

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
FACULDADE DE DIREITO

LUCIANO NARDI COMUNELLO

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO: FUNDAMENTOS  
ECONÔMICOS PARA A CERTEZA E PREVISIBILIDADE NA APLICAÇÃO DA  
NORMA TRIBUTÁRIA**

Porto Alegre  
2015

LUCIANO NARDI COMUNELLO

**ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO: FUNDAMENTOS  
ECONÔMICOS PARA A CERTEZA E PREVISIBILIDADE NA APLICAÇÃO DA  
NORMA TRIBUTÁRIA**

Monografia apresentada na qualidade de trabalho de conclusão de curso de pós-graduação *lato senso* LL.M em Direito dos Negócios, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Orientador: Prof. Me. Manoel Gustavo Neubarth Trindade

Porto Alegre  
2015

LUCIANO NARDI COMUNELLO

**ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO: FUNDAMENTOS  
ECONÔMICOS PARA A CERTEZA E PREVISIBILIDADE NA APLICAÇÃO DA  
NORMA TRIBUTÁRIA**

Monografia apresentada na qualidade de trabalho de conclusão de curso de pós-graduação *lato sensu* LL.M em Direito dos Negócios, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ .

BANCA EXAMINADORA:

Prof.

---

Prof.

---

Prof.

---

*"A utopia está lá no horizonte. Aproximo-me dois passos,  
ela se afasta dois passos.  
Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos.  
Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei.  
Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu  
não deixe de caminhar"*  
(Eduardo Galeano).

## RESUMO

A presente pesquisa trata, de modo geral, da Análise Econômica do Direito Tributário e, de modo específico, contribuições da economia para afirmação da segurança jurídica na aplicação das normas tributárias. Trata-se de pesquisa exploratória, eminentemente de revisão bibliográfica sobre os temas abordados. Inicialmente busca-se na bibliografia especializada elucidar as contribuições da economia para o estudo do Direito, de modo geral, e do Direito Tributário, em particular. No capítulo seguinte, aborda-se o tema da segurança jurídica como princípio normativo, e o seu conteúdo de certeza e estabilidade na aplicação das normas. Na bibliografia jurídica se elucida os conceitos que apresentam a prevalência normativa da segurança jurídica sobre as demais normas do ordenamento. Vencida a abordagem normativa, passa-se a propor abordagem consequencialista do tema, relacionando elementos obtidos na pesquisa da bibliografia das ciências econômicas com o Direito. Assim, traça-se o paralelo entre o conceito de insegurança e custo de transação. Na sequência da pesquisa, no último capítulo do trabalho, apresenta-se o resultado da pesquisa bibliográfica sobre a teoria da decisão, sobretudo a teoria da utilidade esperada e o estudo do comportamento dos indivíduos frente a situações de risco. Com base na teoria da utilidade esperada traça-se modelo de decisão em um cenário de segurança jurídica a aplicação da norma tributária, e outro modelo em cenário de incerteza na aplicação da norma tributária. Da construção dos modelos conclui-se que a certeza na aplicação do direito tributário estimula a escolha de pagar tributos, enquanto a incerteza na aplicação da norma consiste em incentivo a um maior número de pessoas em buscar lucrar com a evasão fiscal.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito Tributário. Segurança jurídica. Teoria da Decisão. Teoria da utilidade esperada. Comportamento frente ao risco. Insegurança jurídica e incentivo à evasão fiscal.

## ABSTRACT

This research presents, in a more general sense, the Economic Analysis of Tax Law and, in a more specific way, the economy contributions on the assertion of legal certainty in the application of tax rules. It is an exploratory research, based on eminently literature review on the covered topics. It initially seeks the professional literature in order to elucidate the contribution of economics to the study of Law, in general, and Tax Law, in particular. The following chapter addresses the issue of legal certainty as a rule principle, and its contents on certainty and stability on rules application. The juridic literature elucidates the concepts that present the normative prevalence of legal certainty over other rules of the juridic order. After exploring the normative approach, it goes through the consequentialist approach to the theme, settings relations between information obtained with the economics bibliographic research and Law. Thus, it explicits the relation between the concept of uncertainty and transaction costs. The last chapter presents the results of the literature research on decision theory, specially the expected utility theory, and the study of individual behavior towards risk situations. Based on the expected utility theory it proposes a decision model on the application of tax rule in a scenario of legal certainty and another model on the application of tax rule in a scenario of legal uncertainty. From the models construction it is possible to conclude that certainty in the application of tax law encourages the choice to pay taxes, while the uncertainty in the application of the rule encourages a greater number of people to seek profit by tax evasion.

Keywords: Economic Analysis of Tax Law. Legal certainty. Decision Theory. Expected Utility Theory. Behavior Towards Risk. Legal Uncertainty and Tax Evasion Encouragement.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 CONTRIBUIÇÕES DA ECONOMIA PARA O ESTUDO DO DIREITO TRIBUTÁRIO .....</b>	<b>9</b>
1.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	9
1.2 CONTRIBUIÇÕES DA AED AO DIREITO TRIBUTÁRIO .....	11
<b>2 A INSEGURANÇA JURÍDICA ENQUANTO CUSTO DE TRANSAÇÃO .....</b>	<b>14</b>
2.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: CERTEZA E PREVISIBILIDADE NA APLICAÇÃO DA NORMA.....	14
2.2 A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO .....	18
<b>3 COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE FRENTE À INCERTEZA NA APLICAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA E OS INCENTIVOS À EVASÃO FISCAL .....</b>	<b>23</b>
3.1 A TEORIA DA DECISÃO E A TEORIA DA UTILIDADE ESPERADA.....	23
3.2 A TEORIA DA UTILIDADE ESPERADA FRENTE A SITUAÇÕES DE RISCO .....	26
3.3 A TOMADA DE DECISÃO DIANTE DA INSEGURANÇA NA APLICAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA E OS INCENTIVOS À EVASÃO FISCAL.....	31
<b>CONCLUSÃO: .....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>37</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa dedica-se ao estudo da análise econômica do direito, especificamente dos fundamentos econômicos que justificam e afirmam a necessidade de segurança jurídica na aplicação das normas, sobretudo no âmbito do Direito Tributário. Trata-se de pesquisa exploratória, de revisão bibliográfica da doutrina especializada sobre a temática pesquisada.

O objetivo da pesquisa consiste em identificar nas teorias econômicas, especialmente nas teorias que tratam do procedimento de decisão e do comportamento dos indivíduos frente ao risco, fundamentos para justificar a relevância e prevalência da segurança jurídica na aplicação das regras e dos princípios no âmbito do Direito tributário.

O Direito, enquanto ciência social aplicada, tem por objeto de estudo as relações humanas sob a perspectiva da normatividade. Por tratar do homem e de suas relações, a pesquisa jurídica transita e tangencia diversas áreas do conhecimento, como a sociologia, a psicologia, a medicina, a economia, etc. A visão sistêmica no estudo das relações humanas possibilita uma compreensão mais ampla e complexa sobre o fenômeno social, possibilitando maior qualidade e profundidade de conteúdo às pesquisas sobre as normas jurídicas.

Como se demonstrará no segundo capítulo, diversos são os autores no âmbito do direito que tratam da segurança jurídica, seu conteúdo, sua posição de prevalência normativa no ordenamento jurídico. No entanto, não obstante a importância da pesquisa eminentemente normativa (conceitual) e o consenso que se estabelece em relação à prevalência hierárquica normativa da segurança jurídica, o que se evidencia da realidade social são situações de absoluta insegurança. Por vezes, quer parecer que os cenários de insegurança são artificialmente planejados para se alcançar determinados resultados.

Diante desta perspectiva, compreende-se relevante a presente pesquisa, que busca dialogar com as ciências econômicas, com o objetivo de alcançar nestas teorias que abordam o comportamento humano de modo mais pragmático e consequencialista, instrumentos concretos e objetivos que apresentem novos subsídios à compreensão da importância de se preservar a segurança no âmbito da relação tributária que os indivíduos estabelecem com o Estado.

No primeiro capítulo, se tratará sobre a aplicação das ferramentas das ciências econômicas para análise dos fenômenos jurídicos. Ainda, se analisará especificamente as aplicações das teorias



econômicas no âmbito do Direito tributário. Diversos são os autores que defendem as contribuições da economia para aperfeiçoamento da pesquisa jurídica. No Brasil esta linha de pesquisa vem sendo desbravada por pesquisadores, de influência sobretudo estadunidense, e tem-se verificado resultados inovadores e interessantes que muito contribuem para a ciência do Direito, evidenciando-se a relevância do tema e da metodologia adotada.

No segundo capítulo, a partir de revisão bibliográfica da doutrina do Direito, se buscará elementos sobre conceitos e definições da segurança jurídica em relação ao ordenamento pátrio. Ato contínuo, se analisará a insegurança enquanto incerteza no âmbito da seara de pesquisa das ciências econômicas, sobretudo relacionado aos custos de transação.

No terceiro e último capítulo, a revisão bibliográfica se fixará nas pesquisas econômicas sobre as teorias da decisão e do comportamento dos indivíduos frente ao risco. Ao final, pretende-se demonstrar, a partir da adoção de modelos econômicos, que o cenário de insegurança na aplicação da norma tributária implica em incentivo à evasão fiscal.

## **1 CONTRIBUIÇÕES DA ECONOMIA PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO**

### 1.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Os métodos econômicos fornecem à análise do direito maior pragmatismo. A partir de uma análise finalística, ou consequencialista, aplicando-se os métodos econômicos, pode-se identificar se determinada Lei ou decisão é eficiente na conformação do comportamento dos indivíduos de acordo com o esperado. Por exemplo, a imputação de uma sanção, cujo objetivo, além de reprimir, é preventivo, no sentido de evitar reiteração do ilícito, pode ser analisada a sua adequação a partir da efetividade do resultado esperado. Os métodos econômicos oferecem instrumentos para mensuração de resultados, de modo bastante objetivo.

A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento<sup>1</sup>. Para os economistas, as sanções assemelham-se aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada<sup>2</sup>.

A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento<sup>3</sup>. A análise econômica do direito consiste na aplicação do instrumental analítico e empírico da economia para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da racionalidade do próprio ordenamento<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, pág. 25.

<sup>2</sup> Idem, ibidem.

<sup>3</sup> Idem, ibidem.

<sup>4</sup> GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pág. 14.

A AED tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito<sup>5</sup>. De forma geral, os juristas estão preocupados em tentar responder a duas perguntas básicas: (a) quais são as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (b) que regra jurídica deveria ser adotada? Consiste, assim, na investigação científica do direito com apropriação de métodos próprios das ciências econômicas, possibilitando, a partir de uma percepção consequencialista, uma melhor aferição do impacto das normas no comportamento dos indivíduos.

A AED reconhece como válida e útil do ponto de vista epistemológico a distinção entre “o que é” e “o que deve ser”. O primeiro retrata a dimensão positiva; o segundo, a normativa. A primeira se relaciona a um critério de verdade, e a segunda a um critério de valor. Existe uma distinção entre o mundo dos fatos, que pode ser averiguado por métodos científicos e sujeito a falsificação, e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, de prova ou de falsificação<sup>6</sup>. Assim, quando o Juiz investiga se A matou B, ele está fazendo uma análise positiva. Quando o legislador, por sua vez, analisa como e se determinada conduta deve ser punida, ele está fazendo uma análise normativa, pois investiga valor<sup>7</sup>.

No Tratado sobre a Natureza Humana, Hume diz que não é possível deduzir-se o dever-ser do ser. Proposições puramente factuais conduzem exclusivamente a outras proposições puramente factuais, e jamais julgamentos de valor. Portanto, segundo a Guilhotina de Hume, fatos não levam a proposições éticas e vice-versa. Há uma distinção clara entre o mundo dos fatos e o mundo dos valores<sup>8</sup>.

Na análise econômica do direito, quando se está a realizar uma análise positiva, seja um exercício de prognose, seja aferição de eficiência, pratica-se ciência econômica aplicada ao direito. Por outro lado, quando se utiliza do ferramental da AED para realizar uma análise normativa deve-se ter previamente estipulado o critério normativo. Assim, uma escolha política em detrimento de outra, ou a identificação de um melhor modelo legislativo,

---

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, pág. 14.

<sup>6</sup> GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Econômica*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pág. 15.

<sup>7</sup> GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Econômica*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pág. 15.

<sup>8</sup> GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Econômica*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pág. 16.

dependem do estabelecimento de um critério prévio, um objetivo que sirva de guia para a AED normativa. Este critério pode ser a preocupação com uma maior distribuição de renda, a tutela de direitos de determinados grupos minoritários, maior eficiência no trâmite dos processos judiciais, etc<sup>9</sup>. Inicialmente, Posner sugeria que, na ausência de qualquer teoria do valor operacionalizável e consensual, justificativas éticas conduziram à adoção da maximização da riqueza social como critério normativo, servindo como uma forma de aproximação da busca pela eficiência<sup>10</sup>. Na sequência da investigação sobre o tema, Posner conclui pela insustentabilidade e inexistência de base moral para limitar o objetivo imediato do direito à maximização da riqueza<sup>11</sup>.

Tem-se, assim, que a AED positiva auxilia na compreensão do que é a norma jurídica, a sua racionalidade e as diferenças prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra. Trata-se de uma abordagem eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. A AED normativa, por sua vez, auxiliará na escolha, dentre alternativas possíveis, da mais eficiente, diante de um critério previamente definido, um valor normativo dado a priori<sup>12</sup>.

## 1.2. CONTRIBUIÇÕES DA AED AO DIREITO TRIBUTÁRIO

Com relação especificamente ao âmbito do Direito Tributário, conforme elucida Cristiano Carvalho, a utilização de ferramentas das ciências econômicas não pode ser confundida exclusivamente com a “interpretação econômica do fato gerador”, oriunda do direito alemão (Código Fiscal da 1919 e de 1930), que objetivava a vedação do uso de formas

---

<sup>9</sup> GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Econômica*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pág. 17.

<sup>10</sup> POSNER, Richard. *The Economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. apud GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Econômica*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pág. 18.

<sup>11</sup> POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 382. apud GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Econômica*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pág. 18.

<sup>12</sup> GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Econômica*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pág. 18.

jurídicas com o fim de planejamento tributário, de modo que a hermenêutica era orientada aos interesses do Estado.<sup>13</sup>

A despeito da abordagem funcionalista, a análise econômica do direito é mais abrangente do que o simples atendimento dos interesses do Estado, preocupando-se em analisar os incentivos gerados pelas normas. Sob esta ótica, Cristiano Carvalho identifica algumas aplicações da AED ao direito tributário. A economia oferece subsídios para justificar a exação tributária. Ainda, possibilita analisar a estrutura de tributação mais adequada, tanto sob o ponto de vista da eficiência, quanto em relação a aspectos de redistribuição de renda. Pontua Carvalho que o tributo ótimo deve ter ampla base de contribuintes, as regras da imposição tributária devem ser simples e objetivas, os tributos devem incidir sobre produtos e serviços de demanda inelástica, e deve ser justo e ter baixo custo administrativo.<sup>14</sup>

O peso morto dos tributos, aferições que advém de conceitos econômicos aplicados à tributação, consiste na demonstração matemática de perda de utilidade tanto do consumidor, quanto do produtor, quando instituído tributo sobre as trocas econômicas. Isso porque, em um mercado livre sem tributação, as curvas de oferta e demanda, sendo demandado tudo o que é ofertado, encontrará equilíbrio em determinado nível de preços, equalizando a disposição de pagamento do consumidor com a expectativa de recebimento pelo produtor. Quando tributada a transação, para as mesmas quantidades ofertadas, eleva-se os preços, reduzindo a demanda. Ao reduzir a quantidade da demanda, acaba-se reduzindo os preços a serem recebidos pelo produtor. O novo ponto de equilíbrio das curvas de oferta e demanda, agora com os tributos, se dará em um nível de menor consumo e menor resultado para o produtor. A tributação da operação econômica tanto reduz a utilidade do consumidor, quanto a do produtor<sup>15</sup>.

Carvalho ainda aborda dentre os temas originários da aplicação da economia ao direito tributário, o estudo dos custos de conformidade em atendimento aos deveres instrumentais (obrigações tributárias acessórias), relacionando ao teorema de Coase, que, em síntese, demonstra que, na inexistência de custos de transação, independente da distribuição e prevalência dos direitos de propriedade, os recursos sempre serão alocados do modo mais

---

<sup>13</sup> CARVALHO, Cristiano. *Análise Econômica da Tributação*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, págs. 247-248.

<sup>14</sup> Idem, ibidem, págs. 248/257.

<sup>15</sup> Idem, ibidem, págs. 258/260.

eficiente. Em outras palavras, nulos os custos de transação, as partes irão barganhar e encontrarão a solução mais eficiente<sup>16</sup>.

Sobre o peso morto da tributação, Auerbach e Hines<sup>17</sup> afirmam que reduções de eficiência econômica induzidas pela tributação são conhecidas como "peso morto dos impostos" (deadweight losses) ou cargas excessivas (excess burdens) da tributação, significando o custo para os contribuintes e a sociedade de levantar receita através de tributos que distorcem as decisões econômicas. Segundo os mesmos autores, historicamente, existem três grandes linhas de estudo sobre as contribuições da economia para a tributação: (i) impostos sobre mercadorias; (ii) imposto de renda não linear, mais geral e o papel de tal imposto em questões relacionadas ao aspecto distributivo; (iii) uso de tributos em relação a dois tipos de falhas de mercado: financiar bens públicos não fornecidos pelo setor privado e corrigir externalidades.<sup>18</sup>

Como se pode verificar, são diversos os estudos que apontam múltiplas aplicações de ferramentas das ciências econômicas no âmbito da tributação e do direito tributário, sobretudo nos aspectos relacionados à melhor estruturação do sistema tributário, a maior eficiência na tributação, mitigação dos custos advindos da exação tributária, e maximização dos benefícios sociais que justificam a transferência da renda particular para o governo.

---

<sup>16</sup> Idem, ibidem, págs. 262/263.

<sup>17</sup> AUERBACH, Alan J.; HINES JR., James R. Taxation and economic efficiency. National Bureau of Economic Research, Cambridge, NBER Working Paper, working paper 8181, Mar. 2001. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w8181>

<sup>18</sup> POHLMANN, Marcelo Coletto; IUDICIBUS, Sérgio. Tributação e Política Tributária: Uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: Atlas, 2006, pág. 86.

## **2 A INSEGURANÇA JURÍDICA ENQUANTO CUSTO DE TRANSAÇÃO**

### **2.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: CERTEZA E PREVISIBILIDADE NA APLICAÇÃO DA NORMA**

O Estado de Direito origina-se assentado em duas premissas que, não obstante possam ser compreendidas atualmente com singeleza, à sua época revolucionaram a concepção de Estado e possibilitaram as grandes conquistas democráticas. São elas (i) a separação dos Poderes e (ii) a soberania popular, traduzida na supremacia da lei. A primeira premissa, concebida por Montesquieu<sup>19</sup>, exsurge para sanar a problemática universal de que todo aquele que dispõe de poder tende a dele abusar, de modo que só o poder limitaria o próprio poder. Os Poderes deveriam, portanto, se controlar reciprocamente. A soberania popular, por sua vez, intuída por Rousseau<sup>20</sup>, desloca a origem da soberania para o povo, de sorte que este passa a determinar seu próprio destino, mediante um instrumento chamado Lei. Elucida Rafael Valim<sup>21</sup> que “*Por meio das virtualidades da lei – quais sejam: a abstração e a generalidade – intentava-se criar um ambiente seguro, livre do arbítrio, no seio do qual as ações poderiam ser planejadas em vista de uma medida racional e obrigatória a todos*”.

Sob essa perspectiva, o Estado de Direito constitui, sobretudo, a realização de um projeto ideológico cujo objetivo principal era assegurar a liberdade e a segurança aos indivíduos, mediante, principalmente “*a demarcação dos limites entre o poder e a prepotência, a discricionariedade e a arbitrariedade*”.<sup>22</sup>

Com o avanço do constitucionalismo no início do primeiro quarto do século XX, passou-se a defender um conceito formal e um conceito material de Estado de Direito. O conceito formal de Estado de Direito consiste na sua estrutura de contenção do poder estatal (exemplo: separação de poderes, hierarquia das normas e a universalidade da proteção

---

<sup>19</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>20</sup> Idem, ibidem.

<sup>21</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 31.

<sup>22</sup> Idem, ibidem.

jurisdicional). O conceito material de Estado de Direito, por seu turno, acolhe em seu seio um sistema de direitos fundamentais – individuais, políticos, sociais, coletivos, difusos – a cujo serviço estariam os traços clássicos do conceito formal.

Com a Constituição de 1988, o Estado de Direito brasileiro passou a ser concebido a partir de valores e elementos basilares, expressamente positivados na Carta, a saber: a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF), a soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF), a separação de funções estatais (art. 2º da CF), o princípio da igualdade (art. 5º, caput e inciso I, da CF), o princípio da legalidade (arts. 5º, I, 37, caput, e 150, I, da CF), o sistema de direitos fundamentais dotados de petrealidade, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) e, finalmente, o princípio da segurança jurídica. Valim conclui que: “*O princípio da segurança jurídica é um dos traços fundamentais do Estado de Direito, sem o qual se tem um Estado meramente jurídico, orientado tão-só por considerações de oportunidade*”<sup>23</sup>. Para Luis Recaséns Siches, no seu Tratado General de Filosofia del Derecho, 18ª ed., p. 618<sup>24</sup>:

Pero no hay Derecho donde no hay orden certo y seguro, pues éste debe ser, además, justo. Pero no puede haber justicia cuando no hay seguridad. Por tanto, podríamos decir que cabe que hay un Derecho – orden de certeza y com seguridad impuesta inexorablemente – que no sea justo. Pero no cabe que em la sociedade haya justicia sin seguridad.

Segundo a Ministra Carmen Lúcia Rocha (2004, p. 168) o termo “*Segurança jurídica poderia mesmo parecer tautologia. Direito e segurança andam juntos. Claro: o direito põe-se para dar segurança, pois, para se ter insegurança, direito não é necessário.*”<sup>25</sup>. O magistrado, atual desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Leandro Paulsen, de igual forma, adverte que o Direito possui a sua razão de existir na afirmação da segurança<sup>26</sup>:

---

<sup>23</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 34.

<sup>24</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>25</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Coord. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pág. 168.

<sup>26</sup> PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág. 22.



O Direito, como instrumento de organização da vida em sociedade, surge para a afirmação da segurança. A segurança constitui, assim, traço imanente ao Direito, tanto nas relações entre os indivíduos como nas destes com o Estado.

Para Valim<sup>27</sup>, a identificação do princípio da segurança jurídica supõe uma esclarecedora distinção entre segurança pelo Direito e a segurança do Direito. A primeira representa a concepção clássica de segurança jurídica, segundo a qual o Direito corresponderia às aspirações de ordem e paz dos indivíduos. A mera positividade das normas proporcionaria segurança às pessoas. A segurança do Direito, por seu turno, pode ser encarada como a concepção contemporânea deste princípio. Trata-se de um mecanismo autocorretor do Estado de Direito. Diante da complexidade crescente da ordem jurídica, é forçoso um conjunto de normas que provejam a necessidade de segurança do próprio sistema jurídico. É justamente sob o pálio do princípio da segurança jurídica que se aglutinam tais normas. Assim, assevera<sup>28</sup>:

O princípio da segurança jurídica permeia o direito positivo, condicionando toda sua dinâmica. À luz das funções exercidas pelos princípios, resulta que, desde a Constituição até as normas individuais e concretas, toda a produção do Direito deve se pautar pelas exigências do referido princípio – as quais conduzem a uma ação consequente do Estado, livre de voluntarismos e sobressaltos -, sob pena de um juízo de invalidade da norma editada.

No mesmo sentido leciona Souto Maior Borges<sup>29</sup>:

A segurança jurídica pode ser visualizada como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo. Antes, inspira as normas que, no âmbito do Direito Positivo, lhe atribuem efetividade.

O princípio da segurança jurídica subdivide-se em dois aspectos: a certeza e a estabilidade. O aspecto da certeza traduz a noção de que o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deôntico que encerra essa mesma norma. Certeza da vigência, da projeção temporal e do conteúdo das normas jurídicas. Com

---

<sup>27</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 45.

<sup>28</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 46.

<sup>29</sup> BORGES, Souto Maior. *Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo*. RDT n.º 63. São Paulo: Malheiros, 1997. IN: PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág. 206.

efeito, além da certeza quanto à vigência, deve o cidadão estar seguro quanto à eficácia das normas jurídicas, no sentido de que não alcançarão situações anteriores a sua vigência<sup>30</sup>. Essas considerações acerca da irretroeficácia das normas jurídicas valem também para o caso de nova interpretação de uma norma jurídica, haja vista que atribuir uma nova interpretação a um enunciado normativo significa produzir uma nova norma jurídica. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>31</sup>:

Por força deste princípio, tanto como dos princípios da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé, firmou-se o correto entendimento de que **orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos** para fins de sancionar, agravar, a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que **só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia**. (sem grifos no original).

No mesmo sentido dispõe a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 2º:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Luciano Amaro, ao comentar o quanto disposto no art. 146 do Código Tributário Nacional<sup>32</sup>, assim registrou: *“O Fisco deve primeiro divulgar o novo critério para depois aplicá-lo nos lançamentos futuros pertinentes a fatos geradores também futuros (em relação a sujeito passivo que, no passado, tenha tido obrigação lançada por outro critério).”*<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>31</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A estabilidade dos atos administrativos*. RTDP 48/80, São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

<sup>32</sup> Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

<sup>33</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pág. 344.

No que toca à certeza do conteúdo, a exigência da determinabilidade das normas jurídicas possui duas acepções: densidade e clareza normativa. Por densidade compreende-se que a atribuição de competência à Administração deve se dar de modo expresso e específico, para cumprimento de fins também específicos e concretos. Ademais, as leis que habilitam competências administrativas devem ser claras, inteligíveis, coerentes, de modo que os indivíduos possam orientar suas condutas segundo o conhecimento prévio de seus direitos e deveres perante a Administração Pública. O art. 11 da Lcp 95/98, que regulamenta o parágrafo único do art. 59 da CF, consigna a clareza como critério de validade das leis.

Ocorre que a certeza não é suficiente à realização da segurança jurídica. Mister que se acresça à previsibilidade a estabilidade do Direito, de tal forma que se assegure os direitos subjetivos e, principalmente, as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado. A Administração ou o legislador, nas palavras de Valim “*não podem, de modo traumático, venire contra factum proprium, frustrando expectativas legítimas a que deram ensejo.*”<sup>34</sup>

Da revisão da bibliografia especializada, denota-se a conclusão pela supremacia normativa da segurança jurídica em relação a qualquer ato administrativo, como condição de validade. Trata-se de uma perspectiva valorativa, normativa, portanto. Sob a ótica da economia, pode-se identificar elementos que contribuem à percepção de relevância pragmática à afirmação da segurança jurídica.

## 2.2 A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A insegurança jurídica reflete em custo ao contribuinte. Como bem registra o Professor Cristiano Carvalho, não são apenas os tributos propriamente ditos que geram custos para o contribuinte, mas também os deveres instrumentais, de adequação às diversas normas tributárias e obrigações acessórias que se modificam constantemente, bem como adequação aos entendimentos sobre aplicação da norma tributária, consistindo nos “custos de

---

<sup>34</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 113.

conformidade”.<sup>35</sup> Os custos de conformidade, assim como as recorrentes sanções políticas impostas pelo Estado, têm o efeito de aumentar os custos de transação.<sup>36</sup>

Cristiano Carvalho recorda, ao tratar do custo da tributação, das lições de Coase, e de seu famoso teorema<sup>37</sup>:

(...) para Coase, se os custos de transação forem nulos e as partes puderem transacionar no sentido de compensações mútuas, poderão solucionar as externalidades geradas, sendo essas não causadas por uma das partes, mas pela escolha de ambas as partes. Nesse sentido, não tem importância como estão distribuídos os direitos de propriedade ou quem tem direito em primeiro lugar (...), pois não havendo custos de transação, a barganha levará a uma solução eficiente. (...) Em outras palavras, os bens ou recursos tenderão a se alocar com aqueles que os valoram mais. O resultado será eficiente economicamente.

Byrns e Stone<sup>38</sup> ao fazerem referência a Adam Smith, em *A Riqueza das Nações*, esclarecem a ideia da ineficiência dos tributos, sugerindo que a eficiência na tributação exige que os impostos sejam certos, inevitáveis e convenientes, e que os custos de arrecadação sejam mitigados em relação à arrecadação dos tributos. Os custos da arrecadação suportados pelos contribuintes, idealmente, deveriam se igualar a receita líquida tributária aferida pelos governos. Contudo, os custos dos contribuintes excedem as receitas governamentais líquidas. Dentre as razões para tal fenômeno, os autores elencam os seguintes fatores: (i) custos administrativos do governo; e (ii) custos de observância dos contribuintes. A diferença entre as cargas totais dos impostos e as receitas governamentais líquidas reflete ineficiência<sup>39</sup>.

Slemrod e Yithaki<sup>40</sup> argumentam que cargas excessivas, custos administrativos e custos de conformidade são todos componentes do que eles referem como custos sociais que decorrem da exação tributária. Representam, assim, todos os custos incorridos pela sociedade

---

<sup>35</sup> CARVALHO, Cristiano. *Análise Econômica da Tributação*. IN: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 261.

<sup>36</sup> CARVALHO, Cristiano. *Análise Econômica da Tributação*. IN: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 263.

<sup>37</sup> CARVALHO, Cristiano. *Análise Econômica da Tributação*. IN: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 262 e 263.

<sup>38</sup> BYRNS, Ralph T.; STONE, Gerald W. *Microeconomia*. Tradução de Fernanda Camila R. Cavalheiro; revisão técnica Nelson Cavalheiro. São Paulo: Makron Books, 1996.

<sup>39</sup> POHLMANN, Marcelo Coletto; IUDICIBUS, Sérgio. *Tributação e Política Tributária: Uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2006, pág. 86.

<sup>40</sup> SLEMROD, Joel; YITHAKI, Shlomo. The costs of taxation and the marginal efficiency cost of funds. *International Monetary Fund Staff Papers*, International Monetary Fund, v 43, n1, p 172-199, Mar. 1996.

no processo de transferir poder de compra dos contribuintes para o governo. Os custos sociais incluem aprovar e administrar a legislação, custos involuntários de conformidade e peso morto dos tributos, bem como dispêndios com atividades dos contribuintes no sentido de reduzir a carga tributária. Todos esses componentes do custo social devem ser considerados no delineamento de um sistema tributário ótimo.<sup>41</sup>

Como bem elucida o teorema de Coase, em não havendo custos transacionais, o resultado da troca, da relação econômica, sempre será eficiente. Por outro lado, em havendo custo na transação, o resultado nem sempre será economicamente eficiente. No caso da tributação, quanto maior o custo imposto ao contribuinte em decorrência dos tributos, menor será a utilidade da arrecadação. Em outras palavras, menor será a receita líquida.

Conforme verificado no primeiro capítulo, na bibliografia especializada nas aplicações da economia ao direito tributário, verificamos que o custo social da tributação é composto por mais diversos custos, dentre eles os custos de conformidade, em decorrência da complexidade das normas tributárias. Verificou-se que quanto mais obscura, complexa e confusa for (a legislação tributária), mais custo terá o cidadão para compreendê-la e, conseqüentemente, cumpri-la.<sup>42</sup>

A dificuldade na compreensão e cumprimento da legislação fiscal acarreta os chamados custos de conformidade, que implicam, por sua vez, custos de transação. Estes são aqueles custos que as partes incorrem ao efetivar uma negociação, e significam custos de procura e de informação do produto ou do negócio (ou da legislação), de barganha e de cumprimento das obrigações nas relações jurídicas. Para Cristiano Carvalho, os custos de conformidade aumentam os custos de transação pelo fato de as obrigações tributárias principais e acessórias (deveres formais e instrumentais, no léxico de Paulo de Barros Carvalho) serem frequentemente entraves na consecução de negócios. Não apenas a dificuldade de cumprir com essas obrigações é enorme, como a legislação ainda impõe a necessidade de comprovação (v.g., certidões negativas, quitações de débitos tributários, livros fiscais etc.) do seu cumprimento para as mais diversas transações que os indivíduos queiram

---

<sup>41</sup> POHLMANN, Marcelo Coletto; IUDICIBUS, Sérgio. Tributação e Política Tributária: Uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: Atlas, 2006, pág. 87.

<sup>42</sup> CARVALHO, Cristiano. Análise Econômica da Tributação. IN: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 255.

realizar no mercado.<sup>43</sup> Segundo dados coletados pelo Banco Mundial, com data base dezembro de 2013, o Brasil ocupa a última posição dentre os países no que toca ao tempo despendido para atender às exigências tributárias. As informações constam no relatório *Doing Business 2014*.<sup>44</sup>

Tem-se, assim, que a insegurança jurídica decorrente da inconstância pela mutabilidade recorrente das normas tributárias enseja aumento do custo de conformidade dos contribuintes, que despendem cada vez mais recursos de atualização e adequação às mudanças legais e das normas regulamentares infra legais.

Além da insegurança jurídica relacionada às constantes transformações legislativas, merece destaque a incerteza decorrente do conteúdo das normas tributárias. A complexidade do emaranhado de leis, instruções normativas, regulamentos, que tratam da tributação, ocasiona a mais absoluta incerteza em relação ao conteúdo e alcance das normas, sujeito ao subjetivismo do intérprete/aplicador do Direito.

A insegurança jurídica na aplicação da norma tributária deflagra-se nas inúmeras divergências jurídicas, no âmbito da Fiscalização, dos Tribunais Administrativos, dos órgãos do Poder Judiciário. Questões como definição de norma de competência, se determinada atividade econômica está no campo de incidência de um ou outro imposto, como, por exemplo, os casos das Farmácias de Manipulação (conflito de competência entre o ICMS e o ISS). Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul exarou entendimento de que as Farmácias de Manipulação devem ser tributadas pelo ICMS<sup>45</sup>, enquanto outras Relatorias

---

<sup>43</sup> CARVALHO, Cristiano. Análise Econômica da Tributação. IN: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 255, 256.

<sup>44</sup> <http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/paying-taxes>. Acessado em 05 de fevereiro de 2014, às 17:30h.

<sup>45</sup> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO MUNICIPAL. FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO. AUTO DE LANÇAMENTO DE ISS. AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DECLARATÓRIO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. ATIVIDADE SUJEITA AO ICMS, VISTO QUE O OBJETIVO DO ENCOMENDANTE NÃO É OBTER O SERVIÇO, E SIM O PRODUTO. SITUAÇÃO EM QUE O SERVIÇO É ATIVIDADE-MEIO, E NÃO ATIVIDADE-FIM. CONFORME O ART. 1º, § 1º, DA RESOLUÇÃO 499, DO CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA, OS SERVIÇOS FARMACÊUTICOS, PREVISTOS NO ITEM 4.07 DA LISTA ANEXA À LC 116/03, NÃO GUARDAM SEQUER SEMELHANÇA COM OS SERVIÇOS DE MANIPULAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70058044991, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 18/03/2015).

da mesma Corte, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, professam entendimento em sentido contrário.<sup>46</sup>

Pode-se destacar, ainda, os intermináveis questionamentos sobre os direitos de crédito dos tributos não-cumulativos, como o IPI, ICMS e PIS/COFINS; a inclusão de tributos na base de cálculo de outras exações tributárias como é o caso do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; a possibilidade ou não de utilização da amortização do ágio interno (ágio gerado a partir de operações societárias dentro de um mesmo grupo de sociedades) como despesa dedutível do Lucro Real, etc.

São diversos os entendimentos conflitantes no âmbito tributário e, ao contribuinte, a quem, no mais das vezes, é dado o dever instrumental de apurar e recolher a exação tributária, nos termos do art. 150 do Código Tributário Nacional<sup>47</sup>, compete realizar escolhas frente às incertezas de adequação e de potencial autuação por parte da Fiscalização.

Uma vez elucidada as contribuições da economia a demonstrar a ineficiência econômica da insegurança jurídica, diante do aumento do custo de transação na arrecadação dos tributos, passa-se a abordar aspectos atinentes à teoria da decisão e análise do comportamento do contribuinte diante de situações de incerteza.

---

<sup>46</sup> Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA. FARMACIAS DE MANIPULAÇÃO. PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. ICMS. ISS. A comercialização de medicamentos manipulados por farmácias se sujeita ao ISS. Jurisprudência do STJ. Por isso, é de ser julgada improcedente a ação anulatória de lançamento de crédito de ISS relativo à prestação de serviços de produtos farmacêuticos manipulados. Negado seguimento ao recurso. (Apelação Cível Nº 70052088028, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 25/12/2012)

<sup>47</sup> Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

### **3 COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE FRENTE À INCERTEZA NA APLICAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA E OS INCENTIVOS QUE A INSEGURANÇA GERA PARA A EVASÃO FISCAL**

#### **3.1 A TEORIA DA DECISAO E A TEORIA DA UTILIDADE ESPERADA**

A primeira teoria matemática a tratar do comportamento humano surgiu nos primórdios da teoria da probabilidade, no século XVII, por Blaise Pascal e Pierre de Fermat. Pascal, na busca de resolver o problema de levar ou não uma vida devotada a Deus, criou a primeira teoria da decisão denominada de Princípio da Expectância Matemática, na qual defendia em termos pragmáticos a crença em Deus<sup>48</sup>.

Pascal afirmava que a questão não se tratava de confirmar a existência ou não de Deus, uma vez que a fé não é objeto de escolha racional, mas sim definir o modo de conduzir a vida: se de acordo com valores cristãos, como se Deus existisse, ou para fins de satisfação das paixões humanas, como se Deus não existisse. Estabelecendo que o ganho de uma vida cristã, para o caso de Deus existir, é infinito, e para o caso de não existir é nulo; e, por outro lado, que ganho de uma vida mundana seria algum valor constante “k”, independentemente de Deus existir ou não, atribuindo uma probabilidade para a existência de Deus ( $\alpha \neq 0$ ) e para a não existência de Deus ( $1 - \alpha$ ), o valor esperado de uma vida cristã seria

$$E(\text{vida pia}) = \alpha \cdot \infty + (1 - \alpha) \cdot 0 = \infty,$$

enquanto que o valor esperado de uma vida mundana seria

$$E(\text{vida mundana}) = \alpha \cdot k + (1 - \alpha) \cdot k = k.$$

---

<sup>48</sup> CUSINATO, Rafael Tiecher. *Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos*. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>, pág. 16.



De tal forma que  $E(\text{vida pia}) > E(\text{vida mundana})$ , qualquer seja a probabilidade de Deus existir. Assim, Pascal afirmava que a decisão deveria ser baseada na comparação entre os valores esperados (Princípio da expectativa matemática).<sup>49</sup>

Em 1738, Bernoulli<sup>50</sup> demonstra a fragilidade da teoria da expectativa matemática frente ao risco, apontando o caso de contratação de seguro, onde o contratante aumenta a riqueza esperada pela seguradora às custas da sua própria, o que, segundo tal teoria, seria inadmissível<sup>51</sup>.

Para Bernoulli o valor que uma pessoa atribui a sua riqueza não se confunde com o próprio valor monetário desta, mas sim seu valor moral ou sua utilidade. Bernoulli cunhou a Lei da Utilidade Marginal decrescente, que implica que à medida que a riqueza aumenta, decresce a utilidade adicional devido ao aumento de riqueza, de modo que a função utilidade em relação do dinheiro ou da riqueza é uma função côncava. Bernoulli afirmou que os indivíduos procuram maximizar a utilidade esperada dos resultados.<sup>52</sup>

Com a teoria da utilidade esperada, introduziu-se a subjetividade na teoria da decisão. A teoria da utilidade ganhou força com a filosofia utilitarista de Jeremy Bentham, pela qual se entendia que os indivíduos agem com o objetivo de alcançar o máximo possível de felicidade. Bentham redescobriu o conceito de utilidade marginal decrescente, ao afirmar que, apesar de a riqueza ser uma medida de felicidade, quanto maior o nível de riqueza, menor a felicidade adicional proporcionada pelo seu aumento<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Idem, ibidem, pág. 18-19.

<sup>50</sup> BERNOULLI, D. Specimen theoriae novae de mensura sortis. *Comentarii Academiae Scientiarum Imperialis Petropolitanae* 5, 175-192. Versão traduzida: Expositions of a new theory of the measurement of risk. *Econometrica*, 22, 1954, 23-26. IN: CUSINATO, Rafael Tiecher. ***Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos***. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>

<sup>51</sup> CUSINATO, Rafael Tiecher. ***Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos***. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>, pág. 20.

<sup>52</sup> CUSINATO, Rafael Tiecher. ***Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos***. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>, págs. 21/22.

<sup>53</sup> Idem, ibidem, pág. 25.

As teorias de Bentham influenciaram a teoria econômica na segunda metade do século XIX, sobretudo os economistas marginalistas. Para os marginalistas, as escolhas dos bens pelos consumidores se dariam para maximização da utilidade possível, de acordo com suas restrições orçamentárias. Quanto maior a quantidade de cada bem, maior o nível de utilidade, ainda que com taxas decrescentes.

A grande crítica à teoria da utilidade, até então, consistia na impossibilidade de mensuração do prazer e da felicidade, e, por via de consequência, a impossibilidade de se aferir a maximização em determinada decisão.

Pareto, em 1906, a partir das curvas de indiferença de Edgeworth, desenvolveu nova abordagem da teoria da utilidade. As curvas de indiferença permitiam demonstrar as possíveis combinações de bens que mantinham o consumidor em um mesmo nível de bem-estar. Pareto observou que conforme se quantificava o bem-estar em relação a cada combinação de bens, a função utilidade atribuía a elas um número cardinal, ordenando as possíveis combinações de consumo. Concluiu Pareto que, com a ordinalidade tinha-se o suficiente para os propósitos da teoria.<sup>54</sup>

Hicks e Allen incorporaram a ordinalidade proposta por Pareto e forneceram os fundamentos da interpretação moderna da teoria da utilidade. Segundo a interpretação moderna da teoria, os indivíduos não fazem escolhas baseados em uma função utilidade, mas simplesmente escolhem o que preferem.<sup>55</sup>

A aplicação da teoria da utilidade esperada para representação das preferências dos indivíduos em condições de incerteza se deu após a publicação da obra de Neumann e Morgenstern<sup>56</sup>. Os autores demonstraram que a maximização da utilidade esperada se equivale à hipótese de que o comportamento de escolha satisfaz restrições sob a forma de axiomas. Assim, se os axiomas são satisfeitos, torna-se possível construir uma função de

---

<sup>54</sup> Idem, *ibidem*, pág. 27.

<sup>55</sup> Idem, *ibidem*, págs. 28-29.

<sup>56</sup> VON NEUMANN, John; MORGENSTEIN, Oskar. *Theory of games and economic behavior*. New Jersey: Princeton University Press. IN: CUSINATO, Rafael Tiecher. *Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos*. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>.

utilidade esperada que represente as preferências de um indivíduo, podendo ser aplicada para modelar comportamento dos tomadores de decisão.<sup>57</sup>

A forma matemática utilizada por Von Neumann e Morgenstein era a mesma que Bernoulli utilizou no séc. XVIII, porém apresentaram um conjunto de axiomas que deram sustento a esta forma matemática (axioma do consequentialismo, axioma da continuidade arquimediana e axioma da independência).<sup>58</sup> O teorema de Von Neumann e Morgenstein afirma que se as preferências são racionais, contínuas e satisfazem o axioma da independência, então elas são representáveis por uma função utilidade com a forma de utilidade esperada.<sup>59</sup>

### III.2. APLICAÇÃO DA TEORIA DA UTILIDADE ESPERADA EM SITUAÇÕES DE RISCO

Os tomadores de decisão em situações frente ao risco são classificados em três tipos básicos: avessos ao risco, neutros ao risco e propensos ao risco. A maioria dos indivíduos são avessos ao risco<sup>60</sup>, de modo que, quando se defrontam com escolhas de mesmo valor esperado, tendem a preferir pela menos arriscada<sup>61</sup>.

São avessos ao risco aqueles que sempre preferirão a hipótese menos arriscada, em havendo igualdade na utilidade esperada. Por outro lado, um tomador de decisão é neutro ao risco quando se mostra indiferente entre as opções que trazem igual utilidade esperada, ainda que com riscos diversos. Ainda, um tomador de decisão poderá exibir propensão ao risco,

---

<sup>57</sup> CUSINATO, Rafael Tiecher. *Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos*. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>, pág. 30.

<sup>58</sup> Idem, ibidem, págs. 32-43.

<sup>59</sup> Idem, ibidem, pág. 46.

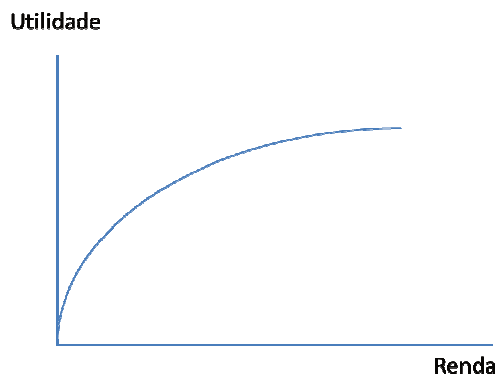
<sup>60</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, pág. 67.

<sup>61</sup> CUSINATO, Rafael Tiecher. *Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos*. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>, pág. 75.

sempre que optar dentre duas escolhas de igual utilidade esperada aquela que produz maior risco<sup>62</sup>.

De acordo com a teoria da utilidade esperada, a aversão ao risco é uma propriedade estabelecida a partir da função utilidade de Bernoulli. Se o tomador da decisão é avesso ao risco, então a utilidade esperada de uma escolha incerta é menor ou igual à utilidade do valor esperado.<sup>63</sup>

Para Cooter, *“Diz-se que uma pessoa é avessa ao risco quando ela considera a utilidade de uma perspectiva certa de renda pecuniária maior do que a utilidade esperada de uma perspectiva incerta de uma valor monetário esperado igual”*.<sup>64</sup>



**Gráfico 01:** Aversão ao risco como utilidade marginal decrescente da renda.

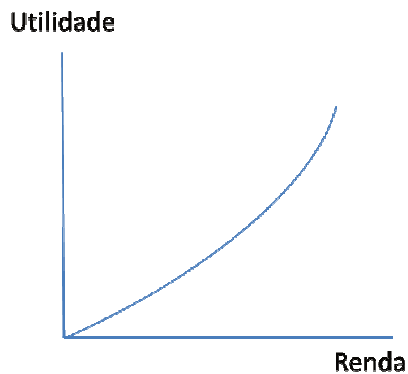
De outra forma, quando a utilidade do valor esperado é inferior à utilidade esperada da situação incerta, está-se diante de um tomador de decisão propenso ao risco. A utilidade marginal da função será crescente. Quanto maior o valor de aposta, mais cresce a utilidade esperada da loteria.

---

<sup>62</sup> Idem, ibidem, págs. 77 - 78.

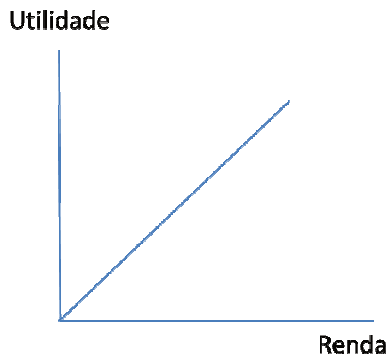
<sup>63</sup> Idem, ibidem, pág. 80.

<sup>64</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, pág. 67.



**Gráfico 02:** Preferência pelo risco como utilidade marginal ascendente da renda.

Por fim, para o tomador de decisão neutro ao risco a utilidade esperada a situação incerta é igual à utilidade do valor esperado, portanto, indiferente entre uma perspectiva certa de renda e uma perspectiva incerta de uma mesmo valor monetário esperado<sup>65</sup>.



**Gráfico 03:** Neutralidade em relação ao risco como utilidade marginal constante da renda.

Em síntese, nos casos de aversão ao risco a utilidade marginal da função é decrescente; nos casos de propensão ao risco, a utilidade marginal será crescente; e, nos casos de neutralidade ao risco, a utilidade marginal será constante, linear.<sup>66</sup>

A questão referente à mensuração do grau de aversão de risco de diferentes tomadores de decisão foi objeto de estudo de Kennett Arrow e John Pratt. O artigo de Pratt, *Risk aversion in the small and in the large*, publicado na edição de janeiro-abril de 1964 da

<sup>65</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, pág. 67.

<sup>66</sup> CUSINATO, Rafael Tiecher. *Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos*. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>, pág. 81.

*Econometrica*, trouxe muitas contribuições à teoria da utilidade esperada.<sup>67</sup> Importante revisar alguns conceitos como prêmio de risco, equivalente-certeza e prêmio de probabilidade.

O prêmio de risco é definido como a quantia máxima que um indivíduo está disposto a despende para evitar determinado risco.<sup>68</sup> O equivalente-certeza ou equivalente-certo consiste na quantia em dinheiro que deixa o indivíduo indiferente ao risco, onde é igual ao valor esperado da loteria menos o prêmio de risco<sup>69</sup>. O prêmio de probabilidade é aumento de probabilidade do melhor resultado para que o indivíduo fique indiferente entre a riqueza certa  $x$  e a aposta entre as riquezas  $x+h$  e  $x-h$ .<sup>70</sup>

Como visto, a teoria da utilidade esperada, que sofreu diversas críticas e evoluções ao longo do tempo, apresenta instrumento relevante para o estudo da teoria da decisão e do comportamento em situações de risco. Contudo, é um modelo passível de falibilidade. Maurice Allais, em 1953, demonstrou diversos paradoxos da teoria da utilidade esperada, como casos em que não há observância do axioma da independência, ou da propriedade da consequência comum. Maurice Allais apresenta, ainda, o paradoxo da razão comum, demonstrando situações de não observância desta propriedade. Ainda, pesquisadores, sobretudo psicólogos (Daniel Kahneman, Amos Tversky, Sarah Lichtenstein, Paul Slovic) demonstraram fenômenos que desafiam a teoria da utilidade esperada, como o fenômeno da reversão das preferências, que é incompatível com a invariância de procedimento, pressuposta pela teoria da utilidade esperada, bem como o fenômeno do *framing effects*<sup>71</sup>, como violação da invariância de descrição.<sup>72</sup>

Muitas são as críticas referentes ao modelo da utilidade esperada e diversos os modelos desenvolvidos nas últimas décadas com o objetivo de substituí-lo. Contudo, na sua maior parte, são modelos de generalização da teoria da utilidade esperada. Das teorias que

---

<sup>67</sup> Idem, ibidem, pág. 89.

<sup>68</sup> Idem, ibidem, pág. 90.

<sup>69</sup> Idem, ibidem, pág. 93.

<sup>70</sup> Idem, ibidem, pág. 95.

<sup>71</sup> O *framing effects* implica que mudanças na apresentação dos problemas, sem modificá-los na essência, podem gerar consequências diferentes nas escolhas pelos indivíduos.

<sup>72</sup> CUSINATO, Rafael Tiecher. *Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos*. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>, págs. 129/154.

buscam superar a utilidade esperada (teoria da utilidade não-esperada), atualmente, destaca-se a teoria da utilidade esperada ordem-dependente e a *prospect theory*.<sup>73</sup>

A teoria da utilidade esperada ordem-dependente é uma generalização da teoria da utilidade esperada, porém sem a linearidade das probabilidades. O modelo utiliza função ponderadora que transforma as probabilidades em pesos de probabilidades, buscando traduzir a maneira como os indivíduos distorcem as probabilidades, de acordo com o resultado associado. Busca-se refletir o “otimismo” ou o “pessimismo” do tomador de decisões com respeito às probabilidades.<sup>74</sup>

A diferença fundamental entre os modelos reside no enfraquecimento do axioma da independência. Enquanto a teoria da utilidade esperada defende que as preferências não são alteradas por substituição de consequências comuns da mesma probabilidade, o novo modelo afirma que não haverá alteração somente se as substituições não produzirem efeitos sobre o ordenamento dos resultados.<sup>75</sup>

A *Prospect Theory*, por seu turno, foi originalmente desenvolvida por Daniel Kahneman e Amos Tversky. Segundo esta teoria, a decisão é modelada em duas fases: na primeira fase, as opções são editadas a partir de algumas heurísticas de decisão. Na segunda fase, a escolha é determinada por uma função de preferência, semelhante à função de Von Neumann.<sup>76</sup>

A despeito das inconsistências da teoria da utilidade esperada, aferidas em experimentos que colocam em xeque alguns de seus axiomas, bem como diante dos modelos de teorias de utilidade não-esperada, tem-se que estas últimas apresentam-se pouco maleáveis e muito complicadas, enquanto a teoria da utilidade esperada apresenta instrumentos relevantes e de mais fácil aplicação a modelos econômicos específicos.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> Idem, *ibídem*, pág. 158.

<sup>74</sup> Idem, *ibídem*, págs. 159/161.

<sup>75</sup> Idem, *ibídem*, pág. 162.

<sup>76</sup> CUSINATO, Rafael Tiecher. *Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos*. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>, pág. 162.

<sup>77</sup> Idem, *ibídem*, pág. 168.

### III.3. A TOMADA DE DECISÃO FRENTE À INSEGURANÇA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

Uma vez revisada a bibliografia sobre a teoria da decisão e do comportamento frente ao risco, passa-se, com base na teoria da utilidade esperada, a esboçar dois modelos de escolhas comparativos: (i) um traduzindo situação de escolha em casos de absoluta certeza na aplicação da norma tributária; e, (ii) outro em cenário de incerteza e insegurança jurídica na aplicação das regras de tributação. Objetiva-se, assim, identificar elementos nas teorias econômicas a reforçar a importância de afirmação da segurança jurídica no âmbito da tributação.

Dessa forma, tendo como critério a eficiência na arrecadação tributária, se buscará identificar, com base na teoria da utilidade esperada, dentre os dois modelos (ambiente de segurança jurídica e ambiente de insegurança jurídica) qual o que propicia incentivos ao adimplemento da obrigação tributária e qual implica em incentivo à evasão fiscal.

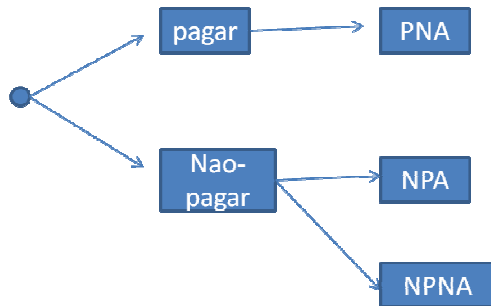
Inicialmente, considere-se um cenário hipotético de segurança jurídica, em que não há qualquer incerteza ou risco envolvendo a incidência da Lei tributária ou da atuação fiscal. A norma tributária é certa, seu conteúdo e alcance absolutamente claros, a obrigação tributária e todos os seus elementos são facilmente identificados pelos indivíduos, de modo que ao contribuinte compete uma única escolha: pagar ou não pagar o tributo.

Em pagando o tributo, o resultado certo será a satisfação de suas obrigações perante o Estado, inexistindo qualquer probabilidade de autuação e cobrança de outros valores pela fiscalização. Por outro lado, se o contribuinte optar por não pagar o tributo, dois são os resultados possíveis: não ser autuado, passando a lucrar com o tributo que deixou de verter aos Cofres Públicos; e, ser autuado e compelido a pagar ao Estado o valor pecuniário do tributo, acrescido dos encargos da mora (multa e juros).

Desconsiderando outros aspectos como a satisfação com os serviços públicos prestados pelo Estado ou aspectos ideológicos quanto ao nível de intervenção no setor privado, atentando-se somente à Loteria apresentada acima, temos que: a opção 01 (pagar o tributo) gera o resultado certo de não-autuação (PNA), enquanto a opção 02 (não pagar



tributo) apresenta dois resultados prováveis: (i) autuação com acréscimos da mora (NPA); (ii) não-autuação, e lucro com o valor do tributo que deixou de ser pago (NPNA).



Assim:

$U(\text{opção 01}) = U(\text{PNA})$ , enquanto

$U(\text{opção 02}) = \alpha U(\text{NPA}) + (1 - \alpha)U(\text{NPNA})$

Se  $U(\text{opção 01}) > U(\text{opção 02})$  e  $U(\text{opção 01}) = \alpha U(\text{PNA}) + (1-\alpha)U(\text{PNA})$ , então

$\alpha U(\text{PNA}) + (1-\alpha)U(\text{PNA}) > \alpha U(\text{NPA}) + (1 - \alpha)U(\text{NPNA})$

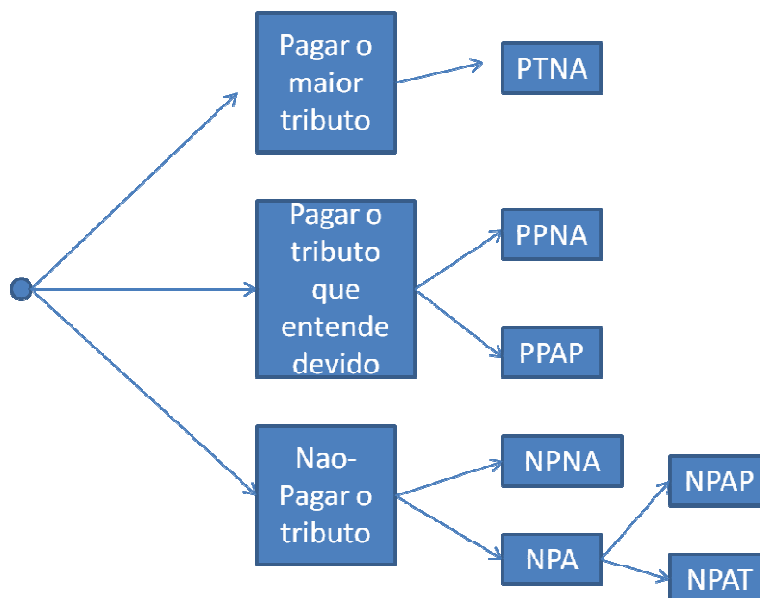
$\alpha[U(\text{PNA})-U(\text{NPA})] > (1-\alpha)[U(\text{NPNA})-U(\text{PNA})]$ , temos que:

A opção 01 será preferível à opção 02, se e somente se, o excesso de utilidade de Pagar e não ser autuado em relação a não pagar e ser autuado se sobrepõe ao excesso de utilidade entre não pagar e não ser autuado sobre pagar e não ser autuado, considerando as correspondentes probabilidades.

Tendo-se em conta que a maioria das pessoas são avessas ao risco e, em tal ambiente de certeza, há baixa probabilidade de não pagar e não ser autuado, é suficiente concluir que um número aproximado da totalidade das pessoas tendem a optar pela opção 01, conclusão está que poderá ser testada e refutada oportunamente com possíveis experimentos. Pode-se concluir, pois, que em um cenário de segurança e certeza com relação à aplicação da norma tributária a tendência é de que o maior número de pessoas opte por pagar o tributo.

Considere-se, agora, cenário diverso, de incerteza com relação à aplicação da norma tributária. Suponha-se que o contribuinte, responsável pela apuração e recolhimento do tributo, não possui a certeza quanto ao valor a ser vertido ao Estado. Cogite-se de dúvida plausível quanto à possibilidade de redução da base de cálculo, por força de previsão de redutor em Regulamento, direito de crédito ou dedução de alguma despesa; ou quanto à alíquota aplicável, em razão do enquadramento fiscal ou da classificação da mercadoria; ou qual tributo em espécie se deveria incidir frente a determinado fato tributável. Em qualquer destes casos é possível distinguir ao menos três opções que conduzem a seis resultados possíveis.

- OPÇÃO 01: Pagar o maior tributo. Resultado certo: Não-autuação (PTNA);
- OPÇÃO 02: Pagar o tributo que se entende devido, não contemplado pela opção 01. Resultados prováveis: Não-autuação e lucro pela diferença que deixou de pagar (PPNA); Autuação entre a diferença do que foi pago e o que se deixou de recolher, acrescida dos encargos da mora (PPAP).
- OPÇÃO 03: Não pagar o tributo. Resultados prováveis: Não- autuação e lucro pela totalidade que deixou de pagar (NPNA); Autuado a pagar o tributo devido na forma da opção 02, acrescido dos encargos (NPAP); autuado a pagar o tributo devido na forma da opção 01, acrescido dos encargos (NPAT).



Assim, temos que:

$$U(\text{opção 01}) = U(\text{PTNA})$$

$$U(\text{opção 02}) = \alpha U(\text{PPNA}) + (1-\alpha)U(\text{PPAP})$$

$$U(\text{opção 03}) = \alpha U(\text{NPNA}) + (1-\alpha)U(\text{NPA}), \text{ sendo que } U(\text{NPA}) = \alpha U(\text{NPAP}) + (1-\alpha)U(\text{NPAT})$$

$$U(\text{opção 03}) = \alpha U(\text{NPNA}) + (1-\alpha)[\alpha U(\text{NPAP}) + (1-\alpha)U(\text{NPAT})]$$

Se a  $U(\text{opção 01}) > U(\text{opção 02})$  e a  $U(\text{opção 01}) = \alpha U(\text{PTNA}) + (1-\alpha)U(\text{PTNA})$ , temos:

$$\alpha U(\text{PTNA}) + (1-\alpha)U(\text{PTNA}) > \alpha U(\text{PPNA}) + (1-\alpha)U(\text{PPAP})$$

$$\alpha[U(\text{PTNA}) - U(\text{PPNA})] > (1-\alpha)[U(\text{PPAP}) - U(\text{PTNA})], \text{ e ainda,}$$

Se  $U(\text{opção 01}) > U(\text{opção 03})$ , temos que

$\alpha U(\text{PTNA}) + (1-\alpha)U(\text{PTNA}) > \alpha U(\text{NPNA}) + (1-\alpha)[\alpha U(\text{NPAP}) + (1-\alpha)U(\text{NPAT})]$ , de modo que

$$\alpha[U(\text{PTNA}) - U(\text{NPNA})] > (1-\alpha)\{\alpha U(\text{NPAP}) + (1-\alpha)U(\text{NPAT}) - U(\text{PTNA})\}.$$

Dessa forma, tem-se que, no cenário posto, a opção de pagar o maior tributo será preferível às demais se e somente se o excesso de utilidade em pagar o maior tributo e não ser autuado em relação à utilidade de pagar apenas o tributo que entende devido e não ser autuado for maior do que o excesso de utilidade em optar em pagar parte e ser autuado na parte que não pagou em relação à utilidade de pagar tudo e não ser autuado, considerada as correspondentes probabilidades, bem como se e somente se o excesso de utilidade de pagar o maior tributo e não ser autuado em relação à utilidade de não pagar e não ser autuado for maior que o excesso de utilidade na perda entre não pagar e ser autuado (total ou parcialmente) em relação à utilidade de pagar tudo e não ser autuado.

Considerando que  $\text{NPNA} > \text{PPNA} > \text{NPAP} > \text{PTNA} > \text{PPAP} > \text{NPAT}$ , em havendo uma percepção do decisor, seja por intuição, seja por observação, de boa probabilidade em não ser autuado se não pagar ou se pagar parte, ou ainda, de não pagar e ser autuado a pagar apenas o que entendia devido (opção 02), a tendência é que não adote a opção 1, e prevaleça a opção 3.

Com efeito, ante a diversidade de resultados possíveis que a insegurança no conteúdo e alcance da norma tributária gera, pode-se alcançar algumas conclusões:

1º) As pessoas com alta aversão a risco se sujeitarão a pagamento do maior tributo, ainda que esteja pagando tributo indevido, pela preferência de certeza de não-autuação;

2º) Quem é indiferente ao risco tende a pagar o tributo que entende devido, assumindo o risco de eventual autuação, com a exigência de complementação da exação tributária, acrescida dos encargos;

3º) aqueles que possuem propensão ao risco, de acordo com o nível, tendem a não pagar o tributo ou pagar parte, na forma do item anterior.

Importa frisar que no sistema tributário brasileiro a maior parte dos tributos e o maior nível de arrecadação provém da atividade econômica gerada pelas pessoas jurídicas, sendo o PIS/COFINS, ICMS, IPI, IRPJ, CSLL, os principais tributos que compõem a arrecadação tributária, todos de responsabilidade de apuração e recolhimento pelas empresas.

Por sua vez, o empreendedor, sobretudo no cenário econômico do Brasil, para lançar-se no mercado a empreender, tende a ser indiferente ou propenso a risco, por conta da insegurança jurídica generalizada decorrente da álea natural dos negócios, da legislação trabalhista, da relativização das regras de responsabilidade no âmbito fiscal, consumidor, etc.

Dessa forma, considerando que em um cenário de incerteza quanto à aplicação da norma tributária a tendência dentre aqueles que possuem indiferença ou propensão ao risco é a de pagar o tributo que entende devido ou, ainda, no caso destes últimos, deixar de pagar o tributo, assumindo o risco da autuação; considerando ainda que a maior parte da arrecadação é de responsabilidade de apuração e recolhimento dos empresários, os quais tendem a ser indiferentes ou propensos ao risco, forçoso concluir que a insegurança na aplicação da norma tributária serve como incentivo à evasão fiscal.

Como se vê, lançando mão da teoria da utilidade esperada, esboçando dois modelos hipotéticos, sendo um que retrata cenário de segurança e certeza na aplicação da norma tributária e outro de insegurança jurídica, pode-se concluir que o primeiro modelo implica em estímulo ao adimplemento das obrigações tributárias, enquanto o segundo apresenta

incentivos, sobretudo às pessoas com propensão ao risco, de descumprirem as regras tributárias, buscando lucrar com a evasão de tributos.

## CONCLUSÃO

Na presente pesquisa se investigou as contribuições das ciências econômicas ao estudo do direito. Viu-se que a economia proporciona ferramentas válidas para uma análise mais pragmática do estudo jurídico e que a análise econômica do direito pode ser positiva ou normativa, sendo que a primeira se preocupa com uma análise do plano dos fatos, enquanto a segunda à uma análise axiológica. Verificou-se na bibliografia especializada diversas aplicações da economia no estudo específico do Direito Tributário, sobretudo nos aspectos relacionados à melhor estruturação do sistema tributário, a maior eficiência na tributação, mitigação dos custos advindos da exação tributária, e maximização dos benefícios sociais que justificam a transferência da renda particular para o governo.

Na sequência da pesquisa, pode-se concluir da revisão bibliográfica da doutrina especializada do Direito, conceitos e definições para o princípio da segurança jurídica, e a sua posição de prevalência normativa dentre a hierarquia das normas. Percebe-se na doutrina consenso de que o Estado se erigiu sobre um conceito de segurança, e as normas jurídicas devem existir e ser aplicadas com estrita observância deste princípio, sob pena de invalidade e de ofensa à própria razão de existir das instituições jurídicas.

Concluída a análise do princípio da segurança jurídica, passou-se a elucidar cenários de insegurança na aplicação do direito, ilustrados por precedentes jurisprudenciais. Analisou-se na bibliografia econômica os conceitos de custos de transação, e concluiu-se que a insegurança na aplicação das normas tributárias aumenta o peso morto dos tributos, ao exigir dos contribuintes constantes esforços de adequação às normas que se alteram com elevada frequência, bem como o custo de conformação a um sistema tributário altamente complexo.

Da análise da insegurança na tributação como custo de transação, pode-se concluir que a tributação ótima consiste no cenário em que os valores despendidos pelo contribuinte se igualam à receita líquida do Estado. Todo o custo do contribuinte que extrapola o valor do tributo, e toda a despesa do Estado para arrecadação dos valores, minorando a receita líquida do tributo, representam o custo social da tributação. Dessa forma, quanto menor o custo do contribuinte para pagar o tributo e quanto menor a despesa do Estado para auferir a receita,

maior a eficiência do sistema tributário. A insegurança jurídica, uma vez que representa custo de transação para o contribuinte, contribui para a ineficiência do sistema tributário.

Pode-se concluir, ainda, que a insegurança jurídica não decorre exclusivamente das constantes mudanças normativas, mas também pela incerteza do conteúdo na interpretação e aplicação das regras de tributação. Diante deste cenário de incerteza, passou-se a analisar as teorias econômicas que estudam o comportamento dos indivíduos frente ao risco.

Da doutrina econômica especializada pode-se traçar um histórico nas teorias da decisão, iniciando na Expectância Matemática, cujos primórdios montam a Pascal e Fermat, até as doutrina mais atuais como a teoria da utilidade esperada ordem-dependente e a *prospect theory*. Para a presente pesquisa, tomou-se como modelo de análise aquele desenvolvido inicialmente por Bernoulli, e aperfeiçoado por Von Neumann, denominado de Teoria da Utilidade Esperada.

Viu-se que para a Teoria da Utilidade Esperada os indivíduos fazem decisões não com base em um valor monetário esperado, mas sim fundamentos em uma expectativa de utilidade que a escolha lhe proporcionará. Assim, a teoria nos informa que a utilidade esperada em uma decisão corresponde à soma das utilidades esperadas de cada resultado possível, valorado pela sua probabilidade de ocorrência.

Aplicando o modelo da Utilidade Esperada a um cenário de segurança jurídica, onde existe certeza e previsibilidade na tributação e na atuação fiscal, a decisão se restringe a pagar ou não-pagar o tributo, de modo que, conforme demonstrado na aplicação do modelo, a tendência é de que a maioria absoluta dos indivíduos opte por pagar o tributo.

Ao contrário, nos casos de incerteza quanto à tributação, a decisão torna-se mais complexa, pois se aumentam as opções e os resultados possíveis se multiplicam. Aplicando-se, pois, o modelo da Utilidade Esperada, ante a diversidade de resultados possíveis que a insegurança no conteúdo e alcance da norma tributária gera, pode-se alcançar algumas conclusões:

1º) As pessoas com alta aversão a risco se sujeitarão a pagamento do maior tributo, ainda que esteja pagando tributo indevido, pela preferência de certeza de não-autuação;

2º) Quem é indiferente ao risco tende a pagar o tributo que entende devido, assumindo o risco de eventual autuação, com a exigência de complementação da exação tributária, acrescida dos encargos;

3º) aqueles que possuem propensão ao risco, de acordo com o nível, tendem a não pagar o tributo ou pagar parte, na forma do item anterior.

Dessa forma, considerando que em um cenário de incerteza quanto à aplicação da norma tributária a tendência dentre aqueles que possuem indiferença ou propensão ao risco é a de pagar o tributo que entende devido ou, ainda, no caso destes últimos, deixar de pagar o tributo, assumindo o risco da autuação; considerando ainda que a maior parte da arrecadação dos tributos é de responsabilidade dos empresários, os quais tendem a ser indiferentes ou propensos ao risco, forçoso concluir que a insegurança na aplicação da norma tributária serve como incentivo à evasão fiscal.

Como se vê, lançando mão da teoria da utilidade esperada, esboçando dois modelos hipotéticos, sendo um que retrata cenário de segurança e certeza na aplicação da norma tributária e outro de insegurança jurídica, pode-se concluir que o primeiro modelo implica em estímulo ao adimplemento das obrigações tributárias, enquanto o segundo apresenta incentivos, sobretudo às pessoas com propensão ao risco, de descumprirem as regras tributárias, buscando lucrar com a evasão de tributos.



## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

AUERBACH, Alan J.; HINES JR., James R. *Taxation and economic efficiency*. National Bureau of Economic Research, Cambridge, NBER Working Paper, working paper 8181, Mar. 2001. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w8181>.

BERNOULLI, D. Specimen theoriae novae de mensura sortis. *Comentarii Academiae Scientiarum Imperialis Petropolitanae* 5, 175-192. Versão traduzida: Expositions of a new theory of the measurement of risk. *Econometrica*, 22, 1954, 23-26. IN: CUSINATO, Rafael Tiecher. *Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos*. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>

BORGES, Souto Maior. *Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo*. RDT n.º 63. São Paulo: Malheiros, 1997. IN: PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. LEI 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 de outubro de 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm). Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei-Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm). Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. LEI 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 de fevereiro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm). Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

BYRNS, Ralph T.; STONE, Gerald W. *Microeconomia*. Tradução de Fernanda Camila R. Cavalheiro; revisão técnica Nelson Cavalheiro. São Paulo: Makron Books, 1996. *Apud*: POHLMANN, Marcelo Coletto; IUDICIBUS, Sérgio. *Tributação e Política Tributária: Uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2006.

CARVALHO, Cristiano. *Análise Econômica da Tributação*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010

CUSINATO, Rafael Tiecher. *Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos*. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>

GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Econômica*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A estabilidade dos atos administrativos*. RTDP 48/80, São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

POHLMANN, Marcelo Coletto; IUDICIBUS, Sérgio. *Tributação e Política Tributária: Uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2006.

POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 382. apud GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Econômica*. IN: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Coord. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SLEMROD, Joel; YITHAKI, Shlomo. *The costs of taxation and the marginal efficiency cost of funds*. International Monetary Fund Staff Papers, International Monetary Fund, v 43, n1, p 172-199, Mar. 1996. Apud: POHLMANN, Marcelo Coletto; IUDICIBUS, Sérgio. *Tributação e Política Tributária: Uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2006.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VON NEUMANN, John; MORGENSTEIN, Oskar. *Theory of games and economic behavior*. New Jersey: Princeton University Press. IN: CUSINATO, Rafael Tiecher. *Teoria da Decisão sobre Incerteza e a Hipótese da Utilidade Esperada: Conceitos analíticos e paradoxos*. 2003. 181 folhas. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Acessada em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1961>.