XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

ANDRE LIPP PINTO BASTO LUPI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Marcus Firmino Santiago; Andre Lipp Pinto Basto Lupi. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

As TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO, tema do presente Grupo de Trabalho, têm sido intensas e extremamente relevantes e abrangentes. Diferentes aspectos da vida social são afetados, diariamente, por intensas ondas renovatórias que lançam dúvidas sobre a qualidade e mesmo a capacidade dos sistemas regulatórios estatais tradicionais.

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018 na cidade de Porto Alegre, abriu espaço, mais uma vez, para intensos debates sobre estes temas, em um Grupo de Trabalho que contou com a presença de 25 pesquisadores, oriundos de quase todas as regiões brasileiras (estiveram representados os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Ceará, Paraíba, Paraná e Rio Grande do Sul, além de Brasília, em um total de 18 PPGDs).

A quantidade de artigos, todos submetidos previamente a avaliação cega, permitiu desenhar um panorama horizontal e abrangente acerca dos mais diversos temas concernentes ao universo das relações econômico-sociais. Ao mesmo tempo, primaram pela verticalidade, oferecendo análises profundas e reflexões acuradas que certamente permitirão aos leitores compreender as diferentes nuances que permeiam esta seara.

Nesta coletânea são encontrados textos que tratam de questões conceituais, como a importância da ação privada em complementação à atividade estatal e os riscos decorrentes da ausência de regulação específica; o problema da caracterização do ser humano como um ser consumidor, cuja exclusão do mercado implica a retirada de seu status de cidadania; ou a discussão sobre como incorporar um padrão global de governança de forma adequada à realidade nacional, com respeito às decisões soberanas de cada país. Também foi enfrentado o debate sobre a fragilidade do direito privado ante a despersonalização e a desterritorialização, realidade que fortalece os mercados e dificulta ao Direito o cumprimento de seu papel tradicional. Em linha semelhante, a preocupação com a mercantilização dos Direitos Humanos justificou a proposta de uma base jurídica mínima capaz de funcionar

como balizamento para que os agentes privados se autorregulem. Por fim, encontra-se um resgate histórico dos modelos econômicos predominantes no Século XX, estudo sempre relevante e necessário para que se compreenda a realidade presente.

Temas mais específicos ligados a questões regulatórias também são encontrados. A distribuição de gás canalizado deu ensejo a interessante debate quanto aos modelos de interpretação constitucional, na busca por redefinir a divisão de competências entre os entes federativos. Assunto semelhante suscitou outro debate, quanto às regras sobre compartilhamento de infraestrutura essencial, de modo a assegurar ampla concorrência e acesso a bens e serviços. O equilíbrio entre proteção à propriedade e seus fins sociais foi discutido à luz da celeuma que envolve a quebra de patentes de medicamentos. Já a sanidade financeira de sistemas de previdência foi o mote que justificou profícua discussão acerca dos mecanismos de governança.

Mídia e direito digital na sociedade da informação são temas que abrem margem a diferentes reflexões e de fato, foram contemplados por 5 artigos. A falta de controle sobre o 'big data' e o impacto no sigilo fiscal; o tratamento jurídico conferido às 'Startups' e o problema decorrente da tributação dos aportes de capital feitos pelos 'investidores anjo'; as possibilidades de regulação da atuação da mídia, em um estudo comparado com a legislação australiana; a ausência de regulação específica sobre os domínios virtuais pertencentes ao Brasil (o 'country top level domain'); e a questão das 'fake news' e o desafio de se pensar um modelo regulatório capaz de conter sua proliferação.

Fruto da revolução digital em curso, os aplicativos de transporte foram objeto de 3 estudos, que lançaram luzes sobre temas como os novos modelos de trabalho que surgiram e que seguem sem tratamento legislativo específico; a necessidade de pensar o modelo regulatório aplicável à luz de vetores interpretativos constitucionais; e os desafios para tornar o Direito efetivo no ambiente digital.

Relações econômicas e o direito regulatório possuem conexões evidentes com diferentes campos do saber jurídico e extrajurídico. Tendo isto em mente, 7 estudos trouxeram análises transdisciplinares de grande valor. A necessidade de estudos e reflexões sobre os potenciais impactos decorrentes de novas normas jurídicas, especialmente aquelas que interferem de modo tão amplo nos campos social e econômico; a busca por uma conexão entre os modelos regulatórios e as expectativas sociais, a demandar cuidado quanto aos potenciais impactos decorrentes da adoção de novos marcos regulatórios; a responsabilidade civil do Estado por intervenção no domínio econômico, inclusive em vista de atos lícitos; a tributação como instrumento regulatório, indutor ou inibidor de comportamentos sociais; a responsabilidade

social das empresas e o tratamento do tema no âmbito da Organização dos Estados Americanos - OEA; e o uso do Poder Judiciário como uma instância por meio da qual é possível viabilizar a participação popular no processo de atuação das agências reguladoras, levando a elas demandas individuais e coletivas. Enfim, probidade administrativa e desenvolvimento sustentável foram conectados em uma proposta para inserir este elemento no rol a ser valorado a fim de definir parâmetros de conduta para a Administração Pública.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF /

Prof. Dr. André Lipp Pinto Basto Lupi - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TRIBUTAÇÃO COMO MECANISMO DE REGULAÇÃO E ECONOMIA COMPORTAMENTAL.

TAXATION AS A MECHANISM OF REGULATION AND BEHAVIORAL ECONOMICS.

Eurico Moreira Da Silva Junior
Luciana Silveira Ardente

Resumo

A atuação regulatória do Estado busca corrigir falhas de mercado, direcionando a atividade privada no sentido do interesse público. Este artigo pretende analisar a utilização da tributação como mecanismo de intervenção do Estado na economia sob a ótica da economia comportamental. A tributação, por meio de sua função extrafiscal, possui a capacidade de induzir o comportamento do agente privado desejado pelo Estado para além da sua função arrecadatória. Assim, a extrafiscalidade pode ser debatida em um contexto de arquitetura de escolhas visando o incentivo do comportamento dos agentes econômicos em busca do bem-estar comum.

Palavras-chave: Regulação, Tributação, Intervenção, Indução, Economia comportamental

Abstract/Resumen/Résumé

The State's regulatory action seeks to correct market failures to direct the private activity towards the public interest. This paper intends to analyze the use of taxation as a mechanism of intervention of the State in the economy from the point of view of the behavioral economy. Taxation, by means of its extra-fiscal function, has the capacity to induce the behavior of the private agent desired by the State beyond its collection function. Thus, extrafiscality can be discussed in an architecture context of choices aimed at encouraging the behavior of economic agents in favor of the common good.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulation, Taxation, Intervention, Induction, Behavioral economy

1 INTRODUÇÃO

O Estado detém poderes constitucionalmente atribuídos de incentivar ou restringir o comportamento de agentes privados, para promover o bem público pela limitação da liberdade, do interesse e da propriedade. Para isto, o Estado dispõe de uma série de instrumentos de intervenção na economia, com o objetivo de produzir um resultado socioeconômico desejado. Um dos principais mecanismos de intervenção é através da legislação. Embora exerça o poder de coerção por meio de normas jurídicas, o Estado também pode utilizar-se de mecanismos normativos para induzir comportamentos, dentre os quais se encontram as normas tributárias.

O tributo, como obrigação legal, constitui para cada pessoa um dever jurídico de contribuir com parcela de seu patrimônio para suprir os cofres públicos. Isto representa um sacrifício financeiro suportado pelo particular de satisfazer as despesas necessárias ao Estado para implementar as políticas públicas demandadas pela sociedade. O Estado, contudo, não necessita de recursos financeiros somente para cobrir suas despesas de administração. Além da arrecadação de recursos financeiros, o tributo desempenha também funções outras, como aquela direcionada ao incentivo de determinados comportamentos capazes de produzir resultados econômicos pretendidos pelo Estado. Esta função presente no Direito Tributário, denominada extrafiscalidade, representa um mecanismo de intervenção indireta do Estado para incentivar certas condutas, concedendo aos agentes, todavia, margem de escolha. O Estado, assim, tanto pode impor ou elevar a carga tributária como pode suprimir ou diminuir o ônus fiscal para motivar uma atitude naquele que foi onerado ou favorecido, constituindo um meio de intervir na vida social e econômica.

A atuação estatal por meio da regulação não deve ser um obstáculo ao crescimento econômico, mas direcionada ao estimulo de um determinado comportamento por meio da norma tributária, o que decorre de um processo de escolha de quais agentes privados estão mais propensos ao apoio governamental e de quais circunstâncias requerem uma intervenção estatal em termos de regulação no âmbito econômico.

O problema que se propõe no presente trabalho é investigar se a tributação através de sua função extrafiscal pode ser utilizada pelo Estado como um mecanismo de intervenção indireta na economia por meio de incentivos a comportamentos dos agentes privados. Isto compreende analisar se a regulação, por meio de normas tributárias, é capaz de produzir os estímulos econômicos almejados com base em uma simplificação na tomada de decisão.

Torna-se relevante compreender como os agentes econômicos fazem suas escolhas diante da tributação com que se pretenda um resultado econômico, permitindo realizar um juízo sobre a conveniência da utilização de determinado ato regulatório e da política pública implementada. Neste contexto, busca-se avaliar os mecanismos para viabilizar a correção tempestiva de falhas de mercado e de governo. As pessoas normalmente aproveitam as oportunidades de tornar sua própria situação socioeconômica melhor, os incentivos podem mudar o comportamento das pessoas. Impende ponderar se o Estado, ao promover uma intervenção econômica, deve determinar comportamentos e proibir condutas ou, com base em uma compreensão mais profunda do comportamento humano, melhorando a exatidão das previsões e da tomada de decisão e integrando as descobertas de outras ciências sociais na elaboração de políticas públicas, deve respeitar a autonomia individual sem impor tais restrições. Isto traz à luz o fato de que tributo é capaz de influir no comportamento dos agentes privados, devendo ser a escolha pública do Estado orientada de modo eficaz no sentido de que a atuação estatal seria realizada a partir de uma visão que permita às pessoas tomarem decisões melhores de forma simples e intuitiva.

O objetivo geral do estudo é possibilitar um juízo crítico sobre a tributação como um mecanismo de intervenção do Estado na economia. Especificamente, objetiva-se investigar de que forma é cabível a atuação estatal de intervenção na economia por meio de aplicação de tributos de natureza extrafiscal, analisar como modelos baseados em caracterização do comportamento humano permitem o uso do tributo como mecanismo de intervenção indireta do Estado, bem como compreender de que modo essa atuação pode produzir os efeitos desejados na economia, possibilitando a correção de falhas e um equilíbrio do mercado.

A relevância do estudo se baseia na importância que a tributação em sua natureza extrafiscal se apresenta como mecanismo de estímulo na economia, permitindo ao poder público regular e fomentar a economia, estabelecendo os lindes e os efeitos perquiridos em prol de uma economia mais centrada no bem público e no desenvolvimento social e econômico do país. A metodologia para a elaboração deste artigo se funda em uma pesquisa qualitativa, descritiva, indutiva e exploratória, por meio da interpretação de documentos e textos de doutrina nacional e estrangeira.

2 O DIREITO E A ECONOMIA

O direito e a economia se aproximaram ao longo do tempo devido ao aumento da complexidade surgida na sociedade moderna. Compreender as relações existentes entre esses

dois saberes humanos, que condicionam e influenciam a vida das pessoas, torna possível analisar a influência que um produz sobre o outro, com a finalidade de se alcançar soluções para diversas as questões enfrentadas pela sociedade. O estudo da economia e do direito, neste aspecto, admitem uma complementaridade, contribuindo para uma aproximação das regras jurídicas à realidade econômica.

Em artigo publicado em 1897, o *Justice* Oliver Holmes da Suprema Corte Norte-Americana afirmou que, no estudo racional da lei, o jurista do futuro deveria ser um conhecedor da matemática e um mestre da economia[1]. Com o mesmo ponto de vista, o *Justice* Louis Brandeis pontuou a insatisfação com o direito pelo fato de não acompanhar o desenvolvimento dos ideais político, econômico e social[2].

Economistas e juristas, no entanto, por muito tempo estiveram situados em mundos distintos. Essa questão foi objeto de observação de George Stigler (1992, p. 462-463) ao mencionar que, se a eficiência representa o problema fundamental de economistas, a justiça é o farol orientador dos professores de direito. Isto não significa que o economista não acredita em justiça, porquanto a economia do bem-estar trata de justiça em demasia. Todavia, uma disciplina que tem por finalidade explicar a vida econômica, e o comportamento racional, possui uma grande diferença com relação a uma disciplina que pretende alcançar a justiça na regulação de todos os aspectos do comportamento humano.

Os sistemas econômico e jurídico, no entanto, se encontram conectados ao sistema político democrático, de maneira que, na realidade, esses sistemas possuem uma relação estreita. O jurista foi capaz de entender que, para melhor atuar em sua área, necessita de conhecimento de ciência econômica.

Robert Cooter e Thomas Ulen (2014, p. 2-3) consideram que a economia transformou o estudo acadêmico jurídico, o entendimento comum entre regras e instituições jurídicas, bem como forneceu uma teoria comportamental para prever como as pessoas respondem às leis. Ao cogitarem que sanções se assemelham a preços, os autores reconhecem que a economia concedeu uma teoria para prever os efeitos das sanções jurídicas sobre o comportamento humano, na qual as pessoas respondem a preços mais altos ao consumir menos do bem mais caro, como também respondem por sanções jurídicas mais severas, praticando menos atividade sancionada.

---

[1] Holmes disse que "*for the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics*" no artigo *The Path of the Law* escrito na revista *Harvard Law Review* (1897, p. 469).

[2] Afirmou Brandeis, no artigo *The Living Law* publicado em *Illinois Law Review*, que "*has not the recent dissatisfaction with our law as administered been due, in large measure, to the fact that it had not kept pace with the rapid development of our political, economic and social ideals?*" (1916, p. 463).

A teoria econômica tem como premissa fundamental o fato de que as pessoas escolhem para otimizar com base em expectativas racionais (THALER, 2015, p. 20). A economia trata de como os indivíduos, as empresas, o governo e outras organizações da sociedade fazem suas escolhas e como essas determinam o uso mais eficiente de seus recursos pela sociedade (STIGLITZ; WALSH, 2006, p. 6). A eficiência econômica, que representa uma medida abrangente de benefícios públicos que incluem os lucros das empresas, o bem-estar dos consumidores e os salários dos trabalhadores, surge como outro fator importante, tendo em vista que a lógica de maximizar eficiência é semelhante à lógica de maximizar lucros e que um bom sistema legal mantém a rentabilidade dos negócios e o bem-estar das pessoas alinhadas de modo que a busca de lucros também beneficia o público (COOTER; ULEN, 2014, p. 4).

Adam Smith (2004, p. 275) compreendeu que as pessoas reagem a regras e ao direito de uma forma particular ao considerar a sociedade humana como um tabuleiro de xadrez, onde cada peça se movimenta a partir de um princípio de movimentação próprio, diferente daquele que a mão do legislador escolheria impor. Esta visão se baseia no fato de que uma regra jurídica não controla diretamente o comportamento das pessoas, que agem de acordo com as suas convicções, mas o faz apenas em relação às consequências de suas ações. Uma alteração da regra conduz o individuo a considerar se deve ou não modificar seu comportamento e em que direção. Entender o direito, portanto, requer a compreensão de que as pessoas possuem liberdade para reagir conforme seu próprio juízo, e não somente no sentido desejado pelo legislador (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 5-6).

A liberdade de escolha dos agentes econômicos no mercado possui fundamental relevância no contexto da utilização de instrumentos jurídicos na condução estatal das escolhas públicas capazes de produzir resultados na economia. Cabe ao Estado, assim, promover uma atuação em busca do bem-estar comum, do desenvolvimento socioeconômico da coletividade.

3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E REGULAÇÃO

O Estado dispõe de um conjunto de instrumentos de intervenção na economia. Um dos principais mecanismos de intervenção é o que se opera por meio da norma jurídica[3]. Por meio

[3] Eros Grau (2008, p. 239) conceitua norma jurídica da seguinte forma: "*Isto posto, conceituaremos a norma jurídica como o preceito, abstrato, genérico e inovador — tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados — que se integra no ordenamento jurídico*".

de medidas legislativas, o Estado determina, controla ou influencia o comportamento de agentes econômicos, com o intuito de afastar os efeitos desse comportamento que sejam lesivos de interesses públicos, para orientá-los em direções socialmente desejáveis.

Com o uso dos poderes constitucionalmente atribuídos, o Estado impõe sobre as pessoas o seu poder de regular, para promover o bem público pela limitação da liberdade, do interesse e da propriedade. Através do poder de regular, o Estado pode estabelecer regras e governar ao lançar mão dos meios necessários para impedir, restringir ou favorecer pessoas e situações, mas, sobretudo, intervir na vida social para organizar a sociedade. Esta intervenção, no controle da economia, é realizada pelo Estado por meio de seu poder impositivo (NOGUEIRA, 1995, p. 181-184).

Distingue Eros Grau (2010, p. 91-94) o campo dos serviços públicos, típico da atuação estatal, do campo da atividade econômica, próprio do setor privado. Quando presta serviço público, ou regula esta prestação, o Estado não estaria praticando intervenção, pois, neste caso, atua na esfera de titularidade própria. A intervenção, de modo diverso, traduz a atuação estatal em área do setor privado. O referido autor apresenta três tipos de intervenção estatal na economia: a intervenção por absorção ou participação, quando o Estado participa diretamente de certa atividade econômica; a intervenção por direção, quando o Estado impõe comportamentos desejados; e a intervenção por indução, quando o Estado estimula ou desestimula determinados certos comportamentos, sem imposição.

Neste aspecto, a regulação não deve ser confundida com a simples intervenção na economia, tendo em vista que, apesar de regulação implicar em intervenção, aquela é mais precisamente entendida como um processo pelo qual a ordem é alcançada em uma área que mostrou uma propensão à desordem em uma extensão que exige atenção (CLARKE, 2000, p. 2). A atuação reguladora compreende o desempenho, conforme impõe a Constituição, das funções de incentivo e planejamento, bem como reclama também fiscalização (GRAU, 2010, p. 107).

A respeito da regulação econômica, George Stigler (1971, p. 3), no artigo *The Theory of Economic Regulation*,[4] afirma que o Estado constitui uma fonte potencial de recursos ou ameaças da atividade econômica na sociedade e tem o poder de impor ou obstar um comportamento do particular, ajudando ou prejudicando os agentes privados. A regulação econômica possui como funções primordiais justificar aqueles que vão receber os benefícios

[4] No seu artigo, George Stigler se opõe à tese do interesse público como justificativa da regulação nos Estados Unidos como sendo necessária para corrigir as falhas de mercado.

ou suportar os ônus regulatórios, bem como quais formas a regulação terá e que efeitos acarretará sobre a alocação de recursos.

A regulação pode ser compreendida como um conjunto específico de regras e comandos a serem aplicadas por um órgão governamental criado para esse propósito, como influência deliberada do Estado para induzir o comportamento econômico ou social (v. g., com o uso de incentivos econômicos) e como qualquer forma de influência social ou econômica, onde os mecanismos que afetam o comportamento podem ser realizados não apenas pelo Estado, mas por uma série de outros agentes (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p. 2-3). A regulação pode ser entendida, por outro lado, como as políticas públicas que limitam as ações dos agentes privados, que também podem ser públicos em alguns casos, e regras visando direcionar o mercado para uma competição justa baseada no aperfeiçoamento da qualidade de bens e serviços (PÓ, 2007).

A regulação, como modalidade de atuação estatal sobre a economia, tem a finalidade de corrigir falhas de mercado, quando os agentes econômicos agem de modo prejudicial da perspectiva coletiva, tais como as externalidades resultantes das relações econômicas do mercado, as assimetrias de informação e o surgimento de monopólios naturais. Limita a esfera de liberdade do agente econômico por meio de uma decisão estatal que impõe escolhas e faz restrições, no intuito de alcançar determinados resultados. A regulação pode, assim, tornar-se tanto restritiva do comportamento para evitar certas atividades indesejáveis ou quanto facilitadora de um comportamento esperado.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 129) compreende a intervenção regulatória como a imposição estatal por norma legal de prescrições positivas e negativas acerca da prática de atividades econômicas ou sociais, privadas, no intuito de dar primazia aos interesses públicos. O autor diferencia a intervenção regulatória de duas formas, uma, em sentido amplo, concebida como a imposição de comportamentos por lei em prol do interesse público, baseada na atividade ordinária do legislador, e outra, em sentido estrito, não impositiva, leve, que pretende tomar em conta uma gama de interesses conflitantes de um determinado setor sensível[5].

[5] Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 131) faz referência aos sentidos amplo e estrito de intervenção regulatória: "Com efeito, sublinhe-se por clareza: as normas reguladoras não se destinam nem a definir nem a impor imperativamente qualquer espécie de interesse público nas relações interprivadas, mas apenas a harmonizá-lo com todos os demais interesses juridicamente relevantes e protegidos referidos a determinados setores das atividades econômicas e sociais que foram legalmente identificados como sensíveis. [...] Portanto, diferentemente dos quatro tipos tradicionais de intervenções estatais ditas fortes [intervenção regulatória; intervenção concorrencial; intervenção monopolista e intervenção sancionatória], caracterizados pela imposição à *outrance*, de um interesse específico predefinido pelo Estado como público (mesmo que, em tese, não venha a ser materialmente um interesse real e legítimo da sociedade), essa nova técnica de intervenção reguladora surge

Por outro lado, há duas formas básicas de regulação baseando-se nos objetos a que elas se referem: a social e a econômica. A regulação econômica trata de assegurar o funcionamento adequado dos mercados, como prevenção de monopólios, definição de tarifas e taxas de retorno de serviços públicos em mãos privadas, das regras de entrada e saída em determinados mercados (v. g., de seguros, financeiro, etc.). A regulação social, por sua vez, trata de questões como assimetrias de informação e externalidades negativas, em áreas como meio ambiente, proteção do consumidor, segurança do trabalho, entre outras. Ambas as formas de regulação acarretam consequências às empresas privadas sujeitas a elas (PÓ, 2007).

Desse modo, o Estado pode intervir na seara econômica por intervenção direta, quando atua como agente econômico e explora a atividade econômica diretamente pelo regime de concorrência com a iniciativa privada ou de monopólio[6], ou por intervenção indireta, quando age como agente normativo e regulador da economia, nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento[7].

Quando realiza a intervenção de modo indireto, mediato, por indução, o Estado manipula os mecanismos de intervenção de acordo com as leis que regem o funcionamento dos mercados, configurada na forma de normas dispositivas, não cogentes. Ao destinatário da norma fica aberta a possibilidade de não seguir à prescrição nela veiculada, porém, caso a adote, estará juridicamente vinculado pelas prescrições relativas aos benefícios decorrentes dessa adesão, o que lhe resulta condições favoráveis de participação naqueles mercados (GRAU, 2010, p. 147-148).

Esta indução, contudo, às vezes não se expressa em termos positivos, podendo, como no caso de importação de determinados produtos, por exemplo, onerar por elevado imposto a prática de certo comportamento, o que torna a indução, assim, negativa. Neste sentido, a norma não veda a importação desse bem, mas a torna economicamente proibitiva (GRAU, 2010, p. 149). A intervenção indireta, então, se utilizando da função de extrafiscalidade para estimular o comportamento dos agentes econômicos, é a forma de intervenção a que se refere o presente trabalho.

---

como uma modalidade interventiva leve, que se realiza pela imposição administrativa ao conflito, seja latente ou deflagrado, de decisões pragmáticas e ponderadas, nas quais são motivadamente considerados todos os interesses em jogo, o que inclui, por certo, os interesses públicos".

[6] A Constituição de 1988, no seu artigo 173, *caput* e § 1º, dispõe que: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços."

[7] A Constituição de 1988, no seu artigo 174, estabelece que: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

4 A TRIBUTAÇÃO COMO MECANISMO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

A regulação e tributação são mecanismos políticos que podem ser empregados para influenciar o comportamento individual ou empresarial com a finalidade de promover os objetivos da sociedade. Em busca do bem comum, o Estado deve atuar no sentido de proporcionar o desenvolvimento econômico e social e assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça[8].

O Estado é detentor de um recurso básico conhecido por poder de coação. Com esse poder, o Estado pode, independentemente de consentimento, apropriar-se do dinheiro do particular utilizando o mecanismo da tributação, por meio das leis de uma sociedade (STIGLER, 1971, p. 4). O instrumento fundamental de intervenção do Estado na economia é, neste sentido, o Direito Tributário, dada sua natureza instrumental a serviço de uma política com finalidades específicas econômico-sociais (BECKER, 2010, p. 636-638).

À medida que a intervenção do setor público tornou-se mais generalizada e efetiva, um conjunto de estímulos fiscais passaram a ser utilizados por países desenvolvidos no interesse do crescimento econômico (RENDUELES, 1970, p. 57).

A tributação possui um papel importante para incentivar ou inibir comportamentos dos particulares, conforme seja o propósito estatal, como também de promover o desenvolvimento social e econômico, principalmente através de sua perspectiva de extrafiscalidade. Embora o Estado não descuide da motivação arrecadatória, a norma tributária com função extrafiscal possui o objetivo de estimular atividades privadas alinhadas com o interesse público, na forma de exoneração tributária ou favorecimento do contribuinte (CORREIA NETO, 2016, p. 132).

Segundo Alfredo Augusto Becker (2010, p. 632), a regra jurídica promove uma alteração do curso espontâneo dos fatos sociais, impondo um comportamento almejado pelo legislador como essencial ao bem comum, constituindo um instrumento para o intervencionismo estatal. Pontua o citado autor que, para impedir ou desestimular dada conduta social, o Estado pode criar uma regra tornando tal fato ilícito ou, de outro modo, instituir um tributo extrafiscal, como modo indireto de intervenção estatal, constituindo o tributo um objetivo secundário, porque o Estado almeja um reflexo econômico-social resultante da incidência tributária (BECKER, 2010, p. 634-635).

---

[8] A Constituição de 1988, em seu art. 3º, estabelece os seguintes objetivos fundamentais da República: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

As funções fiscal e extrafiscal se diferenciam, porém coexistem. A fiscal destina-se a suprir os cofres públicos de recursos financeiros para dar conta das despesas necessárias à consecução das diversas atividades estatais. A extrafiscal representa uma atuação onde a finalidade arrecadatória não está em primeiro plano, cuja principal intenção do legislador não está puramente vinculada à questão fiscal, mas direcionada ao incentivo de certos comportamentos desejados do particular capazes de repercutir na esfera econômica do país.

No entanto, embora a tributação extrafiscal tenha se tornado importante economicamente, esta jamais terá prevalência sobre a tributação fiscal. Na construção jurídica de cada tributo, ambas as funções coexistirão, diferenciando-se somente pela preponderância em um ou noutro sentido, para melhor determinar o equilíbrio econômico-social do orçamento (BECKER, 2010, p. 639-640).

A instituição de tributos ambientais possui a finalidade de orientação dos comportamentos de indivíduos e empresas no sentido da defesa ambiental, que também confere suporte financeiro à ação do Estado em matéria de proteção do ambiente. A conjugação de um modelo de incentivo de comportamentos ecológicos por meio de benefícios fiscais ou de inibição através de imposição de tributos ambientais trariam, de algum modo, a reparação dos danos ecológicos por quem os provoca (NABAIS, 2012, p. 201).

A Constituição, quando define a competência tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atribui a cada um dos entes federados o poder de instituir seus próprios tributos, os quais serão exigíveis das pessoas que se vincularem à ocorrência concreta de determinadas situações (AMARO, 2010, p. 174). Cada ente da Federação exerce sua autonomia pela percepção de sua própria receita financeira por meio de sua competência constitucionalmente outorgada para tributar. O poder tributário é expressão do poder político do Estado, um produto do poder constituinte como manifestação da soberania estatal, cujo exercício, por outro lado, deve observar as limitações contidas na própria Constituição.

A competência tributária significa a faculdade de exercer o poder tributário, consistindo, ao mesmo tempo, em uma autorização e limitação constitucional para o exercício do poder tributário (BORGES, 1969, p. 26-27). É uma aptidão para instituir tributos, definindo a sua hipótese de incidência através de lei, ou seja, a competência tributária é o poder de instituir tributos por meio de lei (COSTA, 2001, p. 57).

Como obrigação *ex lege* baseada no princípio constitucional da legalidade tributária,[9] a imposição tributária pelo Estado reúne três características: arrecadar, fiscalizar e executar a legislação tributária, que compreende desde efetuar o lançamento até proceder ao processo administrativo fiscal, bem como inscrever em dívida ativa, promover execução fiscal, discutir em juízo, tudo na qualidade de sujeito ativo.

O ente federado, ao instituir tributo por lei, define certos aspectos que determinam o quanto devido, onde pagar, quando pagar, quem e a quem deve pagar e qual situação ou conduta objetiva legalmente prevista e economicamente relevante impõe pagar. É dizer, o Estado determina os aspectos quantitativo, espacial, temporal, pessoal e, principalmente, o aspecto material da obrigação tributária (COÊLHO, 2000, p. 117). A tributação tem a finalidade, portanto, de arrecadar recursos que formam, assim, a base financeira estatal para fazer frente a gastos públicos necessários para a consecução de suas atividades fins.

Num contexto onde o particular sofre a imposição de tributação pelo Estado para que este financie suas atividades, as ideias de liberdade e tributo se conectam e estão em constante interação. O tributo constitui uma garantia da liberdade na medida em que possui a aptidão de destruí-la (TORRES, 2005, p. 59),[10] ou seja, o tributo consiste em um sacrifício do patrimônio do cidadão para com o Estado, que lhe garante a liberdade de exercício de seus inerentes direitos. Por afetar a liberdade das pessoas disporem livremente da sua propriedade, encontra-se sedimentada a ideia de que os tributos não deviam ser exigidos sem o consentimento dos seus destinatários,[11] expresso através de seus representantes (NABAIS, 2012, p. 321).

O tributo, neste sentido, alcança dois valores que especialmente caros para todos os indivíduos em sociedade, que são a liberdade e a propriedade, ambos consagrados na Constituição de 1988 com o *status* de direitos fundamentais tidos como invioláveis[12]. A lei de incidência tributária, então, possui um duplo objetivo, de acordo com sua preponderância. Caso o interesse principal seja prover a entidade arrecadadora de recursos, o tributo tem uma finalidade fiscal. Por outro lado, caso a intenção não seja de simples arrecadação e geração de receita, mas estimular ou desestimular certos comportamentos do particular, por razões

---

[9] A Constituição de 1988, no seu artigo 150, determina que: "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

[10] A citação "*o poder de tributar é o poder de destruir*" foi proferida pelo *Justice* John Marshall no caso *Maryland v. McCulloch* (1819), fazendo surgir o princípio de que os órgãos da União não podiam ser atingidos pelos Estados, assegurando-lhes os denominados "poderes implícitos".

[11] À luz da concepção anglo-americana "*no taxation without representation*", é conferido aos cidadãos somente o dever de pagarem impostos criados por um parlamento democraticamente legitimado.

[12] A Constituição de 1988 dispõe, no seu artigo 5º, que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

econômicas ou sociais, o tributo tem uma finalidade extrafiscal ou regulatória, que pode ser em maior ou menor grau (AMARO, 2010, p. 110-111). Neste ponto, é pertinente enfatizar que o tributo de finalidade extrafiscal se distingue de sanção por ato ilícito. Enquanto a sanção busca impedir ou desestimular diretamente um ato que a lei proíbe, o tributo extrafiscal visa a impedir ou desestimular, indiretamente, um ato que a lei permite, pois, à luz do art. 3º do Código Tributário Nacional[13], tributo não configura sanção a ato de ilícito.

Assim, além da mera função de arrecadação de recursos financeiros para o Estado, o tributo serve, também, como mecanismo de regulação das atividades desenvolvidas pelo particular, tendo em vista que muitas vezes verifica-se inadequado ou ineficaz o rumo dos comportamentos econômicos e sociais, tornando-se necessário lançar mão de estímulos e limitações de natureza fiscal (ELALI, 2007, p. 102). Para balancear as relações sociais e econômicas, o Estado pode promover atividades econômicas diretamente, embora no Brasil este modo de atuação seja exceção[14], ou simplesmente exercer sua regulação de maneira indireta, através da extrafiscalidade para estimular o comportamento dos agentes econômicos.

5 O COMPORTAMENTO DOS AGENTES CONDICIONADO PELA TRIBUTAÇÃO

A tributação imposta pelo Estado é um dever jurídico e acarreta, sob o ponto de vista prático, um ônus financeiro ao particular, que abre mão de parte de sua propriedade em favor de toda a coletividade. O cumprimento da obrigação tributária torna-se, assim, uma medida de sacrifício para cada indivíduo na sociedade, pois lhe cabe destinar parte de seu patrimônio ao realizar uma contribuição pecuniária para arrecadação aos cofres públicos. Com essa arrecadação, busca-se gerar recursos financeiros necessários para promoção das atividades estatais de interesse social, almejando o bem-estar das pessoas ou qualquer outro objetivo prol do bem comum.

A regulação econômica possui como funções primordiais justificar aqueles que vão receber os benefícios ou suportar os ônus regulatórios, bem como quais formas a regulação assumirá e quais efeitos podem ser produzidos sobre a alocação de recursos. As regras de regulação podem causar efeitos onerosos aos agentes regulados. Isto ocorre, por exemplo, com a tributação diferenciada sobre certos produtos industrializados, bebidas alcóolicas. Essas

[13] Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, artigo 3º: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".
[14] Vide artigo 173 da Constituição de 1988.

regras de tributação muito onerosa podem ser utilizadas para proteção ou benefício (STIGLER, 1971, p. 2-3).

O tributo, *a priori*, se reveste de um caráter de perda financeira, o que causa uma reação no particular no sentido de sua rejeição, quando não é perceptível o retorno, de modo claro e direto, em forma de bem-estar e benefícios que esse sacrifício patrimonial provoca ou, sob uma ótica mais inquietante, quando os detentores do poder demonstram desperdício ou dilapidação do patrimônio público. Existe, neste sentido, uma posição corrente de que o tributo exerce um efeito social negativo e, como regra jurídica, representaria uma norma de rejeição social (MARINS, 1998, p. 406).

Considerar a lei tributária sob a mera concepção de rejeição social, sobretudo por conta da ideia de uso inapropriado ou malversado dos recursos públicos arrecadados, perpassa uma noção insuficiente sob o aspecto comportamental que uma perda financeira causa, assim como significa ver este fenômeno somente pela dimensão sociológica tributária. Essa visão de justificar a tributação pela utilidade ou benefício que os indivíduos obtêm da existência e funcionamento do próprio estado foi característica do Estado Liberal. Por não ser possível conhecer o benefício que cada indivíduo recebe dos bens públicos, foi se generalizando e consolidando a noção de capacidade contributiva, baseada no sacrifício manifestado por meio da renúncia à satisfação esperada pela tributação (NABAIS, 2012, p. 450-452).

Surge, assim, a concepção de tributo como um dever fundamental, sob a orientação da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade de grupo, com a finalidade, principal ou acessória, de obtenção de receitas destinadas a suportar os gastos essenciais às despesas relacionadas com as atividades específicas do Estado, que é exigível daquele que realiza o fato descrito em lei elaborada conforme a competência outorgada pela Constituição (TORRES, 2011, p. 374-375). E os deveres fundamentais, segundo a definição de José Casalta Nabais (2012, p. 64), são aqueles deveres jurídicos que, ao estabelecerem a posição fundamental do indivíduo, possuem um especial significado para a comunidade, podendo ser exigidos por esta.[15]

As compreensões da tributação como uma norma de rejeição social ou como um dever fundamental de índole constitucional, baseado na solidariedade, contudo, não leva em

[15] Nabais concebe como dever fundamental especificamente pagamento de imposto, espécie não vinculada a qualquer atividade estatal específica e que se funda na solidariedade social. As taxas e contribuições, em virtude de sua referibilidade, são espécies não contempladas neste conceito, por requererem uma atuação estatal específica para a sua instituição. Para Geraldo Ataliba (1999, p. 129), taxas e contribuições são definidos como tributos vinculados, pois o aspecto material da hipótese de incidência consiste em uma atuação estatal, possuindo, portanto, referibilidade, ou modo de conexão entre os aspectos material e pessoal. Assim, conforme a atuação estatal esteja referida direta ou indiretamente ao obrigado, tem-se, respectivamente, taxa ou contribuição.

consideração o comportamento do indivíduo diante a obrigação tributária, ainda que procurem elucidar sociológica ou politicamente porque alguém evita ou motiva alguém a pagar tributos. Torna-se necessário uma abordagem que se ampare na relevância do elemento humano.

Para Richard Thaler (2015, p. 24-25), pesquisador do campo da economia comportamental, a teoria econômica tem preferido suportar alguns riscos ao romper com os modos tradicionais de fazer economia para se apoiar em modelos baseados na caracterização mais precisa do comportamento humano. Como isso, é possível melhorar a exatidão das previsões e da tomada de decisão, integrando as descobertas de outras ciências sociais na elaboração de políticas públicas. Pontua o autor que as empresas estão cada vez mais cientes da necessidade de uma compreensão mais profunda do comportamento humano, uma vez que, aliás, são dirigidas por seres humanos, assim como também o são seus empregados e clientes.

Daniel Kahneman (2012) aponta para o conceito de aversão à perda como a contribuição mais significativa da psicologia à economia comportamental no contexto de modelo de dois sistemas de mente, onde os indivíduos são impelidos mais intensamente a evitar perdas do que a obter ganhos. Identifica o autor dois "sistemas" distintos que utilizamos na tomada de decisões, o sistema 1, rápido e intuitivo, onde decisões são mais automáticas e menos ponderadas, e o sistema 2, lento e racional, que calcula e baseia suas decisões baseado em fatos, dados e memórias, e como os dois sistemas funcionam e se relacionam entre si.

Diante da consideração de que as pessoas detestam perdas e de que a infelicidade resultante da perda é duas vezes maior do que a alegria proporcionada pelo ganho desta idêntica coisa, a aversão à perda constitui um intenso desejo de manter a situação inalterada, funcionando como uma espécie de cutucão cognitivo, que pressiona a não promover mudanças, ainda que se esteja interessada nela. Uma consequência da aversão à perda é a preferência pelo *status quo*, pelo qual as pessoas têm a tendência de preferir as escolhas feitas e manter sua situação atual (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 36-37).

A aversão a perdas e o *status quo* constituem vieses cognitivos que permitem a compreensão de como as pessoas podem fazer uma escolha ao ser apresentada às perdas que serão sofridas ao invés dos ganhos ou se manterem em uma determinada posição ainda que desvantajosas. Isto confere um importante apoio ao processo de escolha racional, que pode influir na tomada de decisão a partir de um incentivo de natureza tributária. O estímulo a um específico comportamento do particular por meio de uma lei tributária, seja de imposição ou de benefício fiscal, pode ser determinado através da aversão à perda e ao *status quo* que as pessoas percebem em cada contexto.

Torna-se relevante compreender como os agentes econômicos fazem suas escolhas diante da tributação com que se pretenda um resultado econômico, permitindo realizar um juízo sobre a conveniência da utilização de determinado ato regulatório e da política pública implementada. Isto demanda ao Estado a tarefa de, além de eleger situações e agentes de receber incentivos de natureza tributária, identificar quais os modos de promover esses incentivos e se estas medidas produzem os resultados desejados pelo Estado.

Em um contexto voltado ao comportamento das pessoas, que o Estado pretende estimular, Richard Thaler e Cass Sunstein (2009, p. 104-105) assinalam que arquitetos de escolha devem encaminhar as pessoas para direções que talvez não escolhessem previamente, o que consiste em ajudar as pessoas a aprenderem para que, posteriormente, tomem decisões melhores. Neste aspecto, devem os arquitetos de escolhas pensar sobre uma análise comportamental de incentivos ao projetar um sistema.

A ideia é que o estímulo seja coerente com a ação pretendida, visto que os desenhistas necessitam levar em conta que os utilizadores de seu objeto são seres humanos que corriqueiramente enfrentam uma gama de escolhas. As escolhas que se pretende influenciar exige que se tenha uma boa compreensão do comportamento humano e garantir que o sistema 1 não se confunda (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 88-89).

A arquitetura de escolha permite que o Estado, em vez de impor ou proibir comportamentos, crie incentivos comportamentais por meio da tributação como um mecanismo de intervenção na economia. Para tanto, o Estado deve examinar o que funciona ou não na tomada de decisão, principalmente, nas áreas que reputa essenciais à regulação estatal. Para tanto, cumpre ao Estado atentar para os vieses cognitivos revelados pelas ciências comportamentais e estabelecer um desenho de políticas públicas regulatórias baseado em evidências e resultados mensuráveis ao longo do tempo (FREITAS, 2016, p. 96).

O modelo de tomada de decisão na teoria econômica é baseado em escolhas que leve ao melhor resultado possível, mas nem sempre as pessoas são racionais na tomada de decisões (KRUGMAN; WELLS, 2015, p. 211). Isto ocorre porque a teoria da escolha racional utilizada em Economia enxerga um ser humano com conhecimento claro e ilimitado, o que, na verdade, está distante da realidade, pois que nem sempre está capacitado a fazer a melhor escolha em situações de risco ou de incerteza. Neste aspecto, a racionalidade limitada no processo de tomada de decisão produz no ser humano uma busca por simplificação, que ocorre por meio do que se chama em ciência comportamental de heurísticas. Daniel Kahneman (2012, p. 10-14), através de experimentos comportamentais, percebeu que as pessoas, ao enfrentarem uma decisão difícil, faziam uso de uma heurística simplificadora, de

uma regra de bolso ou "regra de polegar" (*rule of thumb*). Contudo, essa confiança nessa heurística produzia na sua previsão vieses – aqueles erros sistemáticos que, em circunstâncias particulares, se repetem de forma previsível. As pessoas têm confiança em suas crenças e preferências intuitivas, o que, em geral, é justificada. Porém, muitas vezes, mesmo confiantes as pessoas estão erradas em suas escolhas, e um observador objetivo, na figura de um arquiteto de escolhas, possui maior probabilidade de identificas tais erros do que os próprios indivíduos.

Os entendimentos deste complexo comportamental permite extrair algumas lições capazes de auxiliar a consecução de certas políticas pretendidas pelo Estado. O agente privado, a partir de um cenário fiscal favorável ou oneroso apresentado pelo Estado, poderia ser influenciado à determinada tomada de decisão motivada pela aversão à perda, por exemplo. Com base em uma análise de custos e benefícios que o estímulo de natureza fiscal acarretaria em sua atividade econômica, como a eventual diminuição de lucratividade que o indivíduo ou a empresa estariam sujeitos, o poder público possui a capacidade de instrumentalizar um comportamento desejado com a finalidade de atingir um objetivo específico de bem-estar geral.

Como forma de intervenção do Estado, a regulação possui funções que objetivam o interesse público no intuito de evitar os efeitos lesivos de comportamentos dos agentes econômicos e orientá-los em direções desejáveis. No contexto de um mercado caracterizado pela falta de distribuição de serviços aos consumidores, o Estado tem, entre outras possibilidades, a capacidade de conjugar mecanismos tributários com medidas de regulação para promover a redistribuição de serviços, especialmente para atender as necessidades de setores geradores de externalidades sociais, como saúde e educação, por exemplo.

Conforme menciona Calixto Salomão Filho (2008, p. 93-95), para se atingir a universalização de certos serviços, que geralmente não se mostram lucrativos porque implica em prover consumidores distantes e de baixo poder aquisitivo, um possível mecanismo seria a imposição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico – CIDE, prevista no artigo 149, *caput*, da Constituição de 1988[16]. A contribuição constituiria mecanismo para criar um ônus adicional para empresas ou setores beneficiados por um determinado serviço ou atividade, bem como financiaria a intervenção compensatória do Estado em certa atividade ou setor atingido. A instituição de uma CIDE promoveria o equilíbrio de setores onde especiais

[16] Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

condições de mercado criam benefício adicional para determinados agentes econômicos em detrimento de concorrentes e consumidores, como no caso de monopólios formados a partir de redes, no qual o titular dos direitos possui uma ampla vantagem sobre os demais operadores do serviço. Neste caso, como a finalidade da universalização é o consumidor, a incidência da CIDE sobre o detentor dos direitos de redes não objetivaria o equilíbrio concorrencial, pois não poderia promover o respectivo repasse aos consumidores.

Outro cuidado com o uso de tributação, principalmente de forma elevada, é a possibilidade de causar distorções no regime de concorrência do mercado. Não foi por outras razões que a Constituição de 1988 determinou que a atuação estatal direta somente fosse permitida quando necessária à segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, devendo-se observar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não gozam de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.[17] Contudo, uma concessão de benefícios fiscais no setor privado, quando resultado de uma má arquitetura da escolha, pode resultar não apenas em ineficiência, como também em considerável vantagem ao beneficiário da norma tributária. Por outro lado, tão inconveniente quanto à concessão de um incentivo tributário mal planejado é a imposição de onerosa tributação quando esta é bem suportada apenas por algumas empresas ou grupos de uma atividade em regime de concorrência. Neste caso, a atuação estatal não almeja a mera indução do comportamento que se pretenda proibir, como a diminuição do consumo de certos bens. Ao contrário, sob o pretexto de prática de um estímulo qualquer, essa tributação onerosa também pode provocar a inviabilidade de concorrência em determinados mercados mais disputados, favorecendo empresas ou grupos econômicos que, pela via alta carga fiscal, desejam eliminar os demais agentes do mercado com os quais devem concorrer.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Regulação e extrafiscalidade são mecanismos dos quais o Estado pode se valer para influir no comportamento dos agentes privados. A tributação, através de sua função extrafiscal, pode ser utilizada como um mecanismo efetivo para a regulação econômica, no sentido de estimular o comportamento de agentes privados, podendo estar voltado para as áreas do comércio exterior, da proteção ambiental e controle da produção industrial.

[17] Vide art. 173 da Constituição de 1988.

A atuação estatal por meio da norma tributária de função extrafiscal como mecanismo de intervenção reputa-se pela forma indireta e requer a possibilidade de liberdade de escolha do agente privado, sem obrigá-lo ao comportamento pretendido. Lançar mão da tributação como instrumento de intervenção econômica, todavia, requer cautela por parte do Estado, sob o ponto de vista dos objetivos almejados. O uso da técnica de majoração de tributos como forma de coibição de comportamentos indesejados deve ser vista com a devida prudência, pois o excesso de carga tributária que se reflita em preços pode levar à inviabilização de acesso de certos bens e serviços, criando uma ideia de sanção, o que o Código Tributário Nacional veda ao determinar que tributo não configure sanção de atos ilícitos.

Considerando como as pessoas normalmente aproveitam as oportunidades de tornar sua própria situação melhor, os incentivos podem mudar o comportamento das pessoas. Neste âmbito, as escolhas realizadas na economia comportamental, em um modelo baseado na caracterização mais precisa do comportamento humano, inserem no seu objeto pessoas reais para melhorar a exatidão de previsões e de tomada de decisão.

Os mercados às vezes não conseguem propiciar níveis eficientes de produção e consumo de determinado bem ou atividade. No âmbito do comércio exterior, o Estado pode fazer uso de teorias comportamentais para utilizar a tributação como um mecanismo de estímulo da produção e circulação de bens e serviços que sejam capazes de regular o mercado, estimulando uma concorrência equilibrada e controlando preços que artificialmente se elevem em função da combinação de agentes do mercado. Isso tem o poder de evitar o desabastecimento de bens reputados essenciais pelo Estado, cuja produção foi afetada por qualquer motivo, e a combinação lesiva de preços pelos produtores que pretendessem repassar seus eventuais prejuízos aos consumidores.

O presente estudo permite concluir que a utilização da tributação como mecanismo de incentivo ao comportamento, por meio de uma intervenção indireta e direcionada à simplificação e à relevância do comportamento humano, propicia ao Estado uma forma eficaz para estimular o desenvolvimento da economia e o bem-estar da sociedade, sem causar perturbações relevantes na concorrência entre agentes econômicos.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2012.

BECKER, Alfredo A. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BORGES, José Souto Maior. **Isenções Tributárias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BRANDEIS, Louis D. The Living Law. **Illinois Law Review**, v. 10, n. 7, 1916, p. 461-471.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto promulgado em 5 de outubro de 1988, até a Emenda Constitucional nº 99/2017. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 ago. 2018.

CLARKE, Michael. **Regulation: the social control of business between law and politics**. Londres: Macmillian, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria Geral do Tributo e da Exoneração Tributária**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Avesso do Tributo:** incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias**: Teoria e Análise da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2001.

ELALI, André. **Tributação e Regulação Econômica**. São Paulo: MP, 2007.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 16, n. 63, jan-mar 2016, p. 93-105.

GRAU, Eros R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O Direito Posto e o Direito Contraposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. The Path of the Law. **Harvard Law Review**. v. 10, n. 8, mar. 1897, p. 457–478.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, n.p.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Tradução de Helga Hoffmann. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da Imposição Tributária**. São Paulo: LTR, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**: A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PÓ, Marcos Vinicius. Quem regula as agências reguladoras? **Le Monde Diplomatique Brasil**, 05 dez. 2007. Disponível em: <http://diplomatique.org.br/quem-regula-as-agencias-reguladoras/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

RENDUELES, José Ramón Álvares. Política fiscal y desarrollo económico. **Revista de Economía Política.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del España, nº 54, enero-abril 1970, p. 7-74.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANCHES, J. L. Saldanha. **Manual de Direito Fiscal**. Lisboa: Lex, 1998.

SMITH, Adam. **The Theory of Moral Sentiments**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

STIGLER, George. Law or Economics? **The Journal of Law and Economics**, v. 35, n. 2, Oct. 1992, p. 455-468.

_____. The Theory of Economic Regulation. **Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, spring, 1971, p. 3-21.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Economics**. 4th ed. New York: W. W. Norton & Company, 2006.

THALER, Richard H. **Comportamento Inadequado**: a construção da economia comportamental. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Actual, 2015.

_____; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.