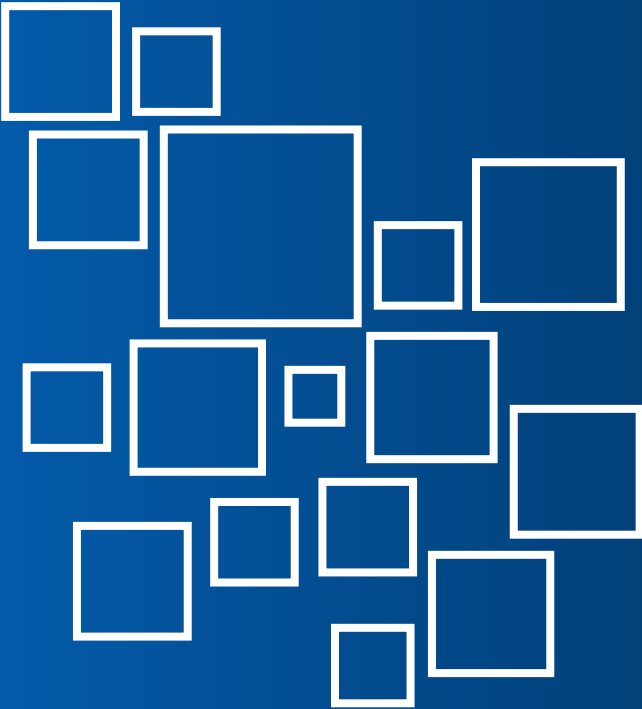


ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

A Sonegação e a Litigância Tributária como Forma de Financiamento

Hugo Mendes Plutarco¹

Universidade Católica de Brasília - UCB

RESUMO

O presente estudo utiliza o ferramental teórico da Análise Econômica do Direito (AED) para avaliar o possível comportamento estratégico dos contribuintes com relação aos tributos devidos, diante da necessidade de recursos financeiros para investimentos na atividade produtiva. A conduta esperada das empresas diante dessa situação seria a de recorrerem ao sistema bancário. Verificou-se, entretanto, que as regras tributárias existentes, as elevadíssimas taxas de juros do mercado financeiro e a morosidade dos órgãos de solução de demandas tributárias podem induzir os contribuintes a, em vez de contraírem empréstimos bancários, financiarem-se por meio do não pagamento de tributos. Concluiu-se que os contribuintes brasileiros têm fortes incentivos a adotarem a evasão fiscal e a inadimplência como meios preferenciais de financiamento de suas necessidades.

Palavras-chave: Tributação; Comportamento Estratégico; Sonegação; Financiamento Privado.
JEL: K34; K42.

ABSTRACT

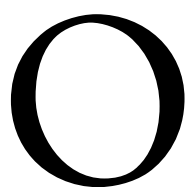
The present study uses the theoretical tools of Law & Economics to evaluate the possible strategic behavior of taxpayers with respect to taxes due before the need for financial resources for investment in productive activity. The expected behavior of firms in this situation would be to resort to the banking system. There was, however, that the existing tax rules, the very high interest rates of the financial market and the length of the board of tax demands solution may induce taxpayers, rather than bank borrowing, to finance itself through non-payment taxes. The study concluded that Brazilian taxpayers have strong incentives to adopt tax evasion and tax postponement as a preferred means of financing their needs.

Key words: Taxation; Strategic Behavior; Evasion; Private Financing.

R: 1/4/12 **A:** 24/4/12 **P:** 25/6/12

¹ E-mail: contato@hugoplutarco.com.br

1. Introdução



presente estudo aborda o direito tributário, utilizando o ferramental teórico da Análise Econômica do Direito (AED), ainda pouco usual no Brasil, para compreender e explorar questões jurídicas sob um prisma inovador.

Objetivo deste trabalho é analisar a potencial interferência das regras tributárias no comportamento dos contribuintes, ou seja, avaliar a possibilidade de os contribuintes, por serem racionais maximizadores, responderem estrategicamente aos incentivos gerados pelo sistema tributário.

O leitor poderá identificar que as regras de direito e, em particular, as regras tributárias têm potencial efeito sobre a conduta dos agentes. Recorre-se à AED para analisar as questões objeto deste estudo justamente em razão de o Direito não apresentar instrumental teórico que possa auxiliar a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, de como os agentes respondem a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos.

Existem diversos estudos sobre os efeitos da tributação nas mais variadas relações sociais. A carga tributária, quando muito elevada, por exemplo, pode exercer papel nitidamente nefasto, incentivando o aumento da economia informal e do desemprego, além de contribuir para a diminuição do setor produtivo (Ribeiro & Bugarin, 2003).

A tributação pode também influenciar os mercados, aumentando ou diminuindo a demanda por determinado produto ou serviço. Nesse sentido, faz-se referência a estudo que concluiu que a notícia da extinção de benefício fiscal incidente sobre os seguros de vida na Alemanha teve o efeito de aumentar a demanda do seguro no período anterior a essa extinção (Sauter & Winter, 2010).

Tão grande pode ser a influência da tributação sobre os agentes, que John Marshall, então Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1819, no julgamento do caso *McCulloch v. Maryland*², frisou que os tributos têm o poder, inclusive, de destruir: “*Power to tax involves, necessarily, a Power to destroy*”³.

Não obstante os efeitos gerados pela tributação, não se pode esquecer que o Estado precisa de financiamento, pois, afinal, todo direito tem custo (Holmes & Sustain, 1999). Não se pretende alongar a exposição acerca da necessidade da existência do Estado, nem discorrer sobre suas origens. Contudo, um fato é inconteste: os indivíduos, por mais pacífica e ponderada que seja a sociedade onde vivam, necessitam de mecanismos de coordenação de ações e esforços para alcançarem objetivos comuns.

Não se advoga em defesa de um Estado paternalista que deva amparar todas as necessidades dos cidadãos, pois isso é impossível. Parte-se, sim, da premissa de que o Estado é necessário e que sua existência tem um custo que deve ser partilhado por todos os integrantes da sociedade, por meio da imposição de tributos. Assim, defende-se que a tributação é um mal inevitável, na linha do que já afirmou Mises (1951, p. 492): “*every tax is an evil — though up to a point an unavoidable one*”.

² “Um poder ilimitado de tributar envolve, necessariamente, um poder de destruir, porque há um limite além do qual nenhuma instituição e nenhuma propriedade pode suportar a tributação” (The Lectric Law Library, 1819).

³ Esse caso, que é um dos alicerces da construção da teoria da imunidade tributária recíproca, tinha em discussão a possibilidade de o Banco Central, que fora criado pelo Parlamento Federal daquele país, ser tributado por um estado federado, na espécie, o Estado de Maryland. É importante ressaltar que não se tratava de instituição financeira nos moldes de Banco Central, como se conhece atualmente no Brasil. Àquela época a atuação do Central Bank era mais aberta, com um cunho mais comercial e não apenas regulatório (Souto, 2005, p. 184).

Entretanto, não é porque seja um mal inevitável que o sistema tributário deva ser ineficiente, permitir desperdícios e ainda gerar incentivos aos agentes para adotarem condutas estratégicas no sentido do não recolhimento dos tributos.

Neste trabalho é feita análise econômica da litigância tributária e da sonegação para demonstrar que os elevadíssimos índices de taxa de juros cobrados pelo sistema financeiro às empresas, aliados às regras tributárias existentes e à morosidade tanto dos órgãos administrativos quanto dos órgãos judiciais de solução de demandas tributárias, criam conjuntura preñhe de incentivos ao comportamento estratégico dos contribuintes no sentido de utilizarem a sonegação e a litigância tributária como meios de financiamento privado.

Pretende-se, assim, que, ao final da leitura deste trabalho, seja possível deixar fora de dúvidas que as regras jurídicas, em especial as normas tributárias, têm potencial influência sobre o comportamento dos agentes econômicos, que poderão, a depender da calibragem de tais regras, se inclinar no sentido pretendido pelo Estado, o pagamento dos tributos, ou seguir, em maior ou menor intensidade, o caminho oposto.

Feita esta nota introdutória, convida-se o leitor a navegar nesta exposição que se confia apresentará instigante discussão sobre o direito, sobre a economia, sobre o sistema tributário brasileiro e sobre o entrelaçamento de tudo isso: o comportamento humano.

2. Breves Linhas sobre a Análise Econômica da Litigância

Por que litigar? Para responder a essa pergunta, os agentes normalmente avaliarão o custo-benefício da litigância, mais precisamente buscarão identificar o valor esperado dessa conduta. Se o retorno esperado for positivo, potencialmente terão incentivo de litigar, caso contrário, em tese, não haverá propensão à litigância.

Três perguntas são basilares para a análise do retorno esperado: 1) Qual é o ganho que se espera obter com o êxito na ação (benefício potencial)? 2) Qual é a probabilidade de êxito? 3) Quanto custará todo o percurso até a resolução da demanda?

O ganho bruto que a parte espera obter (benefício potencial) é tudo aquilo que receberá caso os pedidos formulados na sua demanda sejam providos.

Já os custos das demandas são todas as despesas que as partes serão obrigadas a assumir em virtude de terem optado por litigar. Explicando de outra forma, são todas as despesas que não existiriam caso as partes tivessem optado por não litigar.

A análise conjunta dos três fatores acima referidos determinará o valor esperado da litigância. O retorno esperado do litigante será “a soma das probabilidades de cada resultado possível vezes o valor de cada um desses resultados” (Cooter & Ullen, 2010, p. 65). Ilustrando esse conceito, considere que diante de uma demanda judicial o autor possa se deparar com três resultados possíveis: ganhar 100, ganhar 50, ou ganhar 0. Suponha-se ainda que a probabilidade de ele ganhar 100 seja de 20%, a de ele ganhar 50 seja de 60% e a de ele ganhar 0 seja de 20%. Considere-se, ainda, que o litigante tenha de pagar 10 ao seu advogado (custo da litigância). O retorno esperado do autor, então, seria igual a: $(100 - 10) \cdot (0,2) + (50 - 10) \cdot (0,6) + (0 - 10) \cdot (0,2)$. Logo, o retorno esperado do autor nessa ação seria igual a 40.

Para melhor compreensão do que seja o valor esperado da litigância, considere-se que determinado contribuinte se depare com nova lei que imponha o acréscimo de R\$ 50.000,00 em sua carga tributária. Adote-se que, ao consultar seu advogado, o contribuinte receba a informação de que a probabilidade de êxito em eventual ação buscando combater o acréscimo tributário é de apenas 20%, que os honorários do escritório são no importe de R\$ 10.000,00 e que as custas judiciais terão o

valor de R\$ 100,00. Nesse caso, o benefício potencial seria de R\$ 50.000,00, correspondente ao tributo que o contribuinte deixaria de pagar. Contudo, ao multiplicar o valor do benefício potencial (R\$ 50.000,00) pela probabilidade de êxito (20%), subtraídos os custos com advogado (R\$ 10.000,00) e as custas judiciais (R\$ 100,00), o valor esperado da demanda seria negativo (– R\$ 100,00). Diante desse panorama, o contribuinte tenderia a se abster de litigar.

Entretanto, se a probabilidade de êxito, em vez de 20%, fosse de 70%, o panorama se alteraria, uma vez que o benefício potencial (R\$ 50.000,00), multiplicado pela nova probabilidade de êxito (70%), e subtraídas as despesas com advogado (R\$ 10.000,00) e custas judiciais (R\$ 100,00), representaria um valor esperado de R\$ 24.900,00, o que incentivaria o contribuinte a litigar.

É importante lembrar que a análise do custo-benefício de uma demanda judicial, em especial no aspecto atinente à probabilidade de êxito, não é tarefa das mais fáceis, sobretudo quando se depara com o fato de existir, em qualquer processo judicial, assimetria de informações entre as partes, e entre as partes e o juiz. Quando se fala em assimetria de informações entre as partes, foca-se no fato de o autor não ter as mesmas informações que o réu sobre diversos aspectos do processo e vice-versa.

Já o juiz tem muito menos informações sobre os fatos objeto do processo do que as partes. Os magistrados, por não terem vivenciado os fatos que estarão sob julgamento, têm a sua disposição apenas a versão das partes sobre os fatos, que, em grande medida, não condizem propriamente com a realidade. As partes, com o intento de sagrarem-se vitoriosas no processo, tendem a supervalorizar os fatos que lhes são favoráveis e a subvalorizar, ou até mesmo escamotear os elementos que as possam prejudicar.

É verdade que, com o fim de sindicarmos com mais acuidade os fatos objeto do litígio, o juiz pode também se valer de outros elementos, além das versões das partes, como a inquirição de testemunhas, a requisição de documentos, perícias, entre outros. Não obstante isso, é improvável que o magistrado consiga descortinar todas as informações que as partes possuem sobre o litígio, ou seja, é improvável que mitigue por completo a assimetria de informações existente.

Dessa maneira, a assimetria de informações entre julgador e partes pode importar erros de julgamento, como, por exemplo, a parte errada ser responsabilizada por determinado fato ou, ainda, a parte certa ser responsabilizada pela quantia errada.

Pode-se dizer, então, que, quanto mais intensa a assimetria de informações entre as partes e entre estas e o juiz, mais difícil será a tarefa de avaliar o custo-benefício de determinada demanda, sobretudo no aspecto pertinente à probabilidade de êxito. No extremo da assimetria de informações, os agentes poderão se deparar com a impossibilidade de fazer juízo sobre a probabilidade de êxito da sua demanda e passarão a lidar com situação de incerteza. Em ambiente de incerteza quanto ao desfecho das demandas judiciais, o estudo do custo-benefício da litigância passa a carecer uma análise mais sofisticada, pois terá de considerar, entre outros aspectos, a propensão dos agentes a correrem risco (se avessos, neutros ou amantes ao risco).

Para fins deste estudo, entretanto, considerar-se-á que os contribuintes, por corriqueiramente estarem litigando, no mesmo fórum (Justiça Federal), com o mesmo *ex adverso* (Fazenda Nacional), sejam capazes de razoavelmente estimar a probabilidade de êxito de suas demandas.

Entendemos que a explanação que foi feita neste item sobre os conceitos de benefício potencial da demanda e de probabilidade de êxito seja suficiente para a compreensão deste capítulo. Quanto aos custos da litigância, optou-se por abordá-los em tópico específico, a seguir delineado, com o fim de estudar o tema com um pouco mais de profundidade.

2.1. O Custo de Litigar

O custo de litigar é fator relevante na opção dos agentes entre ajuizar ou não determinada demanda. Os indivíduos tendem a somente ingressar com demandas judiciais se os custos dessa alternativa (custos conhecidos e expectáveis) forem menores do que o resultado que eles esperam obter com a decisão judicial (benefício potencial multiplicado pela probabilidade de êxito).

Do ponto de vista dos agentes, os custos para litigar compreendem: **a)** as custas pagas para ingressar com a ação; **b)** despesas com advogados; **c)** outras despesas do processo, como cálculos, perícias, etc.; **d)** e o custo de oportunidade do indivíduo, ou seja, o que ganharia o agente caso tivesse empregado seu tempo e dinheiro em outra atividade.

Para ilustrar a análise do custo de litigância, suponha-se que um cliente de operadora de telefonia optasse por ingressar com ação judicial perante o Juizado Especial para discutir a cobrança, em determinado mês, de R\$ 300,00 a mais em sua conta de telefone.

Registre-se que, para ajuizar essa demanda no Juizado Especial, não seria necessário o pagamento de custas judiciais, nem o cidadão precisaria constituir advogado. Na prática, os únicos custos existentes seriam as despesas com deslocamentos e o custo de oportunidade, ou seja, a segunda opção que o indivíduo teria para empregar seu tempo, caso não tivesse optado por utilizá-lo em prol do processo judicial em referência.

Para calcular o custo de oportunidade, primeiramente se deve indagar quanto tempo esse processo tomaria. Para ajudar nesse cálculo, informa-se que seria preciso primeiramente o cidadão se dirigir ao Juizado mais próximo e pôr a termo sua demanda: assumamos aqui que isso lhe tomaria uma hora. Depois teria de ir mais uma vez ao Juizado para participar da audiência de conciliação, o que dispensaria mais, no mínimo, uma hora de seu tempo entre deslocamentos e a audiência em si. E, ainda, caso não houvesse acordo, seria preciso ir à audiência de instrução, o que tomaria mais outra hora.

Assim, partindo da premissa de que o hipotético processo ocuparia no mínimo três horas de seu tempo, somadas ainda as despesas com deslocamentos, somente seria economicamente útil ao referido cliente ingressar com a ação se ele não tivesse alternativa mais vantajosa para empregar seu tempo e dinheiro.

Desse modo, caso seja um profissional liberal, pode o mesmo indivíduo calcular, por exemplo, quanto cobra por hora de seus clientes, ou tomar como base quanto tempo dispensa para cada serviço contratado e quanto cobra por eles. O indivíduo poderia indagar também quanto valem três horas livres de seu tempo no meio da semana para ir ao parque com os filhos, para levar a namorada ao cinema, para marcar um almoço mais estendido com amigos, para ir ao clube, etc.

É possível que a maioria dos consumidores nunca tenha feito essa análise conscientemente, mas é provável que as empresas, sobretudo aquelas que frequentemente estão em juízo, façam algum tipo de análise econômica de suas demandas.

É provável, ainda, que tais empresas tenham estimativa da porcentagem de clientes lesados que efetivamente ingressam em juízo e daqueles que, justamente pelo juízo de custo anteriormente referido, terminam por não ajuizar qualquer ação.

A depender do montante do valor em discussão, é possível que o cliente sequer faça alguma reclamação, em vista de que o tempo empregado na reclamação não compensaria o benefício potencial. A seguinte indagação pode ilustrar essa última assertiva: qual a porcentagem de consumidores do *iTunes* da *Apple* que efetivamente farão reclamação em virtude de alguma questão relacionada a aplicativo que tenham baixado ao custo de R\$ 1,99?

Outro ponto que não se deve deixar de mencionar em uma análise econômica da litigância são os custos estatais para manter o Poder Judiciário. Embora essas despesas não influenciem as decisões dos agentes no tocante ao ajuizamento de ações, a análise de tal aspecto é de crucial importância para que o Estado avalie até que ponto é recomendável que esses custos sejam total ou quase inteiramente subsidiados, ou seja, até que ponto é recomendável que as custas judiciais representem uma irrisória parcela dos reais gastos do Estado com a tutela das demandas judiciais.

Na Justiça Estadual, a média da arrecadação dos estados com as custas judiciais representa 19% da despesa. Por outro lado, na Justiça Federal a arrecadação com custas judiciais representa apenas 1,1% da efetiva despesa (Conselho Nacional de Justiça, 2011).

Essa pequena arrecadação da Justiça Federal se deve ao fato de que as custas cobradas têm valor verdadeiramente simbólico se comparadas ao gasto da União com os respectivos processos. Por exemplo, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, Tribunal que abrange a maior parte dos estados brasileiros e o Distrito Federal, as custas são cobradas no percentual de 1% sobre o valor da causa e o valor máximo delas é de R\$ 957,69.

É sabido que o Poder Judiciário já é custeado pelos impostos pagos por todos os contribuintes. Entretanto, é notório também que nem todos os contribuintes utilizam o Judiciário com a mesma intensidade, ou seja, na prática há um subsídio cruzado, ou seja, aqueles que não utilizam ou que utilizam menos o Judiciário terminam por financiar aqueles que litigam com maior intensidade. Não se está aqui falando apenas daqueles que utilizam o Poder Judiciário como autores, mas também dos agentes que frequentemente figuram como réus, a exemplo dos bancos, das empresas de telefonia, das concessionárias de energia e água e do próprio Estado; este último, conforme estudo recente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é o principal litigante (Conselho Nacional de Justiça, 2011).

Retomando-se o exemplo da cobrança indevida de R\$ 300,00, em que foi analisado o custo dos agentes para ingressarem com ação visando a ressarcimento, indaga-se agora qual seria o custo do Estado para tutelar uma demanda desse tipo no Juizado Especial? Esse custo, somado ao custo dos litigantes para estar em juízo, compõe o custo social dessa demanda, ou seja, o custo total da demanda para a sociedade. Avaliada a questão sobre essa ótica, é possível afirmar que as empresas que mais figuram como rés no Judiciário terminam por ter suas atividades subsidiadas pela sociedade. Não se deve olvidar, também, que grande parte das verbas injetadas no Poder Judiciário se prestam, na prática, a custear as demandas do próprio Estado, quando figura como réu ou como autor, por ser ele (Estado) o maior litigante, conforme já visto.

Retornando-se à questão do subsídio cruzado aos maiores litigantes, tomem-se como referência as demandas por danos morais em virtude de falha do serviço das empresas. As empresas somente investirão na diminuição de falhas de seus serviços até o montante em que cheguem a um grau ótimo de danos, isto é, até o limite em que o ganho em diminuição de danos compense o valor empregado na melhora dos serviços. É possível que as empresas estimem a porcentagem de danos que efetivamente geram demandas judiciais, e saibam também qual é o custo dessas demandas para elas. Entretanto — e esta é a razão de afirmar que o Estado está financiando parcialmente a atividade dessas empresas —, o custo real dessas demandas não é totalmente assumido pelas empresas, pois elas somente têm de gastar com seus advogados e com o valor do acordo ou da condenação que sofrerem.

Não é computado nos custos dessas empresas, eis aí uma externalidade negativa, o custo do Estado em tutelar as demandas judiciais oriundas das relações de fornecimento de serviços e de produtos dessas empresas. Esse custo termina por ser bancado não apenas pelos sujeitos das relações que originaram as demandas judiciais (fornecedores e consumidores), mas também por toda a sociedade, por meio dos impostos pagos. Destarte, o preço cobrado pelos produtos e serviços

fornecidos termina por ser menor do que eles realmente custam, em razão de não fazer parte da planilha de custo das empresas fornecedoras o custo do Poder Judiciário com as demandas judiciais geradas por falhas nos produtos e serviços fornecidos.

Uma hipótese que poderia ser cogitada para correção dessa falha econômica no âmbito das relações de consumo seria impor aos causadores de danos, além do dever de pagamento de indenização ao lesado, a obrigação de pagarem também encargo a ser vertido ao Estado, em valor aproximado ao custo estatal pela tutela da demanda. É bem verdade que a imposição desse encargo adicional somente poderia ser feita por meio de lei e possivelmente teria impacto sobre o valor dos produtos e serviços comercializados pelas empresas. Entretanto, essa medida faria que os reais custos da atividade econômica fossem suportados pelos seus beneficiários, ou seja, pelos próprios consumidores e fornecedores envolvidos.

3. Comportamento Racional do Contribuinte

Os agentes são racionais maximizadores e tenderão a adotar condutas que aumentem seus benefícios. Diante disso, os contribuintes, do mesmo modo que fazem nas relações privadas, tendem a fazer a análise de custo-benefício de todas as suas condutas frente ao fisco.

Será demonstrado neste tópico que o custo médio (taxa de juros média) de captação de recursos (de financiamento) no mercado financeiro pode influir no comportamento dos contribuintes em face do fisco.

A conduta esperada das empresas, diante da escassez de recursos para o financiamento de sua atividade produtiva, seria a de recorrerem ao sistema financeiro. Entretanto, as taxas de mercado (financiamento bancário) são bem maiores do que a taxa (Selic) utilizada para a correção dos débitos tributários em atraso. Este fato gera incentivo para que as empresas, em vez de buscarem financiamento no mercado financeiro, deixem de pagar seus tributos e utilizem o respectivo valor na atividade empresarial, pois, caso tenham de pagar o tributo em atraso, o valor corrigido do débito tributário em muitos casos será menor do que o saldo devedor de eventual empréstimo tomado a juros de mercado.

Caso a opção do contribuinte seja pelo não pagamento do tributo, algumas são as alternativas que ele tem à sua disposição. Pode o contribuinte declarar o tributo e discuti-lo judicialmente, pode apenas declará-lo, não o pagar e aguardar ser executado, ou ainda, pode simplesmente sonegar o tributo e esperar não ser descoberto, ou caso descoberto, discuti-lo administrativamente e depois judicialmente.

Haja vista que a taxa de remuneração dos débitos tributários (Selic) e as taxas de mercado apresentam índices diferentes, tendo estas últimas índices substancialmente maiores, a variável **tempo** terá muita importância na avaliação a ser feita pelos contribuintes. Assim, conforme será visto, mesmo naqueles casos em que o contribuinte optou por sonegar, foi descoberto e lhe foram aplicados altos encargos pela sonegação, a depender da quantidade de anos que durar o processo de execução, tendo em vista a diferença entre os índices de reajuste dos débitos tributários (Selic) e dos débitos bancários (taxa de mercado), ainda assim terá sido vantajoso sonegar.

Deste modo, diante da necessidade de ter parâmetro temporal para a avaliação do retorno dos contribuintes diante das opções de condutas disponíveis, buscou-se identificar o tempo médio de tramitação dos processos administrativos tributários federais e o tempo médio de tramitação das ações de natureza tributária na Justiça Federal.

Quanto ao tempo de duração dos processos administrativos tributários na esfera federal, relatório do Núcleo de Estudos Fiscais da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas

concluiu que o tempo médio de tramitação desse tipo de processo é de **cinco anos**⁴. Quanto à esfera judicial, estudo do IPEA⁵ identificou que o tempo médio de tramitação de uma execução fiscal é de aproximadamente **oito** anos. Adota-se como pressuposto metodológico que o tempo médio de tramitação de um processo judicial tributário movido pelos contribuintes (contribuinte como autor) na Justiça Federal seja semelhante ao tempo médio de tramitação de uma execução fiscal (quando o contribuinte é réu), que é, segundo estudo do IPEA já mencionado, de aproximadamente **oito anos**.

Agora, se o contribuinte optar por discutir o tributo primeiramente na esfera administrativa para depois aguardar o desfecho no Poder Judiciário, se deparará com um tempo médio de tramitação de **treze anos**.

Verifica-se, então, que as alternativas disponíveis aos contribuintes terão duração média de: **5 anos**, caso resolva pela impugnação administrativa, logo após ser autuado; **8 anos**, caso o contribuinte resolva discutir judicialmente o débito ou seja executado pelo fisco, e **13 anos**, caso o contribuinte resolva discutir administrativamente sua autuação e depois seja executado. Diante desse panorama, as análises de retorno serão feitas comparando a incidência da taxa Selic e dos juros de mercado ao longo de 5, 8 ou 13 anos, a depender da alternativa que estiver sendo aferida.

Passando-se agora a analisar os índices de juros de mercado dos últimos anos, tem-se que o índice médio das taxas de empréstimo, ou seja, o custo médio da captação de recursos pelas empresas no mercado financeiro foi de 38,43% ao ano nos últimos cinco anos (e 44,81% ao ano, se considerados os últimos treze anos). Conforme se demonstra na tabela a seguir, as taxas de mercado se mostraram substancialmente maiores do que a taxa Selic, cuja taxa média foi de 11,87% ao ano nos últimos cinco anos (e 17,37% ao ano, se considerados os últimos treze anos).

Tabela 1 - Comparativo entre a Taxa de Mercado PJ e Taxa Selic (últimos 13 anos)

Ano	Taxas para PJ	SELIC	Diferença
1998	68,10	29,29	38,81
1999	64,37	25,98	38,39
2000	41,80	17,58	24,22
2001	41,03	17,46	23,57
2002	44,40	19,10	25,30
2003	49,77	23,32	26,45
2004	41,11	16,24	24,87
2005	43,66	19,12	24,54
2006	40,01	15,27	24,75
2007	34,50	11,98	22,52
2008	38,78	12,35	26,43
2009	40,38	10,05	30,33
2010	38,54	9,80	28,74
Média	44,81	17,37	27,44

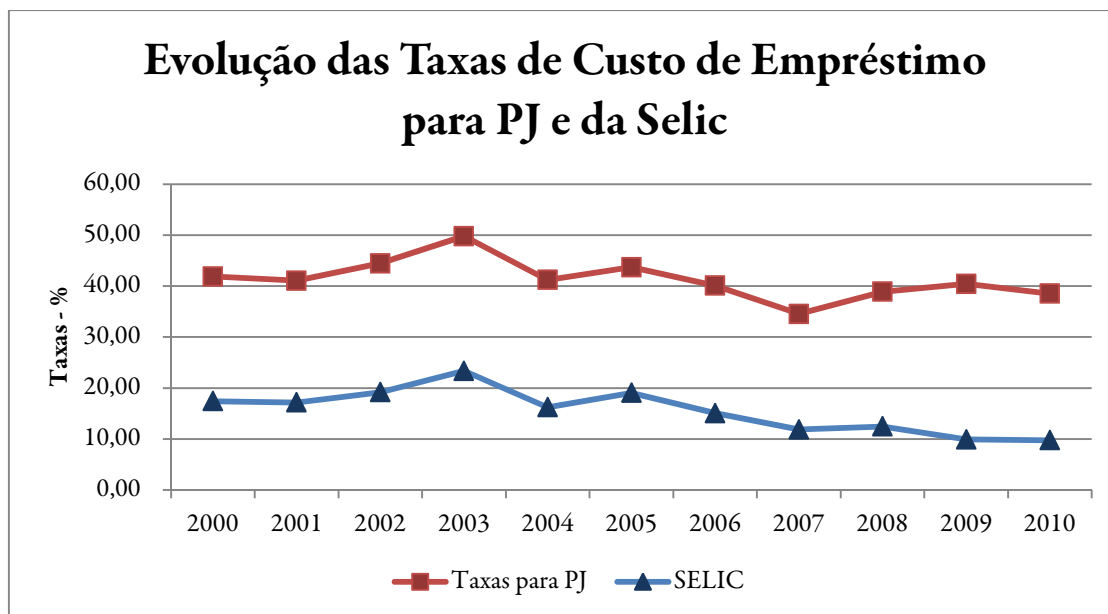
Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

Os índices anteriormente referidos são ilustrados no gráfico a seguir:

⁴O relatório considerou o tempo médio desde o protocolo da impugnação, na primeira instância administrativa (Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJs), até o julgamento pela segunda instância (Conselhos de Contribuintes – atualmente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF) e a efetiva baixa do processo administrativo para o órgão originário da Receita Federal do Brasil. (Santi, 2009).

⁵O tempo médio encontrado foi de 8 anos, 2 meses e 9 dias (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011).

Gráfico 1 – Evolução das taxas de custo de empréstimo para PJ e da Selic



Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

É importante frisar que este estudo, para fins de simplificação, considera apenas as empresas que não têm acesso a linhas de crédito subsidiadas, com taxas menores que a Selic — como aquelas disponibilizadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) —, ou aqueles casos em que, embora a empresa tenha acesso a esse tipo de financiamento, já tenha ultrapassado o limite de crédito disponível para ela. Também não são consideradas as empresas que têm alternativa de captação de recursos a custos menos onerosos do que as taxas de mercado, como, por exemplo, por meio da emissão de debêntures.

Assim, as empresas consideradas neste estudo são aquelas que, para obterem recursos, seja para investimentos, seja para capital de giro, inevitavelmente teriam de recorrer aos bancos mediante o pagamento das taxas de juros já mencionadas.

3.1. Dos Encargos Incidentes sobre os Tributos Federais

Sobre a obrigação tributária principal ou acessória⁶ não cumprida tempestivamente podem incidir três espécies de encargos: **a) juros e correção monetária; b) multas e c) encargo legal.**

Como já foi visto, o índice de juros e correção monetária⁷ aplicável aos débitos tributários federais é a **Selic**. Frise-se que ela incide não só sobre o débito principal como também sobre as multas e sobre o encargo legal.

⁶As obrigações tributárias acessórias, embora constituam, nos termos do CTN, “prestações positivas ou negativas [...] no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”, ou seja, obrigações não pecuniárias, a partir do seu descumprimento e da aplicação da respectiva penalidade (multa isolada), passam a constituir obrigação de pagar e sofrem a incidência dos encargos aplicáveis às obrigações principais. Assim, sobre o débito apurado em virtude de multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória incidirão a correção monetária (Selic), o encargo legal e inclusive a multa de mora, caso o valor da multa não seja pago até o seu vencimento.

Quanto às **multas**, elas podem ser divididas em três tipos⁸: a) **multa de mora**; b) **multa de ofício** e c) **multa de ofício qualificada**.

A **multa de mora** está prevista no art. 61 da Lei n.º 9.430/96⁹ e é de 0,33% por dia de atraso até o limite de 20%. Assim, com 60 dias de atraso do débito, a multa moratória já é aplicada em seu percentual máximo de 20%.

A **multa de ofício**, por sua vez, tem como fundamento legal o art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/96¹⁰ e é de 75%¹¹. Leandro Paulsen (2010, p. 1106) versa o seguinte sobre as multas de ofício:

aquelas aplicadas pela própria autoridade através de auto de infração quando apurado tributo devido que não apenas não tenha sido pago pelo contribuinte, total ou parcialmente, mas que sequer tenha sido declarado ou confessado pelo mesmo. São, assim, as multas aplicáveis na situação em que o Fisco não dispõe de declaração do contribuinte capaz de permitir a direta inscrição em dívida ativa de montante devido.

A **multa de ofício qualificada**, por sua vez, é de 150% do débito apurado, está prevista no art. 44, §1.º, da Lei n.º 9.430/96¹², e será imposta nos casos de ação ou omissão dolosa do contribuinte que configure, nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64, hipótese de sonegação, fraude ou conluio¹³. É importante ressaltar que não é qualquer conduta que justifica a

⁷ A taxa Selic compreende não só correção monetária, mas também juros, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça. A título de exemplo, ver Brasil (2011): “A taxa SELIC abrange juros e correção monetária, não pode ser cumulada a nenhum outro índice que exprima tais consectários”.

⁸ Existe um quarto tipo que é a multa isolada. Como a própria terminologia aponta, essa penalidade é aplicada isoladamente, ou seja, sem a cumulação com a obrigação do pagamento de débito principal. Em sua maioria, é aplicada nos casos de descumprimento de obrigação tributária acessória. A multa isolada não é considerada neste item em virtude de que, embora depois de aplicada se torne uma obrigação principal (obrigação de pagar), não incide sobre as demais obrigações tributárias principais, como ocorre com os outros tipos de multas.

⁹ Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1.º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§2. O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

¹⁰ Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal.

¹¹ A multa de ofício pode ser também de 50%, com fundamento no art. 44, II da Lei n.º 9.430/96, nos casos de falta de antecipação de tributos sujeitos a ajustes, contudo como não é o caso mais frequente de aplicação da multa de ofício, para fins de simplificação, essa hipótese não é considerada neste estudo.

¹² Lei n.º 9.430/96

Art. 44 [...]

§ 1. O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

¹³ Lei n.º 4.502/64

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

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

aplicação da multa qualificada. Neste sentido, transcrevem-se as Súmulas n.º 14 e n.º 25 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

Súmula CARF n.º 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

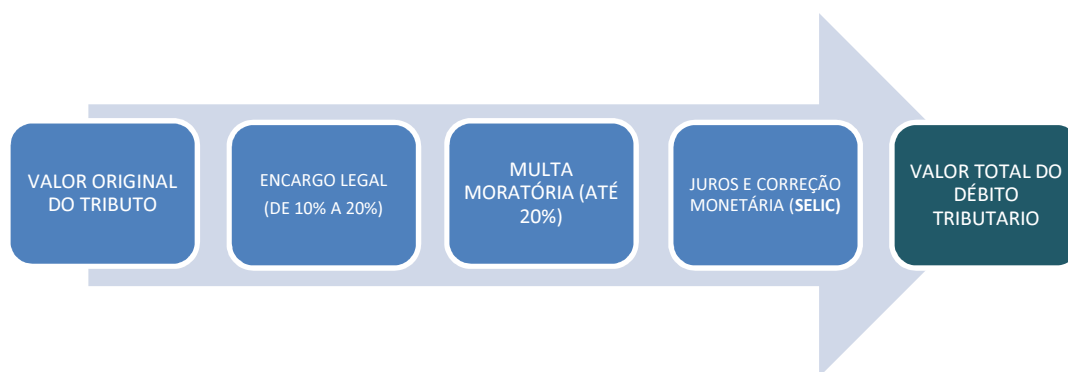
SÚMULAS CONSOLIDADAS/APROVADAS PELO PLENO EM SESSÃO DE 08/12/2009 Súmula CARF n.º 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64. SÚMULAS VINCULANTES Portaria MF n.º 383 DOU de 14/07/2010.

A **multa de ofício** e a **multa de ofício qualificada** podem ser majoradas em 50%, conforme previsão do art. 44, § 2.º, da Lei n.º 9.430/96¹⁴, passando a ser respectivamente **112,5%** e **225%** do valor do débito. Por simplificação, tais hipóteses de majoração não serão consideradas no estudo dos retornos do comportamento estratégico do contribuinte, a ser tratado no próximo tópico.

O **encargo legal**, por sua vez, tem fundamento no Decreto-Lei n.º 1.025/69 e no Decreto-Lei n.º 1.569/77 e é de 10% sobre o valor do débito, caso a dívida não tenha sido ajuizada, e de 20% caso a dívida já tenha sido ajuizada. O encargo legal é calculado sobre montante do débito, inclusive multas, e é destinado a atender a despesas com o Programa de Incentivo à Arrecadação da Dívida Ativa da União, a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional¹⁵.

Os encargos incidentes sobre as obrigações tributárias não cumpridas tempestivamente são resumidos nos diagramas a seguir:

Figura 1 – Custos em Caso de Não ter havido Sonegação



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

¹⁴Lei n.º 9.430/96

Art. 44

§ 2. Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1.º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

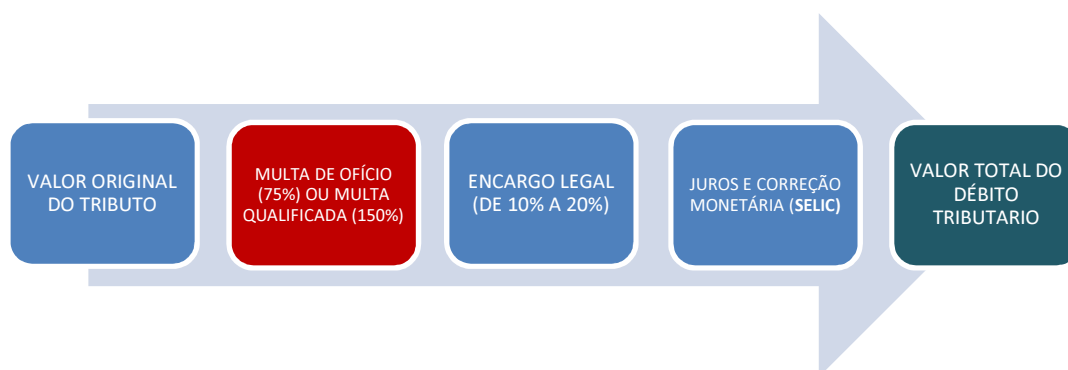
I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei n.º 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

¹⁵Para maior aprofundamento sobre os contornos legais e a arrecadação do encargo legal, ver SINPROFAZ – Sindicato dos Procuradores da Fazenda Nacional (Sant’ana & Almeida, 2009).

Figura 2 – Custos em Caso de ter havido Sonegação



3.2. Dos Custos do Contribuinte para Litigar

Passa-se agora a analisar quais são os custos dos contribuintes para discutir administrativa ou judicialmente os tributos que lhes são cobrados. A presente análise terá como base os tributos cobrados pela União e a respectiva discussão administrativa e judicial na esfera federal.

No caso de **discussão administrativa**, os custos dos contribuintes para litigarem correspondem basicamente ao custo com **honorários advocatícios contratuais**, caso tenham contratado advogado¹⁶, e com os encargos decorrentes do não pagamento em dia do tributo, os quais foram analisados no tópico anterior.

Registre-se ter o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários n.º 388359, n.º 389383 e n.º 390513, declarado a inconstitucionalidade do dever de recolhimento do depósito recursal de 30% sobre o valor do débito objeto da impugnação administrativa, o que diminuiu sensivelmente o custo dos contribuintes para litigarem administrativamente.

No caso de **discussão judicial**, o contribuinte, além dos gastos com os encargos de impontualidade e com honorários de seu advogado, caso perca a ação terá de arcar com as custas judiciais¹⁷ e com os honorários de sucumbência. As custas judiciais que devem ser adiantadas pelo contribuinte-autor ao ingressar com a ação lhe serão ressarcidas pela União caso se sagra vitorioso na ação. Já os honorários advocatícios de sucumbência serão pagos pelo perdedor da ação e são estabelecidos caso a caso pelo magistrado ou tribunal sob a forma de percentual do valor da causa ou valor nominal. Registre-se que somente haverá pagamento de honorários de sucumbência nas ações tributárias em que o contribuinte for autor. Nas execuções fiscais (contribuinte réu), não há previsão de pagamento de honorários sucumbenciais pelos contribuintes uma vez que tal verba já está contemplada pelo encargo legal cobrado pela União no importe de 20% sobre o total do débito tributário executado.

Registre-se, ainda, que para fins de simplificação não são considerados neste estudo eventuais custos emocionais dos contribuintes para litigarem administrativa ou judicialmente. **Finaliza-se este tópico com os seguintes resumos gráficos dos custos da litigância administrativa e judicial tributária:**

¹⁶ A contratação de advogado para a atuação na defesa administrativa dos contribuintes, embora seja recomendável, não é obrigatória.

¹⁷ No sistema processual brasileiro, as custas são adiantadas pelo autor e pagas/ressarcidas, ao final, pelo perdedor da ação. EALR, V. 3, n.º 1, p. 122-147, Jan-Jun, 2012

Figura 3 – Custos da Litigância Administrativa

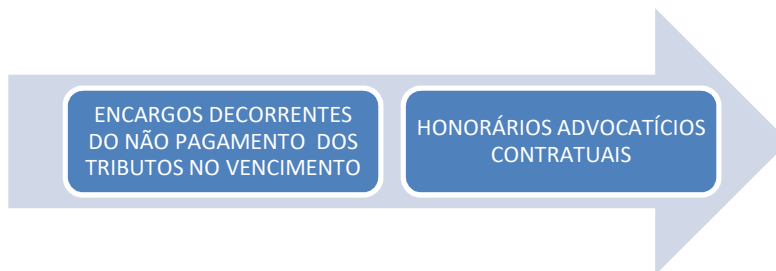
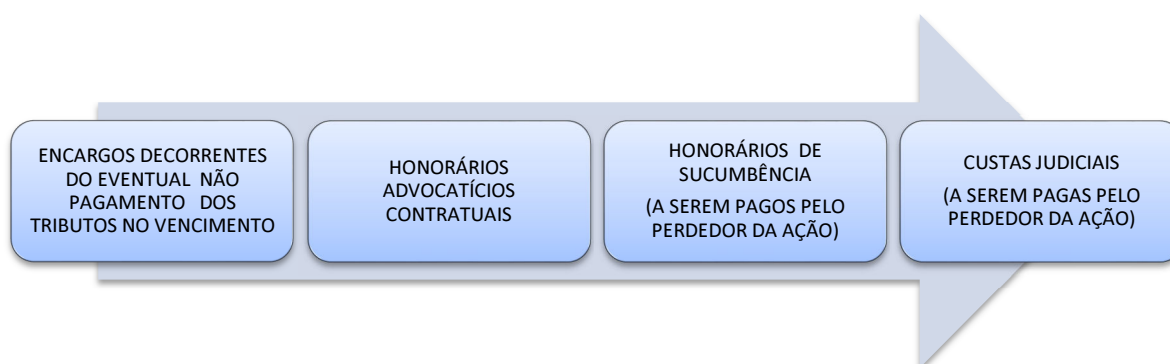


Figura 4 – Custos da Litigância Judicial

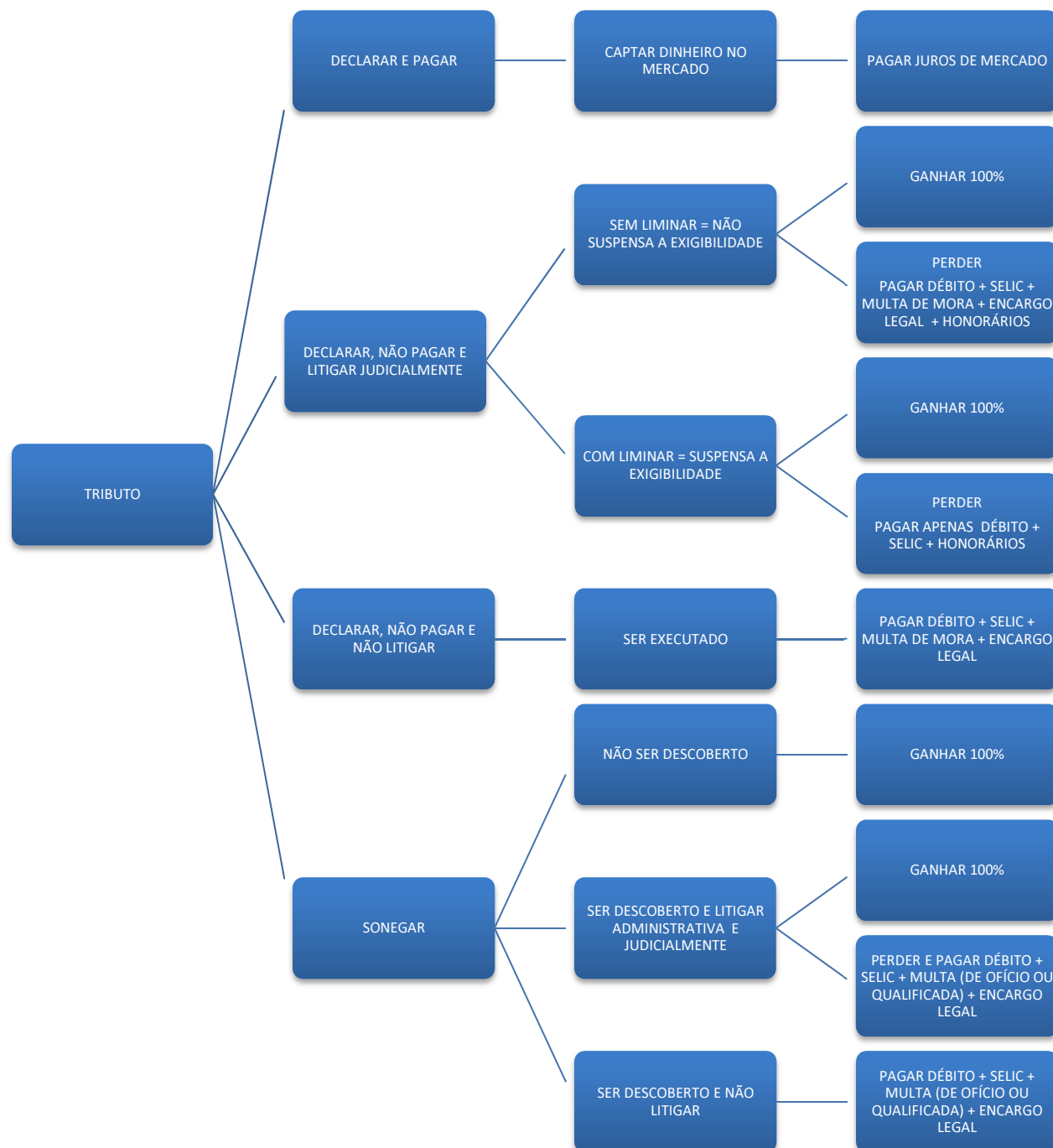


4. O comportamento Estratégico dos Contribuintes e seus Retornos

Este estudo, sem ter a intenção de exaurir todas as possibilidades, explicitará quais são as opções de conduta que o contribuinte que necessita de recursos para investir na atividade empresarial pode assumir diante dos tributos que lhe são cobrados e os retornos (*payoffs*) que obterá de cada uma das opções.

O diagrama de escolhas apresentado a seguir (Figura 5) demonstra as alternativas de conduta dos contribuintes que serão analisadas neste estudo. O diagrama foi dividido em **quatro** escolhas-base do contribuinte diante da obrigação de pagamento de determinado tributo, cada qual com suas ramificações: 1) **declarar e pagar o tributo**; 2) **declarar o tributo, não o pagar e litigar judicialmente**; 3) **declarar, não pagar, mas também não litigar, ou seja, aguardar ser executado**; e 4) **sonegar**.

A análise de retorno das quatro alternativas constantes no diagrama de escolhas anteriormente transcrito tomará como base o caso hipotético de contribuinte, pessoa jurídica, que se depare com a necessidade de recursos financeiros no montante de R\$ 100.000,00 para aplicar em seu empreendimento e que esteja obrigado a recolher tributo nesse mesmo valor.

Figura 5 - Diagrama de Retornos dos Contribuintes

4.1. Retorno da Opção de Pagar o Tributo e Captar Dinheiro no Mercado Financeiro

Caso o contribuinte opte pela **primeira alternativa**, pagar **os tributos devidos**, e necessite de recursos para investimento ou para capital de giro, terá de angariar recursos no mercado financeiro. Essa opção lhe custará, além do valor do principal do empréstimo requerido, o dever do pagamento de juros de mercado.

A seguir, apresenta-se tabela que demonstra o comportamento de empréstimo de R\$ 100.000,00 reajustados pela taxa média de juros aplicada pelas instituições financeiras ao longo de 13 anos¹⁸:

**Tabela 2 - Demonstrativo de Evolução de Empréstimo Bancário
no Valor de R\$ 100.000,00 em 13 anos**

Ano	Taxas para PJ APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 100.000,00
1998	R\$ 168.097
1999	R\$ 276.305
2000	R\$ 391.814
2001	R\$ 552.565
2002	R\$ 797.902
2003	R\$ 1.195.043
2004	R\$ 1.686.312
2005	R\$ 2.422.546
2006	R\$ 3.391.928
2007	R\$ 4.562.041
2008	R\$ 6.331.004
2009	R\$ 8.887.561
2010	R\$ 12.312.515

Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

A partir de então, serão analisados os retornos das demais alternativas disponíveis ao contribuinte, sempre tendo como base de comparação esta primeira opção do contribuinte de pagar os tributos devidos e captar os R\$ 100.000,00 em algum banco, pagando, para tanto, as taxas de mercado.

4.2. Retorno da Opção de Declarar o Tributo, não o Pagar e Litigar Judicialmente

Na hipótese de o contribuinte escolher declarar o tributo, não o recolher e discuti-lo em juízo, poderá ganhar a demanda judicial ou perdê-la.

Caso o contribuinte saia vitorioso na demanda, já terá investido em sua atividade o dinheiro que deixou de recolher ao fisco. E ainda, uma vez que não teve de recorrer ao sistema bancário para financiar sua atividade, não terá de arcar com o pagamento de empréstimo e respectivos juros, tendo como única despesa os honorários de seu advogado, uma vez que as custas, embora tenham sido adiantadas pelo contribuinte, serão ressarcidas pela União, sucumbente na ação.

¹⁸O prazo de 13 anos utilizados advém do pressuposto utilizado neste estudo de que as alternativas disponíveis aos contribuintes terão duração média de: 5 anos (prazo médio de tramitação dos processos administrativos tributários); 8 anos, (prazo médio das execuções fiscais e outros processos judiciais tributários) e 13 anos, (somatório dos prazos médios anteriormente referidos — caso o contribuinte resolva discutir administrativamente e depois seja executado, ou promova ação judicial contra o fisco).

Cabe pontuar que, mesmo na pendência da ação judicial promovida pelo contribuinte, a União poderá inscrever o débito na dívida ativa e promover a competente execução fiscal, salvo se o contribuinte tiver obtido liminar suspendendo a exigibilidade do débito, hipótese em que não poderá ser intentada execução fiscal.

Para fins de simplificação não são considerados neste estudo os custos dos contribuintes referentes a não obtenção de certidão de regularidade fiscal, caso não consigam suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Na hipótese de o contribuinte perder a demanda, os encargos com os quais terá de arcar dependerão do seguinte: **a)** se durante o trâmite da ação judicial promovida pelo contribuinte, for intentada execução fiscal, ele terá de arcar com os encargos decorrentes da execução, que serão analisados em tópico específico mais adiante; **b)** se o débito ainda não tiver sido executado, nem inscrito em dívida¹⁹, arcará com o pagamento do débito, acrescido de multa de mora de 20%, sendo esse valor reajustado pela Selic do período.; **c)** se tiver obtido liminar suspendendo a exigibilidade do crédito durante o trâmite de sua ação judicial, o contribuinte poderá se beneficiar da regra do art. 63, §2.º, da Lei n.º 9.430/96 que será detalhada a seguir.

4.2.1. Obtenção de Liminar pelo Contribuinte

O Código Tributário Nacional (CTN) dispõe, no art. 151, incisos IV e V, que a concessão de medida liminar em mandado de segurança ou a concessão de liminar ou tutela antecipada em outras espécies de ação judicial suspendem a exigibilidade do crédito tributário. O art. 63, §2.º, da Lei n.º 9.430/96, por sua vez, tem a seguinte redação:

§ 2.º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

O dispositivo acima transcrito permite que o contribuinte garantido por liminar ou antecipação de tutela que tenha suspenso a exigibilidade de débito por ele devido, possa, caso a medida precária seja cassada, pagar o débito tributário, até 30 dias após a cassação da liminar, sem a incidência da multa de mora 20%, ou seja, o contribuinte terá de arcar apenas com a correção do débito pela taxa Selic referente ao período desde o vencimento até o efetivo pagamento do débito.

Registre-se que as empresas que optaram por angariar recursos no sistema financeiro tiveram de pagar juros de mercado. Já aquelas que optaram por litigar e conseguiram liminar suspendendo a exigibilidade de seus débitos terão de pagar o valor principal do tributo corrigido apenas pela Selic, cujas taxas são bem inferiores à taxa média de financiamento do mercado. Sob esse ângulo, o art. 63, § 2.º, da Lei n.º 9.430/96 é mais uma regra a reforçar o incentivo de os contribuintes financiarem sua atividade econômica por meio da litigância.

Lembra-se que, quanto maior o tempo de duração da discussão administrativa ou judicial com o fisco, mais evidenciada fica a diferença substancial entre as taxas de mercado (financiamento bancário) e a Selic (aplicada aos tributos) e a tendência dos contribuintes a optarem por esta última.

Apresenta-se a seguir tabela e gráfico que demonstram a **diferença de resultados entre a opção de captar R\$ 100.000,00 no mercado financeiro à taxa de mercado e a opção de se utilizar de liminar como fonte de financiamento dos mesmos R\$ 100.000,00 à taxa Selic**. Faz-se

¹⁹ Caso o contribuinte pague o débito apenas após a inscrição em dívida ativa, sobre o débito haverá incidência de encargo legal, que será de 10% antes de ajuizada a respectiva execução fiscal, e de 20% após o ajuizamento da execução. EALR, V. 3, n.º 1, p. 122-147, Jan-Jun, 2012

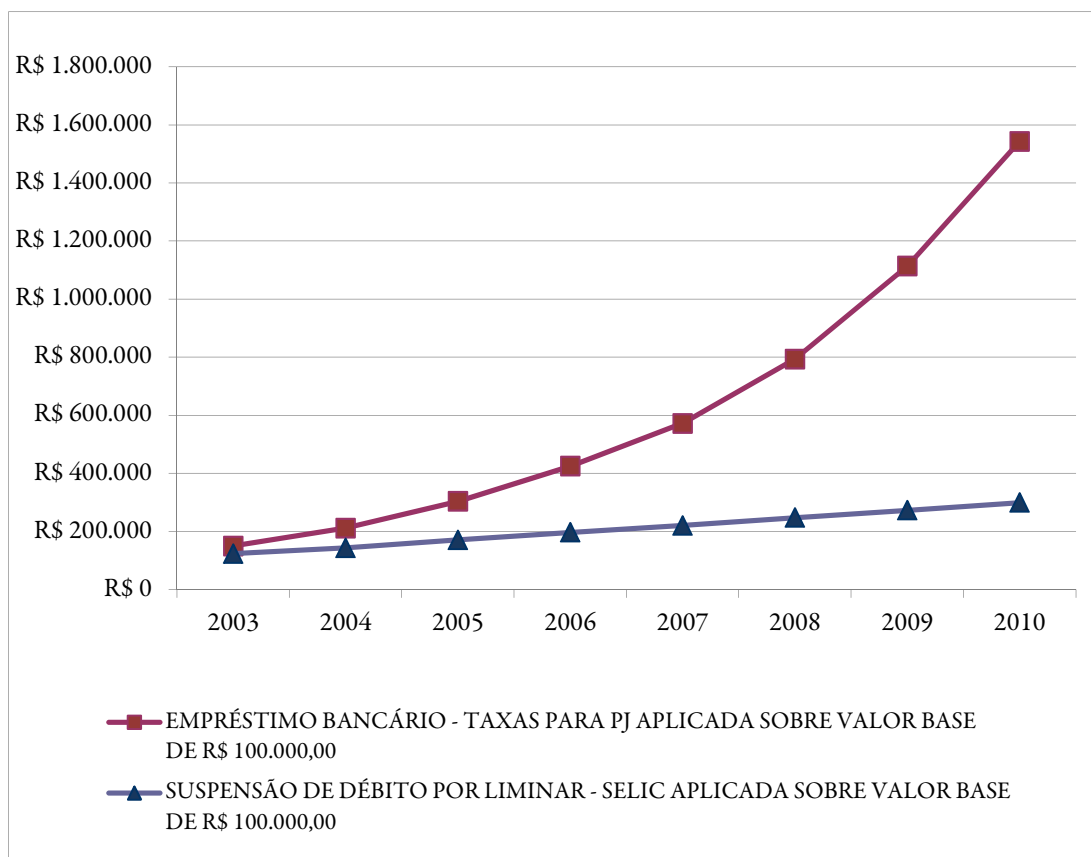
a modelagem de um a oito anos considerando que a liminar, caso deferida, pode perdurar poucos dias, na hipótese de ser rapidamente cassada pelo tribunal respectivo, ou pode permanecer hígida até a última instância, o que, considerando a média de tempo de tramitação dos processos fiscais, levaria aproximadamente 8 anos.

Tabela 3 - Comparativo entre a Opção de Empréstimo e a Opção de Utilização do Benefício gerado pela Suspensão de Exigibilidade do Débito por Liminar (período de 8 anos)

ANO	TAXAS PARA PJ APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 100.000,00	SELIC APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 100.000,00	DIFERENÇA
2003	R\$ 149.773	R\$ 123.323	R\$ 26.450
2004	R\$ 211.343	R\$ 143.354	R\$ 67.989
2005	R\$ 303.614	R\$ 170.767	R\$ 132.847
2006	R\$ 425.106	R\$ 196.843	R\$ 228.262
2007	R\$ 571.754	R\$ 220.421	R\$ 351.334
2008	R\$ 793.456	R\$ 247.644	R\$ 545.812
2009	R\$ 1.113.866	R\$ 272.532	R\$ 841.333
2010	R\$ 1.543.110	R\$ 299.238	R\$ 1.243.873

Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

Gráfico 2 – Comparativo entre a Opção de Empréstimo e a Utilização de Liminar para Suspensão de Exigibilidade do Débito Tributário



Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

Frise-se que a previsão de não incidência da multa de mora de 20% nas hipóteses de o contribuinte pagar o débito tributário até 30 dias após a cassação da liminar que tenha suspenso a exigibilidade do débito beneficia inclusive aqueles contribuintes que não lograrem êxito na ação ajuizada. Isto porque o contribuinte, mesmo não tendo ganhado a ação ajuizada, durante o período de vigência da liminar, não teve contra si promovida execução fiscal (o que importaria encargos maiores, conforme se verá) e ainda poderá pagar seu débito com a incidência apenas da Selic.

Nesse sentido, o contribuinte que tenha resolvido não pagar o tributo no valor de R\$ 100.000,00, na hipótese de sua liminar ter vigido, por exemplo, por oito anos, sendo cassada apenas no final da ação, terá obtido, conforme se nota da Tabela 4.4, um benefício de R\$ 1.243.873, se comparado com a alternativa de ter tomado emprestado, pelo mesmo período, o referido valor.

Fica então patente que, caso o contribuinte tenha conseguido suspender a exigibilidade de seus créditos, mesmo que ao final perca ação, ainda assim esta alternativa terá sido mais vantajosa do que captar no mercado financeiro o mesmo valor que deixou de recolher ao fisco. Ressalta-se que essa vantagem se aplica a qualquer intervalo de tempo pelo qual o contribuinte conseguir suspender a exigibilidade de seu crédito, uma vez que, como nesses casos não há a incidência de qualquer outro encargo exceto a Selic, e a Selic é inferior às taxas de juros cobradas no mercado, será, por qualquer período de tempo, mais vantajoso obter recursos remunerados pela Selic do que recursos remunerados pelas taxas de juros cobrados pelas instituições financeiras.

4.3. Retorno da Opção de Declarar, não Pagar e Aguardar ser Executado

Agora, analise-se a **hipótese de o contribuinte que resolveu declarar o tributo não o pagar e aguardar a execução**. Neste caso, o mesmo valor de R\$ 100.000,00 sofreria a incidência de **20% de multa de mora**, mais **20% a título de encargo legal**²⁰, o que faria com que o valor base do débito a ser executado ainda sem correção pela Selic, passasse a ser de **R\$ 144.000,00**.

Verifique-se, então, como ficaria o panorama de retorno dessa opção de aguardar a finalização da execução fiscal (que apresenta tempo médio de tramitação de 8 anos), sem pagar o tributo, em vez de captar os mesmos R\$ 100.000,00 no mercado financeiro:

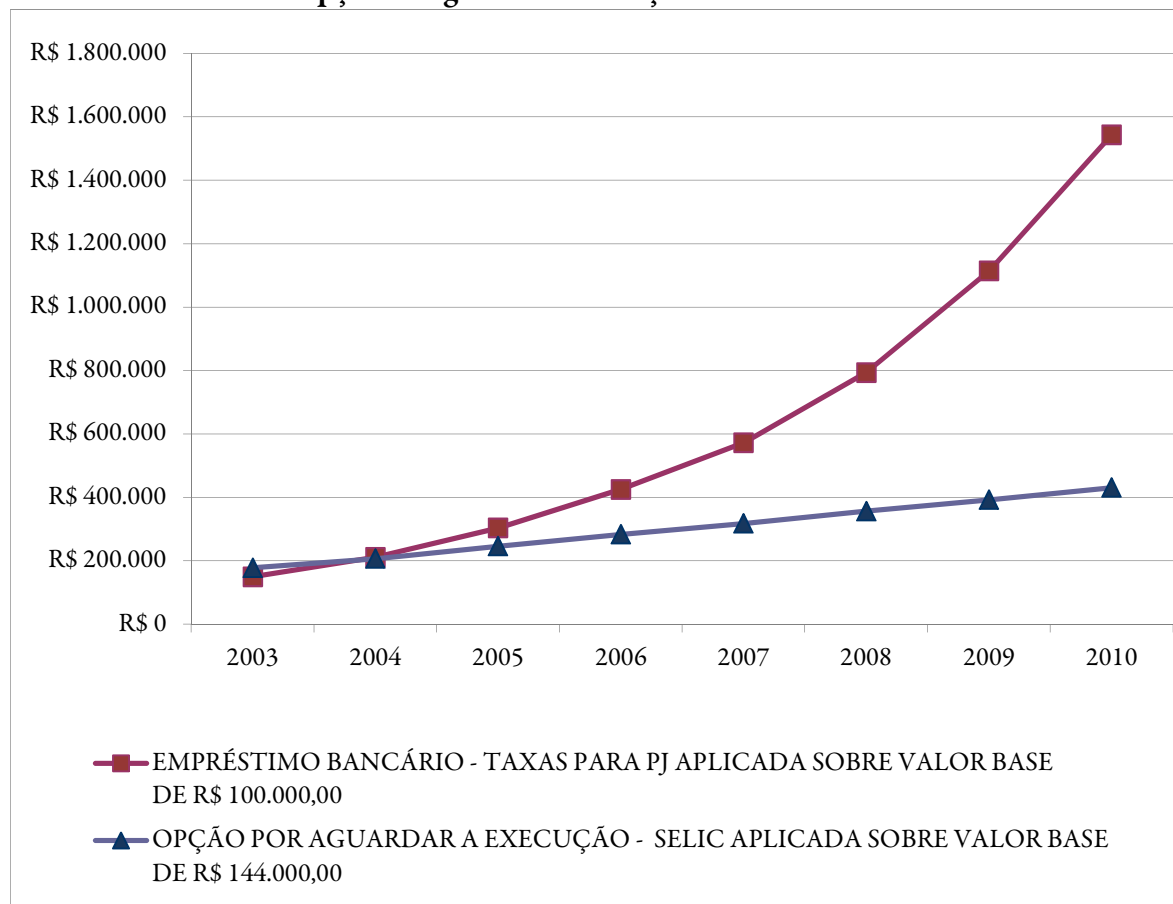
Tabela 4 - Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de aguardar a execução – período de 8 anos

ANO	TAXAS PARA PJ APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 100.000,00	SELIC APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 144.000,00	DIFERENÇA
2003	R\$ 149.773	R\$ 177.585	R\$ (27.812)
2004	R\$ 211.343	R\$ 206.430	R\$ 4.913
2005	R\$ 303.614	R\$ 245.905	R\$ 57.710
2006	R\$ 425.106	R\$ 283.454	R\$ 141.651
2007	R\$ 571.754	R\$ 317.406	R\$ 254.349
2008	R\$ 793.456	R\$ 356.607	R\$ 436.849
2009	R\$ 1.113.866	R\$ 392.447	R\$ 721.419
2010	R\$ 1.543.110	R\$ 430.902	R\$ 1.112.208

Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

²⁰Ressalte-se que o encargo legal incide tanto sobre o débito principal, como também sobre a multa de mora.

Gráfico 3 – Comparativo entre a Opção de Empréstimo e a Opção de Aguardar a Execução – Período de 8 anos



Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

A tabela e o gráfico anteriormente transcritos evidenciam que, a partir do **segundo ano**, a opção pelo não pagamento do tributo e o aguardo da execução fiscal torna-se opção mais vantajosa do que contrair empréstimo no mesmo valor do tributo declarado e não pago.

4.4. Os Retornos da Sonegação

A opção pela sonegação apresenta, para o contribuinte, duas possibilidades básicas de resultado: a) **não ser descoberto** ou b) **ser descoberto**.

Na hipótese de **não ser descoberto**, o sonegador não teria de pagar o tributo devido e ainda não teria gasto qualquer valor litigando com o Estado (custos envolvidos nas opções pela litigância administrativa e judicial).

Avaliando-se o **retorno da sonegação não descoberta** em face da alternativa de requerer empréstimo a juros de mercado, suponha-se que a empresa necessitasse de R\$ 100.000,00 para pagamento em cinco anos. Cogite-se que, para tanto, a empresa tivesse sonegado tributos nesse mesmo valor. Assuma-se, noutro giro, que a segunda opção da empresa fosse pagar o tributo e buscar financiamento no mercado a uma taxa média de 38,43% ao ano (taxa média dos últimos cinco anos).

No caso da adoção da primeira opção (sonegar) e na hipótese de o contribuinte não ser descoberto, o retorno dessa escolha frente à alternativa de buscar financiamento dos R\$ 100.000,00

para serem pagos em cinco anos, no mercado financeiro, seria de R\$ 508.247,00 (R\$ 100.000,00 referente ao valor principal + 408.247,00 referente aos juros em cinco anos a uma taxa média de juros 38,43% ao ano).

Por sua vez, a **sonegação**, caso **descoberta**, apresentaria encargos substanciais. Ressalte-se que são considerados neste estudo apenas os custos financeiros da sonegação, não se levando em conta, por exemplo, o custo emocional de o contribuinte ser executado ou de ser acionado criminalmente.

Antes de o débito ser ajuizado, em virtude da sonegação, o contribuinte teria de arcar com a **multa de ofício, que é de 75%** do valor do tributo (que pode ser majorada para 150%²¹), mais **10% a título de encargo legal**, mais a correção de todo o débito pela taxa Selic. Tais encargos fariam que o débito de R\$ 100.000,00, ainda sem a incidência da Selic, passasse a ser de no mínimo **R\$ 192.500,00** (caso aplicada a multa de 75% em vez da de 150%).

Noutro giro, caso o débito já estivesse em execução, o contribuinte, em vez de pagar 10% a título de encargo legal, teria de pagar 20%, o que faria com que o débito, ainda sem reajuste pela Selic, passasse a ser R\$ 210.000,00 (**valor do tributo + multa de ofício 75% + encargo legal 20%**²²). Registre-se que, caso lhe fosse aplicada a multa de ofício qualificada, que é de 150%, hipótese que será melhor analisada mais adiante, o débito total para uma sonegação de R\$ 100.000,00, antes da correção pela Selic, seria de R\$ 300.000,00.

Pode-se dizer, ainda, que, caso haja sonegação e o contribuinte opte por discutir administrativamente o débito e as penalidades aplicadas e, depois de encerrada a discussão administrativa de forma desfavorável ao contribuinte, a Fazenda Nacional ajuíze execução fiscal, ter-se-ia, desde a descoberta da sonegação até a finalização da execução, um período de treze anos²³, isso sem computar o período desde a sonegação até a descoberta pelo fisco, que, para fins de simplificação, não é contabilizado neste estudo.

Frise-se que **o contribuinte tem grande incentivo de**, ao ser autuado, **formular impugnação administrativa** uma vez que a exigibilidade do débito tributário fica suspensa (o contribuinte não pode ser inscrito em dívida ativa, muito menos executado), até o julgamento final na esfera administrativa, cujo trâmite leva em média 5 anos, conforme já visto.

Logo, adotando-se o valor-base de R\$ 210.000,00 (R\$ 100.000,00 + multa de ofício de 75% + encargo legal de 20%), no caso da sonegação descoberta, corrigido pela Selic ao longo dos últimos treze anos (1998 a 2010), ter-se-ia ao final o valor total de: **R\$ 1.683.602,00**. Já se o contribuinte optasse por captar R\$ 100.000,00 no mercado financeiro à taxa média de mercado dos últimos 13 anos, o valor total no final do período seria de R\$ 12.312.515,00.

Destarte, mesmo que considerados os altos encargos impingidos nos casos de descoberta da sonegação, ainda assim a sonegação, mesmo descoberta, apresentaria vantagem em **R\$ 10.628.913,00** se comparada à alternativa de captação de recursos à taxa de mercado.

Verifique-se na tabela e no gráfico a seguir a modulação dos valores ora referidos, ano a ano, ao longo dos últimos 13 anos (período referente ao tempo médio de tramitação do processo administrativo + tempo médio da execução fiscal):

²¹ A depender da conduta realizada pelo contribuinte, pode ser-lhe aplicada multa de ofício qualificada, cujo percentual é de 150% do débito sonegado.

²² O encargo legal incide sobre o valor total do débito, ou seja, sobre o principal mais as multas.

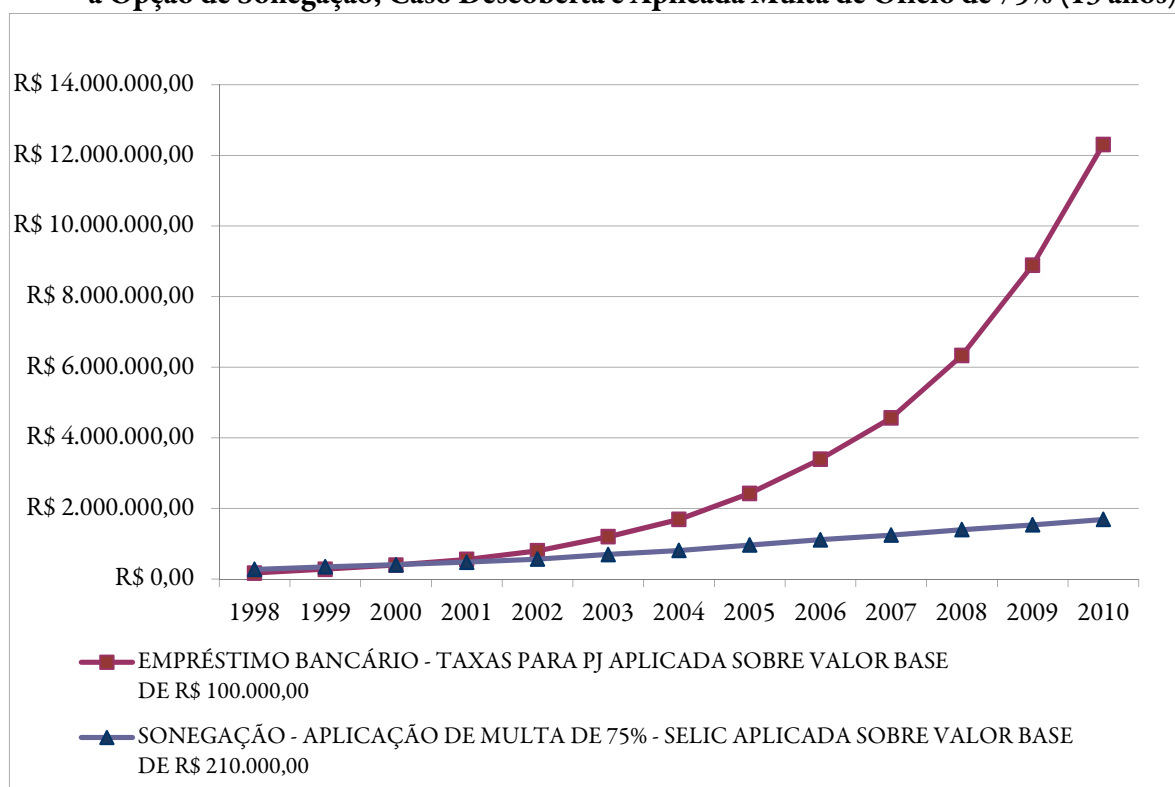
²³ Levando-se em conta os tempos médios de tramitação do processo administrativo (cinco anos) e do processo judicial (oito anos), já mencionados.

Tabela 5 - Comparativo entre a Opção de Empréstimo e a Opção de Sonegação, Caso Descoberta e Aplicada Multa de Ofício de 75% (13 anos)

Ano	Taxas para PJ APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 100.000,00	SELIC APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 210.000,00	Diferença
1998	R\$ 168.097	R\$ 271.500	R\$ (103.403)
1999	R\$ 276.305	R\$ 342.041	R\$ (65.736)
2000	R\$ 391.814	R\$ 402.183	R\$ (10.369)
2001	R\$ 552.565	R\$ 472.388	R\$ 80.177
2002	R\$ 797.902	R\$ 562.630	R\$ 235.272
2003	R\$ 1.195.043	R\$ 693.851	R\$ 501.192
2004	R\$ 1.686.312	R\$ 806.554	R\$ 879.758
2005	R\$ 2.422.546	R\$ 960.788	R\$ 1.461.758
2006	R\$ 3.391.928	R\$ 1.107.499	R\$ 2.284.428
2007	R\$ 4.562.041	R\$ 1.240.152	R\$ 3.321.889
2008	R\$ 6.331.004	R\$ 1.393.317	R\$ 4.937.687
2009	R\$ 8.887.561	R\$ 1.533.350	R\$ 7.354.212
2010	R\$ 12.312.515	R\$ 1.683.602	R\$ 10.628.913

Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

Gráfico 4 – Comparativo entre a Opção de Empréstimo e a Opção de Sonegação, Caso Descoberta e Aplicada Multa de Ofício de 75% (13 anos)



Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

A tabela e o gráfico anteriormente transcritos evidenciam que a partir do **quarto ano** a opção pela sonegação, quando descoberta e aplicada a multa de ofício de 75%, seria opção mais vantajosa do que o empréstimo bancário, no mesmo montante do tributo sonegado.

Passa-se agora a comparar os retornos entre ter o contribuinte optado por contrair empréstimo de R\$ 100.000,00 e a hipótese de ter sonegado esse mesmo valor e lhe ter sido aplicada, além dos demais encargos, a multa de ofício qualificada, cujo percentual é de 150% sobre o débito sonegado. Nesse último caso, o valor total do débito do contribuinte em virtude da sonegação de R\$ 100.000,00, antes do reajuste pela Selic, seria de R\$ 300.000,00 (R\$ 100.000,00 + multa de ofício qualificada 150% + encargo legal 20%).

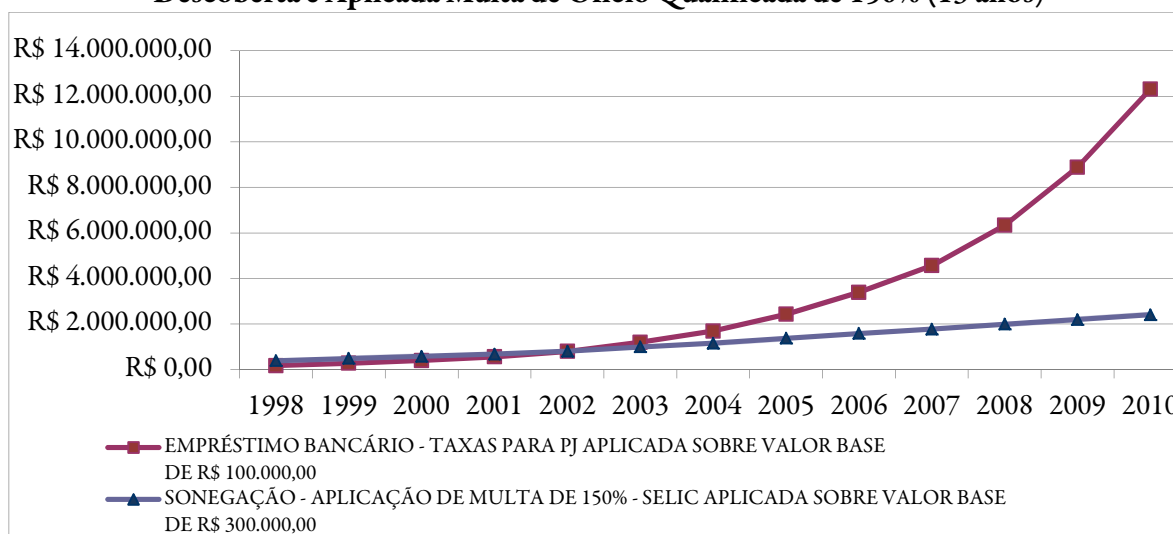
Na tabela e no gráfico a seguir, é feita a demonstração dos retornos, considerando o intervalo de 13 anos, que conforme já foi visto, decorre da possibilidade que teria o contribuinte de, ao ser autuado, primeiramente impugnar administrativamente o débito, processo administrativo cujo tempo médio de tramitação é de 5 anos, para só então ser executado, processo cujo tempo médio de tramitação é de 8 anos:

Tabela 6 - Comparativo entre a Opção de Empréstimo e a Opção de Sonegação, Caso Descoberta e Aplicada Multa de Ofício Qualificada de 150% (13 anos)

Ano	Taxas para PJ APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 100.000,00	SELIC APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 300.000,00	Diferença
1998	R\$ 168.097	R\$ 387.858	R\$ (219.760)
1999	R\$ 276.305	R\$ 488.630	R\$ (212.325)
2000	R\$ 391.814	R\$ 574.548	R\$ (182.733)
2001	R\$ 552.565	R\$ 674.840	R\$ (122.276)
2002	R\$ 797.902	R\$ 803.757	R\$ (5.855)
2003	R\$ 1.195.043	R\$ 991.215	R\$ 203.828
2004	R\$ 1.686.312	R\$ 1.152.219	R\$ 534.092
2005	R\$ 2.422.546	R\$ 1.372.554	R\$ 1.049.992
2006	R\$ 3.391.928	R\$ 1.582.142	R\$ 1.809.786
2007	R\$ 4.562.041	R\$ 1.771.646	R\$ 2.790.395
2008	R\$ 6.331.004	R\$ 1.990.453	R\$ 4.340.551
2009	R\$ 8.887.561	R\$ 2.190.499	R\$ 6.697.062
2010	R\$ 12.312.515	R\$ 2.405.146	R\$ 9.907.369

Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

Gráfico 5 – Comparativo entre a Opção de Empréstimo e a Opção de Sonegação, Caso Descoberta e Aplicada Multa de Ofício Qualificada de 150% (13 anos)

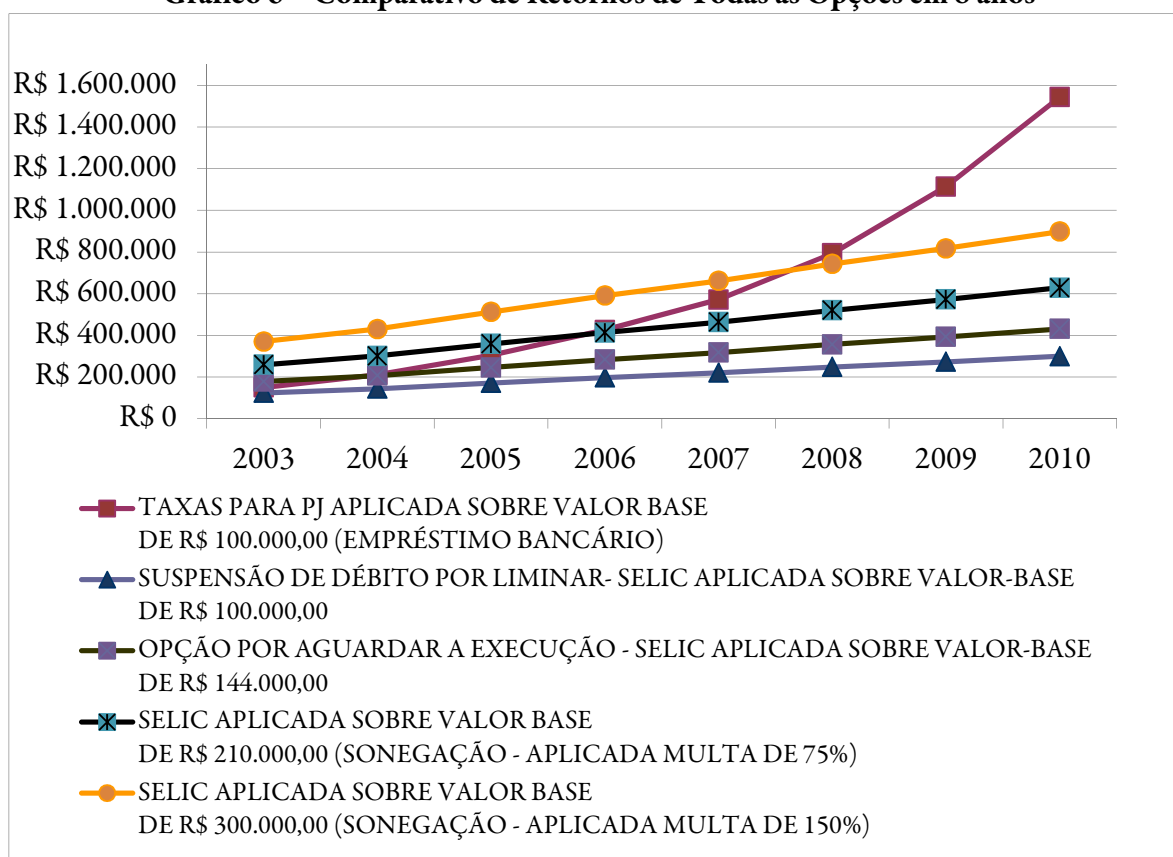


Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

A tabela e o gráfico anteriormente trazidos demonstram que, mesmo nos casos da aplicação da multa de ofício qualificada de 150%, a partir do **sexto ano**, a sonegação apresentaria mais vantagem do que a opção de captação no mercado financeiro do mesmo valor sonegado.

No gráfico a seguir, faz-se a análise comparativa de todas as possibilidades de retorno estudadas neste tópico, moduladas em um intervalo de tempo de 8 anos:

Gráfico 6 – Comparativo de Retornos de Todas as Opções em 8 anos



Fonte: Elaboração própria com dados retirados de BACEN

5. Conclusão

Utilizou-se neste estudo o ferramental teórico da AED que toma emprestado da economia teorias e metodologias próprias para estudar como os agentes sociais respondem a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos.

O presente trabalho teve o objetivo de analisar a possível interferência das regras tributárias no comportamento dos contribuintes. Consignou-se neste estudo que os contribuintes, por serem agentes racionais maximizadores de utilidade, tenderão a se comportar de forma estratégica diante do sistema tributário com o fim de obter o maior retorno possível de suas condutas.

Foi feita análise econômica da litigância e da sonegação para avaliar as alternativas disponíveis e os respectivos retornos de uma empresa que precisasse investir em sua atividade econômica determinado montante de recursos e que tivesse obrigação tributária em valor equivalente à quantia que pretendia investir.

Assentou-se que usualmente empresas nessa situação recorreriam ao sistema financeiro. Verificou-se, entretanto, que as taxas de mercado (financiamento bancário), nos anos pesquisados, apresentaram índices bem maiores do que a taxa (Selic) utilizada para a correção dos débitos tributários.

Em vista desse panorama, passou-se a avaliar se a opção por não pagar o tributo e litigar judicialmente, ou a opção por não pagar e aguardar ser executado, ou, ainda, a alternativa de simplesmente sonegar, não apresentariam maiores retornos para o contribuinte do que obter, no mercado financeiro, valor equivalente ao tributo não recolhido. Para analisar os retornos das mencionadas alternativas, foram estudados os custos envolvidos em eventual litigância administrativa ou judicial, os encargos decorrentes da inadimplência e da sonegação tributárias e o tempo médio de tramitação dos processos administrativos e judiciais tributários.

A partir dos estudos desenvolvidos, verificou-se que a litigância quando vitoriosa e a sonegação, caso não descoberta, seriam as hipóteses que apresentariam maiores retornos para o contribuinte. Depreendeu-se também que a litigância, nos casos em que o contribuinte obtivesse liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, a qualquer tempo seria opção mais vantajosa do que pagar o tributo e contrair empréstimo. Demonstrou-se ainda que a opção do contribuinte por declarar o tributo, não pagá-lo e aguardar ser executado, a partir do segundo ano, seria opção mais vantajosa do que obter empréstimo bancário.

Constatou-se ainda que, mesmo nos casos de o contribuinte ter optado por sonegar e tenha sido descoberto, ao longo do tempo, esta opção seria mais vantajosa do que o empréstimo bancário. Neste sentido, demonstrou-se que nos casos de sonegação, quando aplicada multa de ofício de 75%, a partir do quarto ano esta opção seria mais vantajosa do que o empréstimo bancário. Restou assentado também que, mesmo na hipótese de ter sido aplicada ao contribuinte multa de ofício qualificada de 150%, ainda assim, a partir do sexto ano, a opção pela sonegação apresentaria retorno maior do que o empréstimo bancário.

O presente estudo não tem a intenção de fomentar a litigância tributária ou a sonegação, pelo contrário, se presta como alerta de que os elevadíssimos índices das taxas de juros do sistema financeiro brasileiro, aliados às regras tributárias existentes e somados à morosidade tanto dos órgãos administrativos como também dos órgãos judiciais de solução de demandas tributárias, criam conjuntura preste de incentivos ao não pagamento e à litigância tributária como meio de financiamento privado.

Diante desse panorama, três providências poderiam desestimular esse comportamento estratégico dos contribuintes: 1) a diminuição do tempo de tramitação dos processos administrativos

e judiciais tributários; 2) o incremento das multas de mora, de ofício e de ofício qualificada; e 3) a igualação do índice de reajuste dos débitos tributários à taxa média de juros do mercado.

Das três alternativas acima relatadas, a que geraria menos distorções seria a diminuição do tempo de tramitação dos processos administrativos e judiciais tributários. As outras duas medidas, embora aumentem o encargo dos contribuintes que não recolherem seus tributos em dia e, por consequência, diminuam o retorno esperado de condutas estratégicas como as aqui estudadas, terminam por atingir, por exemplo, contribuintes que somente não recolheram seus tributos em razão de impossibilidade material (falta de recursos), ou por erro de interpretação da norma tributária.

Por fim, ressalte-se que a implementação de medidas no sentido de diminuir o tempo de resposta do aparelho estatal aos processos administrativos e judiciais tributários, além de diminuir o retorno esperado dos contribuintes que se utilizam da litigância e da sonegação como formas de financiamento, atuaria no sentido de incentivar a adimplência tributária, uma vez que fortaleceria a confiança da sociedade no aparelho de repressão estatal.

6. Referências

- Conselho Nacional de Justiça. (2010). *Justiça em Números 2010: Justiça Estadual*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf>. Acesso em 22 out. 2011.
- _____. (2011, mar). *100 maiores litigantes*. Brasília. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 23 out. 2011
- Cooter, R., & Ullen, T. (2010). *Direito e economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman.
- Holmes, S., & Sustain, C.R. (1999). *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company.
- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. (2011, abr 19) Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal: variações relevantes. In: *Comunicados IPEA*, n. 87. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_custounitario.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2011.
- Mises, L. von (1951). *Socialism: an economic and sociological analysis*. Alburn: The Ludwig Von Mises Institute.
- Paulsen, L. (2010) *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Ribeiro, R.N., & Bugarin, M.N.S. (2003). Fatores determinantes e evolução da economia submersa no Brasil. In: *Estudos Econômicos*, v. 33, n. 3. Disponível em: <<http://www.usp.br/estecon/index.php/estecon/article/view/365/122>>. Acesso em: 20 jun. 2011.
- Sant'ana, T.P., & Almeida, R. de. (2009) Encargo legal e honorários de sucumbência: Auditoria do FUNDAF. *Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional*. Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/s/galeria/publicacoes>>. Acesso em: 1 out. 2011.
- Santi, E.M.D. de (Coord.). (2009). *Relatório final NEF 2009: reforma do Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF)/CARF: excelência, celeridade e eficiência*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://invente.com.br/nef/files/upload/2011/05/19/relatorio-final-completo-nef-2009-v-1-0.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2011.

Sauter, N., & Winter, J. (2010). Do investors respond to tax reform? Evidence from a natural experiment in Germany. *Economics Letters*, n. 108, p.193-196.

Souto, J.C. (2005). *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

The Lectric Law Library. (1819). McCulloch v. Maryland. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/files/case15.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2010.