotar apenas uma em um dado momento, fortaleceria os argumentos a favor da estratégia?

f) Apesar de não se verificar vantagens não-fiscais, mas as empresas realizando todas as transações de acordo com as normas aplicáveis e com os costumes e procedimentos relacionados, isso seria relevante para se avaliar os riscos envolvidos?

g) Haveria outras características que poderiam fortalecer as estratégias de planejamento apontadas? Por exemplo, uma empresa industrial ou comercial precisa deter a propriedade de todos os ativos necessários às suas atividades? E empresa que alugam imóveis de terceiros ou tomam serviços de transportes de terceiros?

A partir desses questionamentos iniciais seria possível detalhar as implicações e apontar outros questionamentos. Ao final, as questões fundamentais sobre planejamento tributário são (i) se há limites que devem ser observados e (ii) quais seriam tais limites. A liberdade seria total, desde que não se viole nenhuma lei?

1.4. Gestão de Riscos

Além da importância jurídica de se definir um marco de análise e avaliação dos riscos da atividade de planejamento tributário, é fundamental que se relacione a questão ao dia a dia da administração das empresas.

Quando o administrador da empresa se depara com uma possibilidade de planejamento tributário, algumas das questões já elencadas anteriormente surgirão naturalmente. Porém, para que se analise o tema na profundidade necessária visando apoiar o processo decisório, é necessário um exercício multidisciplinar e permanente.

Para que se considere o ambiente de gestão de riscos que se encontra tipicamente em uma empresa, é importante que se considere o que se pode chamar de “ciclo de vida” de um planejamento tributário. A Figura 4 demonstra graficamente o ciclo, que é relevante para que possa conectar as duas disciplinas.

Ciclo de Vida do Planejamento Tributário



FIGURA 4 – Ciclo de Vida do Planejamento Tributário
Fonte: elaboração do autor.

As etapas do ciclo podem ser assim definidas:

- a) **Concepção:** identificada uma operação ou transação específica, analisa-se suas características e objetivos, de forma a se determinar quais seriam os impactos tributários. Com isso, desenvolve-se alternativas e cenários que permitam uma melhor equação tributária e a otimização dos resultados;
- b) **Validação:** a partir dos cenários, desenvolve-se um exercício multidisciplinar de avaliação e validação, visando identificar e quantificar os resultados e apontar pontos fortes, fracos e oportunidades de melhoria;
- c) **Análise de Riscos:** entre as opções, a análise de riscos compreende o levantamento de todos os riscos potenciais (não apenas tributários), considerando-se desde os riscos de detecção até as chances de êxito caso a discussão se desenvolva judicialmente;
- d) **Decisão:** a partir das conclusões das etapas anteriores, cabe à administração da empresa a decisão de implementar ou não o planejamento. Além da análise de riscos, potencialmente há considerações de natureza ética, a depender das particularidades do que se pretende implementar;
- e) **Implementação:** definição de plano de ação e estratégia para implementação, com definição de cronograma e responsabilidade;

f) **Monitoramento:** definição de processo estruturado para monitorar a estratégia implementada, considerada a produção de efeitos, mudanças na estrutura da empresa ou na lei/jurisprudência que possam impactar os resultados. Os riscos envolvidos podem aumentar ou diminuir durante o ciclo de vida do planejamento, exigindo mudanças de postura por parte da administração. Tal processo deveria estar integrado na matriz de riscos da empresa, sendo reportado à administração;

g) **Estratégia de Saída:** uma falha comum que se verifica na prática, é a ausência de uma estratégia predefinida para a eventualidade de ser necessária uma saída ou cancelamento do planejamento. Deve-se considerar eventuais custos para o desfazimento do planejamento implementado, considerando-se eventuais procedimentos (mesmo durante a implantação) que facilitarão ou viabilizarão a saída;

e

h) **Documentação:** a ser observado ao longo de todo o ciclo de vida do planejamento, objetiva a documentação de todos os procedimentos e aspectos relevantes da estratégia aprovada para implementação. Documentação adequada e sólida não só servirá de base para o processo de monitoramento, como também para o caso de um eventual questionamento pelo Fisco e possíveis desdobramentos administrativos ou judiciais.

O presente trabalho, com o foco de propor um modelo para avaliação dos riscos de planejamento tributário, poderá oferecer subsídios para as atividades em cada uma das etapas do ciclo de vida do planejamento, ao estruturar uma abordagem objetiva para identificação e mensuração dos riscos.

Além da abordagem em si, busca-se também a inserir no contexto do processo de gestão de riscos da empresa, para que o monitoramento contínuo de planejamentos tributários se conecte, conceitualmente, à estrutura de gestão. Ou seja, apesar de sua importância do ponto de vista tributário, a integração à matriz de riscos da empresa permitirá o alinhamento estratégico e a visibilidade dos riscos envolvidos.

As estruturas mais comuns visam apenas os riscos já materializados, através de discussões administrativas ou judiciais, com a avaliação dos riscos de contingências. Todavia, não se verifica o foco em planejamentos implementados, mas que ainda não foram objeto de questionamento.

Pode-se estabelecer uma relação com a Lei Sarbanes-Oxley norte-americana¹⁸, que exige a avaliação das posições fiscais adotadas pela empresa em relação à apuração do imposto de renda. Inclui a decisão de deduzir ou não-tributar determinadas receitas, quando envolve algum posicionamento que possa ser questionado pelo Fisco.

Apesar de ser um tema contábil, a aplicação da norma americana exige o julgamento jurídico-tributário na avaliação dos riscos. Após a implementação da lei Sarbanes-Oxley verificou-se inconsistência nos procedimentos adotados pelas empresas para a classificação de riscos fiscais, o que exigiu a edição do FIN 48 (*FASB Interpretation 48*), que trouxe das *uncertain tax positions* (ou UTP), onde se incluir os efeitos de planejamentos tributários¹⁹.

Sendo uma norma norte-americana, aplica-se apenas a empresas americanas. Todavia, no Brasil atinge empresas que pertencem a grupos norte-americanos ou que, por outras razões, devem observar a norma também. A norma teve forte impacto sobre os procedimentos de gestão de riscos tributários nas empresas, forçando uma adaptação pelo mercado.

Além de se propor um modelo para avaliação dos riscos jurídicos de planejamento tributário, o presente trabalho visa propor uma abordagem integrativa com as práticas de gestão de riscos adotadas pelas empresas, notadamente com base nas orientações emanadas do *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)*²⁰, organização privada sem fins lucrativos e que se dedica a apoiar as organizações a melhorar seu desempenho através do desenvolvimento de conhecimento que melhore controles internos, gestão de riscos, governança e prevenção de fraudes²¹.

¹⁸ A Sarbanes Oxley foi uma consequência das fraudes e escândalos contábeis que atingiram grandes corporações nos Estados Unidos no início dos anos 2000 e buscava aumentar a confiança no mercado.

¹⁹ Redpath, Ian J.; Vogel Thomas J.; and Kermis George F. *Uncertain Tax Positions: An Update of Reporting Requirements Since 2008*. The BRC Academy Journal of Business Volume 3 Number 1. Print ISSN: 2152-8721. Online ISSN: 2152-873X . Date: March, 2013.

Disponível em <https://www.cambriainstitute.com/journals/acadb150v3n1y2013f97.pdf>

²⁰ The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) is a joint initiative of five professional organizations and is dedicated to helping organizations improve performance by developing thought leadership that enhances internal control, risk management, governance and fraud deterrence.

²¹ Definição obtida no sítio do COSO, acessível em <https://www.coso.org>, tradução do autor.

1.5. Modelo de Avaliação

A partir da problematização da atividade de planejamento tributário, assumindo-se os conceitos já fundamentos pela doutrina e jurisprudência, a parte central deste trabalho é a estruturação de quais seriam os atributos relevantes de uma estrutura de planejamento tributário que poderiam conferir-lhe maior robustez (atributos positivos) ou então que poderiam fragilizá-lo (atributos negativos), da perspectiva de oponibilidade perante o Fisco.

Para se identificar quais seriam tais atributos, pesquisou-se as decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), particularmente pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, no período de janeiro de 2010 a março de 2020²².

A pesquisa foi realizada através da utilização de ferramenta de buscas customizada, que foi parametrizada com as palavras-chave relacionadas a planejamento tributário. Os resultados da busca foram tabulados de forma a se estruturar os atributos encontrados, a frequência com que são citados, eventuais definições, aplicabilidade (geral ou específica) e outros elementos.

A partir dos precedentes administrativos, pesquisou-se a doutrina sobre planejamento tributário com o objetivo de validar os atributos, refinando-se as definições. O aspecto mais desafiante, por ser mais subjetivo, foi a determinação de um peso relativo a cada atributo identificado, de forma que fosse possível classificar os atributos em três categorias (crítico, importante e desejável).

Combinando-se os conceitos jurídicos emanados da legislação, da doutrina e da jurisprudência, com os conceitos de gestão de riscos utilizados pelas empresas, com base na tabulação e classificação inicial, buscou-se estruturar uma matriz que permitisse a organização dos atributos, permitindo que se analise um caso concreto a partir da matriz.

Juntamente com a proposição da matriz, foi elaborado um guia de aplicação que contém as diretrizes de análise para cada atributo, visando facilitar a sua aplicação e, em especial, a atribuição dos pesos relativos e o cômputo da avaliação final.

²² Em função do fim do voto de qualidade nos julgamentos do CARF, trazido pela lei 13.988/2020, optou-se por limitar a pesquisa dos acórdãos até março de 2020, visando analisar um período uniforme. Após o fim do voto de qualidade já se verifica uma mudança nos julgados, o que exigirá, possivelmente, uma revisão dos conceitos relacionados a planejamento tributário no âmbito do CARF.

O objetivo é a proposição de um modelo alinhado com práticas de gestão de riscos e que possa ser adaptado e customizado para cada organização. Além dos aspectos fáticos e jurídicos envolvidos na análise, as conclusões podem ser impactadas pelo apetite de risco de cada organização.

Considerando-se a mutabilidade dos conceitos, as possíveis mudanças no entendimento do CARF e da doutrina, o modelo deverá ser avaliado e atualizado sempre que houver tais circunstâncias modificativas²³.

A modelo também aponta para a necessidade de pesquisas adicionais para que se aprofunde e valide os atributos, adicionando-se ou excluindo-se atributos. A própria abordagem para classificação dos atributos e atribuição de pesos relativos, complexa por si só, também pode ser objeto de análises adicionais, especialmente do ponto de vista estatístico e metodológico, visando-se aperfeiçoar o processo e torná-lo mais objetivo.

As sugestões sobre os atributos e sua abordagem também poderiam ser consideradas como ponto de partida para um projeto de lei visando regulamentar o assunto, a partir de uma perspectiva de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, ou para a criação de um “teste de substância” que pudesse estabelecer algum grau adicional de segurança para as empresas e reduzir o grau de litigiosidade que envolve a questão.

²³ Vide nota 22.