

O FISCO COMO ARQUITETO DE ESCOLHAS: HEURÍSTICAS, VIESES E EXTRAFISCALIDADE

TAX AUTHORITIES AS ARCHITECT OF CHOICES: HEURISTICS, BIASES AND EXTRAFISCALITY

WLADYMR SOARES DE BRITO FILHO

Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogado. wladymirfilho@hotmail.com

EDUARDO MARCIAL FERREIRA JARDIM

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Professor Titular de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestrado e Doutorado (UPM). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Cadeira Nº 62. Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário- IBEDAFT. Autor de obras jurídicas. Advogado. eduardo@eduardojardim.com.br

Resumo: Quando o Estado intervém na ordem econômica, política e social exercendo o seu poder-dever de tributar, sua atuação assume a importante faceta extrafiscal de arquitetura de escolhas da sociedade, que deve se pautar por um paternalismo libertário ao induzir comportamentos sem desrespeitar a liberdade de escolha dos contribuintes. O artigo examina o emprego da tributação pelo Fisco sob o enfoque da indução de comportamentos socialmente benéficos dos contribuintes, investigando os efeitos das normas tributárias à luz dos achados da Economia Comportamental.

Palavras-chaves: economia comportamental; direito tributário; extrafiscalidade; arquitetura de escolhas; heurísticas e vieses.

Sumário: 1. Introdução - 2. A finalidade extrafiscal da tributação: intervenção do estado nas ordens econômica, política e social - 3. Arquitetura de escolhas: heurísticas, vieses e enquadramento das decisões dos indivíduos - 4. O Fisco como arquiteto de escolhas: expressando um paternalismo libertário por meio da tributação - 5. Considerações finais 6 - Referências.

1. INTRODUÇÃO

A função mais usual dos tributos é a obtenção de receitas públicas decorrentes pelo Estado, abastecendo os cofres públicos de recursos suficientes para fazer frente

Abstract: When the State intervenes in the economic, political and social order exercising its power-duty to tax, its performance takes on the important extrafiscal facet of society's choice architecture, which must be guided by a libertarian paternalism by inducing behavior without disrespecting freedom of choice of taxpayers. The article examines the use of taxation by the Tax Authorities under the focus of inducing socially beneficial behaviors of taxpayers, investigating the effects of tax rules in the light of the findings of Behavioral Economics.

Keywords: behavioral economics; tax law; extrafiscality; choice architecture; heuristics and biases.

às despesas determinadas pela Constituição. Não há dúvidas de que esta finalidade fiscal (arrecadatória) é a função precípua da atividade tributária do Estado.

Contudo, a função tributária também pode ser exercida visando outras finalidades para além da obtenção de recursos financeiros. O Estado de Direito moderno abriga em si a possibilidade de que a imposição tributária vise alcançar determinados fins econômicos, políticos ou sociais para além da arrecadação. Nestes casos, estaremos diante de tributos com finalidade extrafiscal (ou ordinatória).

Esta faceta indutora da política fiscal se revela com maior intensidade quando a finalidade preponderante da cobrança do tributo não é a obtenção de receitas públicas derivadas, mas sim a intervenção do Estado na ordem econômica, política e social.¹ Dentre estas finalidades ordinatórias reunidas sob o manto da extrafiscalidade, chama a atenção um dos efeitos concretos que a tributação assume no seio da sociedade, que somente nos é revelado a partir da interação entre os campos da Economia Comportamental e do Direito Tributário: o enquadramento das decisões dos contribuintes a partir da incidência tributária.

A Economia Comportamental, ao lançar novas luzes acerca de como as heurísticas e vieses cognitivos influenciam o processo de tomada de decisão dos seres humanos – que nem sempre é racional, nos fornece ferramentas úteis para compreender melhor a influência que a atividade tributária do Estado pode ter sobre as escolhas que são feitas concretamente pelos cidadãos.

O presente artigo busca demonstrar que, quando o Estado intervém na ordem econômica, política e social exercendo o seu poder-dever de tributar, sua atuação assume a importante faceta extrafiscal de *arquitetura de escolhas* da sociedade. Políticas de investimento de empresas, adoção de certos modelos de negócio em detrimento de outros, contratação ou demissão de empregados, abertura ou fechamento de empresas em localidades específicas, mudanças no padrão de consumo de produtos e serviços – todas estas são decisões que podem ser moldadas a partir de como os tributos incidem sobre os respectivos fatos geradores.

O artigo examinará o emprego da tributação extrafiscal pelo Fisco sob o enfoque da indução de comportamentos socialmente benéficos dos contribuintes, revelando a possibilidade de comunicação do sistema jurídico com a ordem econômica. Esta investigação dos efeitos das normas tributárias indutoras à luz dos achados da Economia Comportamental será feita a partir de uma revisão bibliográfica, seguindo o método dedutivo.

Para alcançar tal finalidade, o artigo está estruturado da seguinte maneira: a primeira parte se detém no exame do poder-dever de tributar conferido ao Estado pela Constituição, analisando suas facetas fiscal e, sobretudo, extrafiscal.

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234.

A segunda parte terá por objeto o exame contribuições da Economia Comportamental para a compressão dos processos de tomada de decisão dos seres humanos e como estes reagem a incentivos – não apenas econômicos - focando no conceito de arquitetura de escolhas.

A parte final do artigo faz a conexão entre o conceito de arquitetura de escolhas da Economia Comportamental e o poder-dever de tributar do Estado, identificando o Fisco como agente influenciador de comportamentos saudáveis dos contribuintes por meio da tributação com finalidade ordinatória. Neste contexto, são fornecidos exemplos concretos de uso da tributação, em suas mais variadas facetas, como indutora de comportamentos socialmente benéficos dos contribuintes.

2. A FINALIDADE EXTRAFISCAL DA TRIBUTAÇÃO: INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS ORDENS ECONÔMICA, POLÍTICA E SOCIAL.

O Direito, concebido como um sistema de normas jurídicas, revela-se como instrumento de regulação de condutas humanas, tendo como finalidade realizar os valores erigidos na Constituição. Conforme observado por Sacha Calmon Navarro Coêlho, o Direito é a mais eficaz técnica de organização social e de planificação de comportamentos humanos, determinando os comportamentos desejáveis.²

Desta premissa, nota-se o caráter eminentemente instrumental do Direito, na medida em que, através das normas jurídicas, consubstancia um meio para atingir as finalidades constitucionais³.

A tributação extrafiscal manifesta este caráter instrumental do Direito na seara tributária,⁴ ao empregar o tributo com finalidades diversas da mera arrecadação, tais como alocação de recursos em certas atividades, estabilização macroeconômica do país e redistribuição de renda. Estas funções não são novidade: por significar a entrega de parcela do patrimônio particular ao Estado, o tributo, desde suas origens, já apresentava repercussões além da meramente arrecadatória, estimulando ou dissuadindo a prática de diversas condutas.⁵

A extrafiscalidade traduz-se no conjunto de normas que, embora formalmente o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados econômicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas.⁶

² COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

³ BARRETO, Simone Rodrigues Costa. Tributação extrafiscal. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/305/edicao-1/tributacao-extrafiscal>. Acesso em: 03 Nov. 2020, p. 2.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. Cit.*, p. 233.

⁵ *Ibidem*

⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado*

Conforme observado por Aliomar Baleeiro, a extrafiscalidade pode ser entendida como o emprego do tributo como instrumento de intervenção ou regulação pública. Nestes casos, a função puramente fiscal é sobrepujada pelas funções “extrafiscais” da norma jurídica, sendo a técnica tributária adaptada ao desenvolvimento de determinada política pública ou diretriz.⁷

Os efeitos que os tributos exercem sobre as condutas da sociedade são perceptíveis, encorajando ou desestimulando a prática de alguns atos e, por conseguinte, interferindo na economia em geral.⁸ Nesta mesma toada, Geraldo Ataliba aponta que seria utópico imaginar uma tributação que não influenciasse o comportamento da sociedade: não existem finanças neutras.⁹

A principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será de um instrumento de arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada.¹⁰

O poder de tributar, modernamente, é objeto de redobrada atenção pelo Direito Constitucional. A uma, porque o exercício da tributação é fundamental aos interesses do Estado, tanto para auferir as receitas necessárias à realização de seus fins, sempre crescentes, quanto para utilizar o tributo como instrumento extrafiscal, técnica em que o Estado intervencionista é pródigo. A duas, porque tamanho poder há de ser disciplinado e contido em prol da segurança dos cidadãos, campo de incidência das limitações constitucionais ao poder de tributar.¹¹

É preciso destacar que a distinção entre tributos com finalidade arrecadatória (fiscal) e ordinatória (extrafiscal) é tão somente de predominância do objetivo maior a ser alcançado, vez que não existem na realidade prática tributos puramente fiscais ou extrafiscais.¹² Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro.¹³

Ao analisar as diferentes funções a serem desempenhadas pela norma tributária, Luis Eduardo Schoueri destaca que todas as normas que visam à cobrança de impostos possuem a função de arrecadar, seja ela positiva ou negativa. Entretanto, a mesma norma pode exercer outras funções, a saber: (i) a de distribuir a carga tributária utilizando-se dos critérios da justiça distributiva; (ii) indutora de comportamentos; e (iii) simplificadora.¹⁴

fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2015, p. 629.

⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 176.

⁸ *Ibidem*

⁹ ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 150.

¹⁰ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 2002, p. 586.

¹¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. Cit.*, p. 39.

¹² CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. Cit.*, p. 234.

¹³ BARRETO, Simone Rodrigues Costa. *Op. Cit.*, p. 8.

¹⁴ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

Portanto, todos os tributos assumem uma feição extrafiscal, com maior ou menor destaque, sendo difícil a tarefa de distinguir na prática até que ponto se nota a finalidade arrecadatória ou a ordinatória. Isto acontece porque uma mesma norma tributária pode apresentar uma multiplicidade de fins constitucionalmente legítimos a serem alcançados.¹⁵

Hugo de Brito Machado Segundo expõe que a extrafiscalidade trabalha, basicamente, com a redução ou com o aumento do ônus tributário, interferindo de forma específica nos comportamentos dos contribuintes que adotam condutas que se deseja estimular ou desestimular. Contudo, o Direito Tributário não costuma investigar como esta redução ou aumento do ônus tributário efetivamente interfere no comportamento das pessoas (e os resultados daí decorrentes), por se tratar de aspectos considerados “não jurídicos”.¹⁶

A doutrina do Direito Tributário, ao deixar de fora de seu campo de investigação os fatores que levam à criação da norma tributária e os efeitos decorrentes de sua aplicação, encontra dificuldades para versar sobre os tributos com função indutora. Neste contexto, estudos empíricos de Economia Comportamental e de neurociência revelam, todavia, que estímulos e desestímulos econômicos nem sempre funcionam, e às vezes têm efeito inverso ao pretendido. Adicionalmente, são capazes de corroer motivações outras, de ordem não econômica, para a adoção de condutas desejáveis.¹⁷

3. ARQUITETURA DE ESCOLHAS: HEURÍSTICAS, VIESES E ENQUADRAMENTO DAS DECISÕES DOS INDIVÍDUOS

A história do pensamento econômico está repleta de vertentes e teorias que seguiram por diferentes caminhos para solucionar o problema da alocação da riqueza em uma sociedade de bens escassos. A evolução científica da Economia, e a latente controvérsia sobre seu estatuto epistemológico, sugere a existência de forte relação entre as formas de atuação do Estado no cenário político-econômico e o programa jurídico-político que lhe dá fundamento.¹⁸

A Teoria da Racionalidade das Escolhas (*Rational Choice Theory*), também conhecida como Teoria da Utilidade Esperada (*Expected Utility Theory*), foi o paradigma da Escola Neoclássica de Economia e principal fundamento do pensamento econômico a partir do século XIX.¹⁹ Esta considera que os seres humanos pautam

¹⁵ BARRETO, Simone Rodrigues Costa. *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁶ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Ciência do direito tributário, economia comportamental e extrafiscalidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [S.L.], v. 8, n. 2, p. 639-659, 26 set. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5252>. Acesso em: 27 out. 2020, p. 655.

¹⁷ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Op. Cit.*, p. 656.

¹⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [S.L.], v. 8, n. 2, p. 456-471, 26 set. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5218>. Acesso em: 03 nov. 2020, p. 459 a 460.

¹⁹ TOMKOWSKI, Fábio. A tributação extrafiscal e as teorias da decisão como Indutores de comportamentos sustentáveis. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. [S.L.], Ano 2, n. 2, p. 483-501, 2016. Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP). Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica>

suas decisões mediante uma análise racional entre custo-benefício e utilidade, de modo que os sentimentos, as influências cognitivas, emocionais e sociais, além das ilusões de conhecimento, não exercem influência nessas escolhas. O ser humano seria um tomador de decisão centrado e ponderado, que faz escolhas com base em expectativas racionais, buscando otimização e equilíbrio.²⁰

A superação deste paradigma da racionalidade absoluta do agente econômico ocorreu somente na década de 1970, a partir dos estudos de Amos Tversky e Daniel Kahneman no âmbito da economia e psicologia comportamental. A Teoria da Perspectiva (*Prospect Theory*) por eles desenvolvida funda um novo ramo da Economia (*Behavioral Economics*), que ganha notoriedade por contestar o paradigma da racionalidade do *homo economicus*.²¹

Segundo Kahneman e Taversky, as motivações racionais e as motivações emocionais têm papel preponderante no processo de escolhas econômicas, e atuam de forma a moldar a percepção dos incentivos econômicos, tanto positivamente quanto negativamente. A quantidade e a procura de determinados bens são influenciadas por uma série de variáveis que vão além da simples análise dos preços ou disponibilidade da renda.²²

A *Behavioral Economics* se utiliza da Psicologia e da Economia para empreender uma análise mais realista no que tange às escolhas dos indivíduos em sociedade. Sua principal contribuição é demonstrar, empiricamente, como e por que os seres humanos tomam decisões econômicas equivocadas - normalmente, boas escolhas surgem apenas em contextos nos quais se têm experiência, boas informações e *feedback* rápido.²³

Kahneman e Taversky expõem que a mente humana funciona de duas formas: uma rápida e intuitiva (Sistema 1), que decorre de atividades completamente involuntárias ou até suscetíveis de controle, mas que normalmente funcionam automaticamente; e outra lenta, lógica e deliberativa (Sistema 2), decorrente de atividades que exigem atenção e são interrompidas quando a atenção é desviada.²⁴

Comecei este livro apresentando dois personagens fictícios, passei algum tempo discutindo duas espécies e terminei com dois eus. Os dois personagens foram o intuitivo Sistema 1, que exerce o pensamento rápido, e o oneroso e mais lento Sistema 2, que executa o pensamento lento, monitora o Sistema 1 e mantém o controle da melhor forma que pode dentro de seus recursos limitados. As duas espécies eram os fictícios Econs, que vivem no mundo da teoria, e os Humanos, que atuam no mundo real. Os dois são o eu

lusobrasileira-ano-2-2016-n-2/163. Acesso em: 03 nov. 2020, p. 484 a 485.

²⁰ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 19.

²¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. *Op. Cit.*, p. 462.

²² *Ibid.*

²³ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 18.

²⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 34.

experencial, que vive, e o eu recordativo, que mantém a contagem do placar e faz escolhas.²⁵

Muitas decisões são baseadas em crenças construídas a respeito de fatos e/ou processos que não são conhecidos com certeza. Diante de situações como essas, a Teoria da Perspectiva demonstra que as pessoas fazem uso de regras simples que reduzem a complexidade das decisões – as heurísticas – que costumam ser úteis, mas algumas vezes nos levam a erros graves e sistemáticos.²⁶

Portanto, as decisões humanas são influenciadas por uma série de *heurísticas* e *vieses*, levando a constantes falhas de julgamento – sobretudo quando há uma sobrecarga de escolhas e informações.²⁷ As heurísticas, que são um atalho simplificador para fazer um julgamento probabilístico difícil, podem acarretar vieses, que são desvios cognitivos passíveis de levar a decisões equivocadas.²⁸

Segundo Thaler e Sunstein, três são as principais heurísticas identificadas pela Teoria da Perspectiva: (i) ancoragem e ajuste, quando partimos de um número conhecido e então fazemos ajustes na direção que consideramos apropriada; (ii) disponibilidade, ou seja, avaliar o risco de algo acontecer de acordo com a facilidade com que conseguimos pensar na questão; e (iii) representatividade (ou similaridade), quando julgamos a probabilidade de que um objeto ou evento A pertença à classe B observando apenas o grau em que A se assemelha B.²⁹

Diante de um quadro de incertezas, ou de informações incompletas, as pessoas apresentam uma série de reações que não podem ser consideradas racionais, conforme intuía os economistas ligados à *Rational Choice Theory*. Ao contrário, as pessoas são limitadamente racionais, uma vez que suas efetivas escolhas dependem, dentre outras coisas, da forma como as questões são apresentadas (*framing*) e de sua disposição para assumir riscos (*risk aversion*), especialmente num ambiente de incertezas.³⁰

Por tais motivos, as escolhas não são absolutamente racionais, mas sim limitadas a uma série de fatores que bloqueiam a opção ótima. A disposição de manter o *status quo* (*inertia*), o sentimento de apego e posse (*endowment effect*), o equívoco no julgamento sobre os efeitos ao longo do tempo (*hyperbolic discount*), a insistência em escolhas ruins (*sunk cost*) etc., são manifestações neurocognitivas (vieses) que podem ser estimuladas ou evitadas, de acordo com os incentivos aos quais os agentes econômicos são expostos (arquitetura dos incentivos).³¹

²⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Op. Cit.*, p. 510.

²⁶ SBICCA, Adriana. Heurísticas no estudo das decisões econômicas: contribuições de Herbert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 579-603, Set. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612014000300006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 Nov. 2020, p. 589.

²⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Op. Cit.*, p. 16 a 17.

²⁸ TOMKOWSKI, Fábio. *Op. Cit.*, p. 4.

²⁹ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Op. Cit.*, p. 33 a 37.

³⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. *Op. Cit.*, p. 462.

³¹ *Ibidem*

Assim, *representatividade, disponibilidade e ancoragem* são conceitos que, introduzidos numa teoria da decisão, possibilitaram explicações para muitos comportamentos *irracionais* observados, o que os tornou bastante utilizados por autores que trabalham com teoria comportamental e também por aqueles que procuram analisar padrões de decisão em ambientes específicos, como decisões jurídicas, médicas e de consumo.³²

Na medida em que a Teoria da Perspectiva examina como decidimos e, portanto, como nos comportamos, sua importância para o Direito é acentuada. A compreensão sobre a forma como se dá a tomada de decisões se revela fundamental para examinarmos tanto as decisões do agente no plano da observância das normas, realizando ou não uma conduta considerada desejável ou indesejável, como as dos administradores e julgadores no plano da aplicação destas normas.³³

A história da regulação estatal não é recente. Toda organização política estipula, com maior ou menor interferência, as regras de comportamentos tolerados pela coletividade. Apenas recentemente, instituições governamentais foram persuadidas a utilizar o ferramental da Economia Comportamental como um instrumento para atingir os objetivos sociais do bem-estar social. Porém, há uma diferença significativa entre coagir e influenciar, exigir e manipular. Esses exercícios de conformação dos comportamentos são mais controversos quando, revestidos da força normativa do ente estatal, influem no domínio privado das escolhas econômicas e sociais. Os seus mecanismos de persuasão, como mencionado no título do último livro de Cass Sunstein, levantam questionamentos de ordem ética e política, a respeito de onde e como a aplicação dessa influência estatal está de acordo com outros princípios informadores da legislação.³⁴

A arquitetura de incentivos, utilizada como componente do sistema de regras jurídicas, constitui uma alternativa indispensável para adequar as propostas políticas no campo social, concedendo ao indivíduo maior capacidade de escolha: o indivíduo poderá decidir mais claramente entre as possibilidades que se lhe apresentam, sobretudo quando identificadas as limitações cognitivas às quais está submetido.³⁵

A partir desta compreensão deste mecanismo de heurísticas e vieses cognitivos, temos que os indivíduos, aqui analisados como agentes econômicos, se encontram diante de diversas armadilhas, nem sempre aparentes. Para equilibrar o contexto das opções, a *Behavioural Law and Economics* sugere que o gestor das políticas públicas incorpore o papel de um “arquiteto das escolhas”.³⁶

Conforme exposto por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, um arquiteto de escolhas tem a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas

³² SBICCA, Adriana. *Op. Cit.*, p. 594.

³³ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Op. Cit.*, p. 646.

³⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. *Op. Cit.*, p. 459.

³⁵ *Ibidem.*, p. 465.

³⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. *Op. Cit.*, p. 466.

tomam decisões, sendo certo que pequenos detalhes podem gerar grande impacto no comportamento das pessoas.³⁷

Neste contexto, os *nudges* são considerados “pequenos empurrões”, que visam alterar positivamente o comportamento das pessoas, sem proibi-las e sem alterar os incentivos econômicos de forma significativa. Ao promover um esclarecimento orientando ao cidadão, o incentivo estatal baseado em *nudges*, que representa uma forma de *intervenção estatal não explícita*, visa conduzir as opções do sujeito a um estágio avançado de bem-estar social.³⁸

4. O FISCO COMO ARQUITETO DE ESCOLHAS: EXPRESSANDO UM PATERNALISMO LIBERTÁRIO POR MEIO DA TRIBUTAÇÃO

O Direito Tributário pode ser compreendido como uma ferramenta de modelação de comportamentos na sociedade. Primeiro, porque o agente econômico, diante da diminuição de sua renda disponível em razão da tributação, deve selecionar os seus gastos, privilegiando bens de primeira necessidade ao invés de bens supérfluos. Além disto, o sistema fiscal pode tornar mais onerosos certos bens, atividades e/ou serviços que deveriam ser evitados, ou aliviando a carga fiscal daqueles que mereçam ser incentivados.³⁹

A teoria econômica comprova que o preço é um elemento central na definição de escolhas, dado que influencia diretamente o rendimento disponível do agente econômico e o obriga a refletir sobre as escolhas que vai realizar. O Direito Tributário constitui-se como uma ferramenta ao dispor do Estado apta a intervir na definição desse preço. Assim, o Estado pode utilizar figuras como os impostos, taxas e contribuições, além dos benefícios fiscais, para alterar os preços dos bens e serviços de tal forma que se gerem efeitos de substituição entre os bens cujo consumo o Estado pretende diminuir e aqueles cujo consumo pretende incentivar.⁴⁰

O papel interventivo e regulatório do Estado moderno parte do pressuposto de que o mercado, *de per se*, é incapaz de corrigir comportamentos classificados como socialmente indesejáveis (falhas de mercado). Soma-se a isso a ideia de que o cidadão nem sempre faz as melhores escolhas, em razão dos desvios de racionalidade inerentes ao processo de decisão humana (heurísticas e vieses).⁴¹

Neste cenário, Thaler e Sunstein entendem que dirigir o contribuinte para uma escolha melhor não seria, de todo, uma ação reprovável. O Estado assumiria assim um

³⁷ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Op. Cit.*, p. 11 a 12.

³⁸ THALER, Richard H. *Op. Cit.*, p. 338.

³⁹ FONTINHA, Diogo Alexandre Olo. *O direito tributário e o comportamento dos agentes económicos: uma ferramenta do estado para a intervenção na Economia*. 60f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Porto, Porto-POR, 2019. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/124796/2/370852.pdf>. Acesso em: 05 Nov. 2020, p. 9. FONTINHA, Diogo Alexandre Olo. *Op. Cit.*, p. 39.

⁴⁰ FONTINHA, Diogo Alexandre Olo. *Op. Cit.*, p. 53 a 54.

⁴¹ THALER, Richard H. *Op. Cit.*, p. 338.

papel paternalista, por entender que é melhor restringir certas atividades e consumos, tornando mais atrativo para os agentes econômicos a adoção de comportamentos mais benéficos, tendo o desafio de sempre respeitar a liberdade de escolher dos cidadãos.⁴²

O *paternalismo libertário* proposto por Thaler e Sunstein advoga que as pessoas devem ter liberdade de fazer o que quiserem, inclusive recusar acordos desvantajosos. Assim, políticas que mantenham ou aumentem a liberdade de escolha devem ser incentivadas (caráter libertário). De outro giro, defendem os autores que os arquitetos de escolha têm toda a legitimidade para tentar influenciar o comportamento das pessoas, desde que seja para tornar suas vidas mais longas, saudáveis e prósperas (caráter paternalista).⁴³

Em defesa dessas intervenções, contudo, Richard Thaler e Cass Sunstein (2008) formularam o conceito de “Paternalismo Libertário”, sustentando que, embora sejam sim formas de tutela, elas não necessariamente representam uma ameaça à liberdade de escolha dos cidadãos. Nas intervenções ambientais, de cunho paternalista – uma vez que direcionam os comportamentos em direção de uma determinada concepção do que é bom, desejável ou mais adequado – derivadas de “arquitetura de escolhas”, ficaria preservada a faculdade de os indivíduos escolherem ou não entre mais de uma opção.⁴⁴

Uma vez que a Economia Comportamental nos fornece bons motivos para crer que as escolhas dos indivíduos não promovem, na verdade, seu próprio bem-estar, Thaler e Sunstein entendem que os *arquitetos de escolhas* devem agir para influenciar ou alterar essas escolhas em favor destes. Neste contexto, se permite ao Estado (e instituições privadas) dar um “empurrão” (*nudge*) nas pessoas, para que elas tomem decisões que sirvam aos seus próprios interesses de longo prazo.⁴⁵

Thaler e Sunstein afirmam que é impossível não influenciar as escolhas das pessoas. Em muitas situações, agentes, pessoas ou organizações *precisam* fazer escolhas que afetarão o comportamento de outras pessoas. Nesse caso, de forma intencional ou não, é impossível não as orientar em alguma direção, e essa influência afetará a escolha delas. Assim, mesmo governos que aspiram a uma neutralidade precisam ter um ponto de partida.⁴⁶

Para Ricardo Lins Horta, a premissa sobre a qual se apoia o “paternalismo libertário” é que o Estado, mesmo com suas imperfeições, pode e deve promover fins e valores – o saudável, o ambientalmente correto, o prudente em relação ao futuro – que as pessoas tendem a encarar como individuais. Por um lado, isso soa extremamente controlador. Por outro, é difícil não reconhecer que, se a ordem jurídica se propõe a efetivar

⁴² *Ibidem*

⁴³ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Op. Cit.*, p. 13 a 14.

⁴⁴ HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o paternalismo libertário. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, [S.L.], v. 22, n. 02, p. 651-664, 2017. Fundação Edson Queiroz. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5602>. Acesso em: 5 nov. 2020, p. 658.

⁴⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Op. Cit.*, p. 516.

⁴⁶ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Op. Cit.*, p. 19.

direitos fundamentais, direitos sociais e a proteger a coletividade, então ferramentas e técnicas de indução de comportamento trazidas pela Economia Comportamental podem legitimamente ser utilizadas com este fim.

Quando o Estado se vale da tributação para induzir comportamentos, o poder público se mostra *paternalista*, na medida em que conscientemente busca influenciar os cidadãos a fazerem escolhas que melhorem suas vidas. Ao mesmo tempo é *libertário*, já que o instrumento empregado (incidência de tributos sobre bens, serviços e atividades) não cria impedimentos ou obstáculos às escolhas dos cidadãos, preservando sua liberdade de escolha.

Portanto, aplicando o conceito de *arquitetura de escolhas* desenvolvido por Thaler e Sunstein, podemos identificar um *paternalismo libertário* quando o Estado aproveita a oportunidade que tem em mãos para, por meio da tributação extrafiscal, influenciar comportamentos saudáveis dos cidadãos.

Esta abordagem utiliza mecanismos como os “impostos do pecado” (*sin taxes*), isto é, a tributação mais gravosa de bens, serviços e atividades cujas consequências são nefastas para a saúde, ambiente, economia ou sociedade. O outro lado desta moeda é o alívio fiscal a ser concedido às atividades e consumos que se pretendem ver incentivados.⁴⁷

São exemplos correntes do uso da tributação como arquiteta de escolhas da sociedade: (i) seletividade de alíquotas do IPVA como instrumento para estimular a aquisição de veículos automotores movidos à gás natural veicular (GNV); (ii) isenção de IPI como instrumento para estimular a aquisição de automóveis e eletrodomésticos; e (iii) emprego do “IPTU-Sanção” como instrumento para estimular o uso racional do solo urbano.

Cabe destacar que, do mesmo modo que é impossível separar as feições extrafiscais de uma norma das meramente arrecadatórias, torna-se inviável a enumeração de todos os meios por meio dos quais esta dimensão da extrafiscalidade enquanto arquiteta de escolhas pode se manifestar: subsídios, isenções, reduções de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia, remissão – todos são instrumentos passíveis de emprego com esta finalidade.

Como não é obrigatório, o incentivo do tipo “*nudge*” funciona como plano de persuasão prévia, sendo colocado à avaliação do agente econômico no momento da escolha. Neste contexto, a tributação, quando empregada com razoabilidade e não confiscatoriedade, pode ser considerada um *nudge*, isto é, um estímulo capaz de alterar o comportamento das pessoas de forma previsível, sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos.⁴⁸

⁴⁷ FONTINHA, Diogo Alexandre Olo. *Op. Cit.*, p. 40.

⁴⁸ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Op. Cit.*, p. 14.

Feitosa e Cruz expõem que o sistema de cobrança da dívida ativa é território promissor para a aplicação de *nudges* fiscais se consideradas algumas premissas: (i) inércia dos devedores para adimplir dívidas fiscais; (ii) falta de conhecimento prévio do contribuinte sobre sua situação fiscal e sobre soluções possíveis para se regular; (iii) burocracia ao optar por se regularizar; (iv) aversão a pagar tributo pela perda financeira; e (v) influência social na decisão de pagar.⁴⁹

Os resultados encontrados pela teoria da Economia Comportamental fundamentam os efeitos de algumas técnicas de *nudges* na tomada de decisões de determinados perfis de contribuintes, de modo que o *nudge* se revela uma medida promissora, de baixo custo, sem excluir outras, para aprimorar os resultados da arrecadação fiscal.⁵⁰ São exemplos de *nudges* no âmbito tributário a inclusão automática do contribuinte em programa de educação fiscal, simplificação das normas tributárias, informações prestadas ao contribuinte (tais como dados referentes à sonegação fiscal e ao orçamento público) e divulgação de avisos e gráficos (indicando os passos para que os cidadãos consigam cumpri-los).

A verificação desta realidade no contexto brasileiro, contudo, é difícil. A complexidade (e muitas vezes irracionalidade) do Sistema Tributário Nacional cria um ambiente adverso de desconfiança nos contribuintes, ao invés de promover boas escolhas na sociedade.

A motivação intrínseca dos contribuintes para o cumprimento das normas e das regras vigentes tem papel central na tomada das suas decisões fiscais, o que não deve ser ignorado pelo Poder Público, o qual deve agir de forma cooperativa e transparente a fim de resgatar a confiança do contribuinte, reduzindo, conseqüentemente, a sua participação em esquemas evasivos. As pessoas não agem em relação à sua carga fiscal de forma isolada. Baseiam-se no contexto social e institucional que as cercam, o que deve ser considerado pela Administração Pública na definição de estratégias de comunicação, de modo a garantir o seu desenvolvimento com os objetivos do sistema tributário, promovendo um maior nível de cumprimento fiscal.⁵¹

O Direito Tributário pode constituir-se como intervenção indireta na ordem econômica, na medida em que, não intervindo diretamente através da prestação de bens ou serviços, o Estado procura atuar sobre os fornecedores e consumidores dessas prestações, influenciando os seus comportamentos segundo objetivos de índole macroeconômica. Por outro lado, é também uma intervenção mediata, dado que intervém não através de normas de direito administrativo, que em princípio teriam o fim de regulação da Economia e de comportamentos, mas através de normas de

⁴⁹ FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CRUZ, Antônia Camilly Gomes. *Nudges* fiscais: a economia comportamental e o aprimoramento da cobrança da dívida ativa. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 4, p. 1-16, out./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10258/pdf>. Acesso em: 27 Out. 2020, p. 8.

⁵⁰ FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CRUZ, Antônia Camilly Gomes. *Op. Cit.*, p. 14.

⁵¹ SOUZA, Danielle Nascimento Nogueira de. *Neurodireito, psicologia e economia comportamental no combate à evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p 24.

Direito Tributário, cujo fim principal – a arrecadação de receita – é preterido em função desta finalidade regulatória e extrafiscal.⁵²

Conforme exposto por Fábio Tomkowski, as teorias da decisão, vez que possibilitam maior compreensão a respeito de como os indivíduos decidem, são excelentes instrumentos para a elaboração das políticas fiscais, proporcionando melhores resultados relativos, principalmente, aos tributos com caráter extrafiscal, visto que eles terão maior eficácia na busca dos objetivos desejados e poderão evitar vieses que normalmente acabariam prejudicando as tomadas de decisão, tais como a tendência de instituição de políticas míopes, focadas apenas no resultado a curto prazo, sem analisar as consequências que poderão acarretar no futuro.⁵³

Através de normas tributárias extrafiscais, é possível inovar na forma de como se levam os agentes económicos a tomar opções que de outra forma não tomariam, sem ser necessário recorrer a normas de proibição. A manipulação de preços dos bens e serviços por recurso a tributos e benefícios fiscais é a peça-chave para que o Direito Tributário contribua de forma determinante para a prossecução de grandes opções de política social, económica, ambiental e de saúde.⁵⁴

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre as mais variadas funções extrafiscais que a tributação pode desempenhar, destaca-se a utilização dos instrumentos tributários para a indução de comportamentos dos agentes económicos, visando atingir finalidades estabelecidas pela Constituição. A compreensão deste papel de *arquitecto de escolhas* dos contribuintes é crucial para que a formulação de políticas fiscais pelo poder público seja legal, lícita e legítima, voltada sempre ao bem-estar do cidadão.

Ao invés de proibir ou impor certos comportamentos dos cidadãos por meio do aparato repressivo do Estado, a tributação, sobretudo em sua faceta extrafiscal, pode ser empregada para estimular ou desestimular tais comportamentos com muito mais sutileza, eficiência e preservação da liberdade, inclusive por meio de “empurrões” regulatórios que induzam boas decisões (*nudges*).

Esta dimensão de análise deve ser levada, portanto, em íntima consideração pelos poderes Executivo e Legislativo quando do manejo da legislação tributária. O exercício deste poder-dever de tributar como instrumento de uma *arquitectura de escolhas* deve ser feito com máxima responsabilidade, compreendendo-se que, quando um benefício fiscal é concedido, por exemplo, tal norma tributária não irá apenas impactar a arrecadação do ente público concedente, mas poderá ter decisivos impactos sobre as decisões dos contribuintes relacionados ao objeto da tributação.

⁵² FONTINHA, Diogo Alexandre Olo. *Op. Cit.*, p. 9.

⁵³ TOMKOWSKI, Fábio. *Op. Cit.*, p. 5.

⁵⁴ FONTINHA, Diogo Alexandre Olo. *Op. Cit.*, p. 10.

É inegável que, ao manejar os aspectos nucleares da tributação ou conceder benefícios fiscais, o Fisco faz escolhas que influenciarão diretamente toda uma gama de decisões dos contribuintes, tais como padrão de consumo, investimento de empresas em certas atividades, atração de negócios para uma determinada localidade e adoção de certos modelos de negócio em detrimento de outros. Logo, para evitar que agentes públicos e grandes empresários se valham da tributação extrafiscal para priorizar seus próprios interesses, expressando um capitalismo de compadrio, o uso das alíquotas como *nudges* se mostra preferível.

Pelos mesmos motivos, quando a legislação tributária endereça as obrigações tributárias acessórias que deverão ser observadas pelo contribuinte, é preciso ter em mente que, por força das heurísticas e vieses inerentes ao ser humano, mesmo pequenas alterações na forma como tais deveres deverão ser cumpridos podem provocar mudanças significativas no comportamento de seus destinatários.

Em vista do exposto, o Direito Tributário é chamado a se preocupar também com o modo como as normas tributárias são empregadas. Mais ainda: é preciso aferir, em concreto, se os objetivos sociais, políticos e econômicos pretendidos com a tributação extrafiscal foram alcançados, de forma a justificar as eventuais restrições sobre os direitos fundamentais de propriedade, de liberdade e de igualdade provocadas pela incidência dos tributos. Para tal, os aportes da Economia Comportamental se mostram valiosos.

Por estas razões é que a tributação, mesmo em sua faceta extrafiscal, não pode jamais ser confiscatória. Quando a tributação é tão elevada ao ponto de tornar proibitivo o consumo de determinado produto ou serviço pelos cidadãos, ou o exercício de certa atividade econômica, não estamos mais diante de um *nudge*, em razão da mudança significativa dos incentivos econômicos. Neste contexto, a tributação perde este caráter de *paternalismo libertário* que se busca alcançar, privando os contribuintes de sua liberdade de escolha.

O poder-dever de tributar pode ser um elemento chave nas mãos de um Fisco que entenda o seu papel de *arquiteto de escolhas* da sociedade. Se é verdade que “o poder de tributar envolve o poder de destruir”, nas célebres palavras de John Marshall, este mesmo poder também pode ser usado, com inteligência e eficiência, para influenciar os contribuintes a tomarem decisões que contribuam para a construção de um ambiente social mais saudável, justo e próspero.

Portanto, quando bem concebida e empregada, a tributação pode contribuir decisivamente para a criação e sustentação de um ambiente social que estimule a tomada de boas decisões pelos contribuintes.

6. REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARRETO, Simone Rodrigues Costa. Tributação extrafiscal. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/305/edicao-1/tributacao-extrafiscal>. Acesso em: 03 Nov. 2020.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CRUZ, Antônia Camilly Gomes. Nudges fiscais: a economia comportamental e o aprimoramento da cobrança da dívida ativa. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 4, p. 1-16, out./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10258/pdf>. Acesso em: 27 Out. 2020.

FONTINHA, Diogo Alexandre Olo. *O direito tributário e o comportamento dos agentes económicos: uma ferramenta do estado para a intervenção na economia*. 60f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Porto, Porto-POR, 2019. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/124796/2/370852.pdf>. Acesso em: 05 Nov. 2020.

HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de Escolhas, Direito e Liberdade: notas sobre o paternalismo libertário. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, [S.L.], v. 22, n. 02, p. 651-664, 2017. Fundação Edson Queiroz. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5602>. Acesso em: 5 nov. 2020.

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

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [S.L.], v. 8, n. 2, p. 456-471, 26 set. 2018. Centro de Ensino Unificado

de Brasília. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5218>. Acesso em: 03 nov. 2020.

SBICCA, Adriana. Heurísticas no estudo das decisões econômicas: contribuições de Herbert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 579-603, Set. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612014000300006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 Nov. 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Ciência do direito tributário, economia comportamental e extrafiscalidade *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 639-659. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5252> . Acesso em: 27 Out. 2020.

SOUZA, Danielle Nascimento Nogueira de. *Neurodireito, psicologia e economia comportamental no combate à evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TOMKOWSKI, Fábio. A tributação extrafiscal e as teorias da decisão como indutores de comportamentos sustentáveis. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. [S.L.], Ano 2, n. 2, p. 483-501, 2016. Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP). Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-2-2016-n-2/163> . Acesso em: 03 nov. 2020.
