



**Pró - Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa
Stricto Sensu em Direito**

**TRIBUTAÇÃO, ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES E
COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DO CONTRIBUINTE: UMA
ABORDAGEM JUSECONÔMICA**

**Autor: Hugo Mendes Plutarco
Orientador: Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Junior
Coorientador: Prof. Dr. Benjamin Miranda Tabak**

**Brasília - DF
2012**

HUGO MENDES PLUTARCO

**TRIBUTAÇÃO, ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES E COMPORTAMENTO
ESTRATÉGICO DO CONTRIBUINTE: UMA ABORDAGEM JUSECONÔMICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Junior

Coorientador: Prof. Dr. Benjamin Miranda Tabak

**Brasília
2012**



Dissertação de autoria de Hugo Mendes Plutarco, intitulada “TRIBUTAÇÃO, ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES E COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DO CONTRIBUINTE: UMA ABORDAGEM JUSECONÔMICA”, apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito da Universidade Católica de Brasília, em dede 2012, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Junior
Orientador
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – UCB

Prof. Dr. Marcos Aurélio Pereira Valadão
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – UCB

Prof. Dr. Bernardo Pinheiro Machado Mueller
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Economia – UnB

À minha amada esposa Vanessa, meu grande amor, cujo apoio e carinho foram indispensáveis à realização deste trabalho, e aos nossos queridos filhos Beatriz e Arthur, que nos demonstraram o quanto a vida pode ser ainda mais feliz.

Dedico ainda este trabalho aos meus pais, Leonor e Wilson, e aos meus irmãos, Tiago e Rachel, pelo apoio e amor em todos os momentos de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço de forma especial ao meu orientador, Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Junior, tanto pelas ideias e ensinamentos que foram verdadeiramente imprescindíveis à feitura deste trabalho, como também pela imensurável dedicação e atenção a mim dispensada.

Agradeço ao meu Coorientador, Prof. Dr. Benjamin Miranda Tabak, cujas informações e orientações também foram importantíssimas.

Agradeço à Câmara Legislativa do Distrito Federal, em especial à Mesa Diretora, ao Gabinete da Mesa Diretora, à Escola do Legislativo e à Unidade de Economia e Finanças, por todo apoio concedido.

Agradeço aos professores doutores Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Marcos Aurélio Pereira Valadão pelos brilhantes ensinamentos em suas aulas. Agradeço ainda ao professor Valadão e ao Prof. Dr. Bernardo Pinheiro Machado Mueller pela honra de tê-los como parte da banca examinadora deste trabalho.

Agradeço também aos amigos Roberto de Almeida e Glauco Lívio Silva Azevedo cujas informações e considerações foram de absoluta importância para a qualidade deste trabalho.

RESUMO

PLUTARCO, Hugo Mendes. **Tributação, assimetria de informações e comportamento estratégico do contribuinte**: uma abordagem juseconômica. 2012. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

O presente estudo aborda o direito tributário utilizando o ferramental teórico da Análise Econômica do Direito para identificar os principais contornos e efeitos da assimetria de informações na relação entre a administração tributária e os contribuintes e para analisar a potencial interferência das regras tributárias no comportamento dos agentes. Com o fim de reduzir a assimetria de informações, o Estado impõe aos contribuintes o dever de cumprir obrigações acessórias. Contudo, em regra, o fisco não avalia previamente quem poderá, com menos custos, prestar as informações, se o Estado ou se os contribuintes. Essa falta de análise de custo-benefício pode conduzir a políticas tributárias ineficientes e gerar o empobrecimento da sociedade. Demonstrou-se que as regras tributárias existentes, as elevadíssimas taxas de juros do mercado financeiro e a morosidade dos órgãos de solução de demandas tributárias podem induzir os contribuintes a, em vez de contraírem empréstimos bancários, financiarem-se por meio do não pagamento de tributos. Não obstante essa já existente estrutura de incentivo à inadimplência e à evasão fiscal, o governo federal tem editado frequentemente programas de parcelamento que, além de conceder prazos alongados para o pagamento, têm reduzido ou eliminado as penalidades e os juros incidentes sobre os débitos. Esses programas, obviamente, têm induzido os contribuintes, ainda mais, a adotarem a evasão fiscal e a inadimplência como meio preferencial de financiamento de suas necessidades. Em síntese, pode-se afirmar que o Brasil ainda tem construído políticas fiscais potencialmente ineficientes e geradoras de risco moral.

Palavras-chave: Tributação. Assimetria de informação. Risco moral. Obrigação acessória. Estruturas de Incentivos.

JEL: K34; K42

ABSTRACT

The present study approaches tax law using the theoretical tools of Law & Economics in an attempt to identify the main contours and effects of information asymmetry on the relationship between taxpayers and tax administration and to analyze taxpayers' strategic reaction to different tax arrangements. In order to reduce information asymmetry, Governments impose information disclosing ancillary obligations on taxpayers. However, as a general rule, they do not estimate previously who is the least cost informer, the State itself or the taxpayer community. This lack of cost-benefit analysis may lead to inefficient policies, hence, society impoverishment. In addition, it is shown that a simple recognition that taxpayers will react strategically to tax rules combined with high market interest rates and slow tax adjudication will induce agents to finance themselves through tax evasion or tax postponement instead of debt. If this moral hazard institutional structure were not enough to unduly reduce tax revenues, the Brazilian Government continuously promotes tax leniency programs that reduce or eliminate penalties and/or allows for tax payment in installments. This policy obviously induces taxpayers to prefer tax evasion and postponement as a preferable means of financing instead of debt even more. In the overall it is clear that Brazilian tax policies may be inefficient and plagued with moral hazard problems.

Keywords: Taxation. Information Asymmetry. Moral Hazard. Ancillary Obligations. Incentive Structures.

JEL: K34; K42

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Custos em caso de não ter havido sonegação.....	71
Figura 2 – Custos em caso de ter havido sonegação	71
Figura 3 – Custos da litigância administrativa	72
Figura 4 – Custos da litigância judicial	73
Figura 5 - Diagrama de retornos dos contribuintes	73

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Evolução das taxas de custo de empréstimo para PJ e da Selic	68
Gráfico 2 – Comparativo entre a opção de empréstimo e a utilização de liminar para suspensão de exigibilidade do débito tributário	78
Gráfico 3 – Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de aguardar a execução – Período de 8 anos.....	80
Gráfico 4 – Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de sonegação, caso descoberta e aplicada multa de ofício de 75% - período de 13 anos.....	83
Gráfico 5 – Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de sonegação, caso descoberta e aplicada multa de ofício qualificada de 150% – período de 13 anos.....	84
Gráfico 6 – Comparativo de Retornos de todas as opções em 8 anos	85
Gráfico 7 – Comparativo entre a opção de empréstimo, a opção de sonegação, caso descoberta e aplicada multa de ofício qualificada de 150% e a opção de sonegar e depois aderir ao refis	101
Gráfico 8 – Evolução de 2002 a 2009 de R\$ 100.000 Corrigidos por SELIC vs CDB vs Poupança vs REFIS (Selic – 45%)	103
Gráfico 9 – Saldo Acumulado de 2002 a 2009 de R\$ 100.000 Corrigidos por SELIC vs CDB vs Poupança vs REFIS (Selic – 45%)	104

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Ilustração de Custos Operacionais Tributários	57
Tabela 2 - Comparativo entre a Taxa de Mercado PJ e Taxa Selic (últimos 13 anos).....	67
Tabela 3 - Demonstrativo de evolução de empréstimo bancário no valor de R\$ 100.000,00 em 13 anos.....	75
Tabela 4 - Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de utilização do benefício gerado pela suspensão de exigibilidade do débito por liminar – período de 8 anos.....	77
Tabela 5 - Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de aguardar a execução – período de 8 anos.....	79
Tabela 6 - Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de sonegação, caso descoberta e aplicada multa de ofício de 75% - período de 13 anos	82
Tabela 7 - Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de sonegação, caso descoberta e aplicada multa de ofício qualificada de 150% - período de 13 anos	83
Tabela 8 - Arrecadação com os programas de parcelamento tributário	88
Tabela 9 - Comparativo entre a opção de empréstimo, a opção de sonegação e a opção de sonegar e depois aderir ao Refis.	100
Tabela 10 - Evolução de 2002 a 2009 de R\$ 100.000 Corrigidos por SELIC vs CDB vs Poupança vs REFIS (Selic – 45%)	103

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
2 FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	17
2.2 O QUE É PROPRIAMENTE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?	21
2.3 ALGUNS CONCEITOS E TEORIAS ECONÔMICAS APLICÁVEIS AO ESTUDO DO DIREITO	26
2.3.2. Teoria da escolha racional	27
2.3.3 Mercado, teorias da demanda e da oferta	29
2.3.4 Eficiência alocativa, eficiência produtiva e custos de transação	30
2.3.5 Externalidades	33
2.3.6 Assimetria de informações	34
2.3.6.1 Seleção adversa.....	37
2.3.6.2 Risco moral.....	40
2.4 CONCLUSÃO.....	40
3 MONITORAMENTO DOS CONTRIBUINTES: O CUSTO SOCIAL DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS.....	42
3.1. O CUSTO DOS TRIBUTOS.....	42
3.1.1 Os custos operacionais tributários	45
3.1.1.1 Os custos administrativos do Estado	45
3.1.1.2 O CUSTO PARA OS CONTRIBUINTES (CUSTOS DE CONFORMIDADE)	48
3.1.2 O nível ótimo de obrigações tributárias acessórias	54
3.2 CONCLUSÃO.....	58
4 COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO: A LITIGÂNCIA TRIBUTÁRIA E A SONEGAÇÃO COMO FORMA DE FINANCIAMENTO PRIVADO	60
4.1 BREVES LINHAS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA	60
4.1.1 O custo de litigar.....	62
4.2 COMPORTAMENTO RACIONAL DO CONTRIBUINTE.....	66
4.2.1 Dos encargos incidentes sobre os tributos federais	69
4.2.2 Dos custos do contribuinte para litigar	72
4.3 O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DOS CONTRIBUINTES E SEUS RETORNOS	73
4.3.1 Retorno da opção de pagar o tributo e captar dinheiro no mercado financeiro	74
4.3.2 Retorno da opção de declarar o tributo, não o pagar e litigar judicialmente..	75

4.3.3.1 Obtenção de Liminar pelo Contribuinte	76
4.3.3 Retorno da opção de declarar, não pagar e aguardar ser executado	79
4.3.4 Os retornos da sonegação	80
4.4 CONCLUSÃO.....	86
5 PROGRAMAS DE PARCELAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS E A CRISE DE CONFIANÇA NO ESTADO: RISCO MORAL	87
5.1 INTRODUÇÃO.....	87
5.2 A INFLUÊNCIA DO APARATO DE PUNIÇÃO ESTATAL NO COMPORTAMENTO HUMANO.....	89
5.3 HISTÓRICO E CONTEÚDO DOS PROGRAMAS FEDERAIS DE PARCELAMENTO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS	94
5.4 DOS EFEITOS ADVERSOS DA ANISTIA DE JUROS E MULTAS PROMOVIDA PELOS PROGRAMAS DE PARCELAMENTO	96
5.4.1 Refis da Crise: mais uma contribuição do Estado para a sonegação	96
5.4.1.1 Análise de retorno entre as alternativas de sonegar (com e sem as benesses do Refis) e a opção por contrair empréstimo bancário a taxas de mercado	99
5.4.1.2 Retorno da opção de sonegar, aplicar o dinheiro sonegado no mercado financeiro e posteriormente aderir ao Refis na modalidade de pagamento à vista.....	101
5.5.2 Consolidação dos débitos tributários: mora do Estado em favor dos inadimplentes	105
5.6 CONCLUSÃO.....	107
6 CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda o direito tributário, utilizando o ferramental teórico da Análise Econômica do Direito (AED), ainda pouco usual no Brasil¹, para compreender e explorar questões jurídicas sob um prisma inovador.

O primeiro objetivo deste trabalho é identificar os principais contornos e alguns efeitos da assimetria de informações na relação entre a administração tributária e os contribuintes. Já o segundo objetivo consiste em analisar a potencial interferência das regras tributárias no comportamento dos contribuintes, ou seja, avaliar a possibilidade de os contribuintes, por serem racionais maximizadores, responderem estrategicamente aos incentivos gerados pelo sistema tributário.

É importante frisar que, do ponto de vista da teoria econômica, o mundo ideal seria aquele em que as partes tivessem informação completa sobre as transações realizadas. Contudo, na prática isso não ocorre, e os agentes em geral não possuem idênticas informações sobre todos os aspectos das operações entabuladas, fenômeno que se denomina assimetria de informações.

Nesse sentido, um dos grandes desafios de qualquer administração tributária é justamente diminuir a assimetria de informações, ou seja, o desequilíbrio de informações entre ela e os contribuintes, uma vez que, diante da dinâmica das relações sociais, o fisco não tem condições de, sozinho, tomar conhecimento da ocorrência de todos os fatos geradores de tributos.

Toda comunidade humana minimamente organizada procurou maneiras de satisfazer as necessidades coletivas por meio de contribuições de seus integrantes, sob diversas formas. Embora não se tratasse de tributação nos moldes modernos, pode-se dizer que há milênios se identificam contribuições dos indivíduos em prol das necessidades coletivas². Somente para ter uma noção do funcionamento dos sistemas de arrecadação de outros tempos, cita-se o

¹Não obstante a relação entre o Direito e a Economia não ser nova e ter sido destacada por autores clássicos, principalmente por Adam Smith em *The Wealth of Nations* (1776) e *Lectures on Jurisprudence* (1762-3), o estudo do Direito com a utilização do ferramental teórico da Economia ganhou força a partir de 1960 nos EUA, com os estudos seminais de Ronald Coase (Universidade de Chicago), *The Problem of Social Cost* (1960), de Guido Calabresi (Universidade de Yale), *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961) e de Gary Becker (Universidade de Chicago), *Crime and Punishment: an Economic Approach* (1968).

²MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, propriedade, e igualdade fiscal: sob elementos de direito & economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 94.

sistema do Egito Antigo³, mais precisamente da 18.^a Dinastia, que se focava em apenas três momentos. Na primeira etapa, os coletores de tributos tomavam nota dos nomes de todos os cidadãos e da metragem das respectivas terras. Em uma segunda visita, os coletores inspecionavam as novas plantações. Na última visita, já na colheita, recolhiam a parte destinada ao faraó, paga em sacas de grãos.

Embora os procedimentos de fiscalização utilizados ao longo dos tempos, na essência, apresentem algumas semelhanças, os Estados tiveram de sofisticá-los de modo a acompanharem o aumento da população, bem como o incremento na dinâmica das relações sociais.

Entretanto, não se deve confundir sofisticação do sistema de arrecadação, com complexidade. O Estado, ao sofisticar a máquina de fiscalização e arrecadação tributárias, deve ter sempre como norte a concepção de um sistema que, com a maior simplicidade e clareza, atinja os melhores resultados. Sofisticar e afinar o sistema tributário não implica necessariamente torná-lo mais complexo e dispendioso, nem para o Estado, nem para o contribuinte. Ao contrário, às vezes, o sistema mais sofisticado é o mais simples.

Quanto ao segundo problema deste trabalho, o leitor poderá identificar que as regras de direito e, em particular, as regras tributárias têm potencial efeito sobre a conduta dos agentes. Recorre-se à AED para analisar as questões objeto deste estudo justamente em razão de o Direito, como muito bem ressalta Ivo Gico Jr.⁴, não ter uma teoria sobre o comportamento humano.

O Direito também não apresenta instrumental teórico que possa auxiliar a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, de como os agentes sociais respondem a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos.

Existem diversos estudos sobre os efeitos da tributação nas mais variadas relações sociais. A carga tributária, quando muito elevada, por exemplo, pode exercer papel nitidamente nefasto, incentivando o aumento da economia informal e do desemprego, além de contribuir para a diminuição do setor produtivo⁵.

³WORLD BANK; PRICEWATERHOUSECOOPERS. **Paying taxes 2010**: the global picture. Washington, DC, 2009. p. 10. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/reports/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Special-Reports/DB10-Paying-Taxes.pdf>> Acesso em: 1 nov. 2011.

⁴GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, Jan.-Jun., 2010, p. 2.

⁵RIBEIRO, Roberto Name; BUGARIN, Mirta Noemi Sataka. Fatores determinantes e evolução da economia submersa no Brasil. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 33, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://www.usp.br/estecon/index.php/estecon/article/view/365/122>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

A tributação pode também influenciar os mercados, aumentando ou diminuindo a demanda por determinado produto ou serviço. Nesse sentido, faz-se referência a estudo que concluiu que a notícia da extinção de benefício fiscal incidente sobre os seguros de vida na Alemanha teve o efeito de aumentar a demanda do seguro no período anterior a essa extinção⁶.

Tão grande pode ser a influência da tributação sobre os agentes, que John Marshall, então Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1819, no julgamento do caso *McCulloch v. Maryland*⁷, frisou que os tributos têm o poder, inclusive, de destruir: “*Power to tax involves, necessarily, a Power to destroy*”⁸.

Não obstante os efeitos gerados pela tributação, não se pode esquecer que o Estado precisa de financiamento, pois, afinal, todo direito tem custo⁹. Não se pretende alongar a exposição acerca da necessidade da existência do Estado, nem discorrer sobre suas origens. Contudo, um fato é incontestável: os indivíduos, por mais pacífica e ponderada que seja a sociedade onde vivam, necessitam de mecanismos de coordenação de ações e esforços para alcançarem objetivos comuns.

Não se advoga em defesa de um Estado paternalista que deva amparar todas as necessidades dos cidadãos, pois isso é impossível. Parte-se, sim, da premissa de que o Estado é necessário e que sua existência tem um custo que deve ser partilhado por todos os integrantes da sociedade, por meio da imposição de tributos. Assim, defende-se que a tributação é um mal inevitável, na linha do que já afirmou Ludwig Von Mises¹⁰: “*every tax is an evil — though up to a point an unavoidable one*”.

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

⁶SAUTER, Nicolas; WINTER, Joachim. Do investors respond to tax reform? Evidence from a natural experiment in Germany. **Economics Letters**, n. 108, p.193-196, 2010.

⁷ “Um poder ilimitado de tributar envolve, necessariamente, um poder de destruir, porque há um limite além do qual nenhuma instituição e nenhuma propriedade pode suportar a tributação”. (THE LECTRIC LAW LIBRARY, 1819).

⁸Discutia-se a possibilidade de um ente federado tributar outro e o potencial efeito dessa tributação sobre o pacto federativo. Esse caso, que é um dos alicerces da construção da teoria da imunidade tributária recíproca, tinha em discussão a possibilidade de o Banco Central, que fora criado pelo Parlamento Federal daquele país, ser tributado por um estado federado, na espécie, o Estado de Maryland. É importante ressaltar que não se tratava de instituição financeira nos moldes de Banco Central, como se conhece atualmente no Brasil. Àquela época a atuação do Central Bank era mais aberta, com um cunho mais comercial e não apenas regulatório (SOUTO, 2005, p. 184).

⁹HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

¹⁰MISES, Ludwig Von. **Socialism: an economic and sociological analysis**. Alburn: The Ludwig Von Mises Institute, 1951. p. 492.

Assim, a presente dissertação, com a utilização da metodologia da Análise Econômica do Direito, busca apresentar ao leitor alguns pontos de reflexão sobre a eficiência do sistema tributário da União e os potenciais efeitos de algumas de suas regras sobre o comportamento dos contribuintes.

A dissertação conta com quatro capítulos além da introdução (capítulo 1) e da conclusão (capítulo 6). No capítulo 2, são tratados os fundamentos econômicos da AED e demonstra-se que, ao contrário do que muitos juristas e diversos economistas podem pensar, existem muitos pontos de intersecção entre o direito e a economia e que ambas as disciplinas se complementam. O mencionado capítulo também demonstra que a AED tem como objetivo oferecer subsídios que permitam a melhor compreensão das relações humanas e dos incentivos gerados aos agentes sociais, e assim auxiliar na tomada racional de decisões, seja quando da edição das normas jurídicas, seja quando de sua aplicação.

No capítulo 3, disserta-se sobre a necessidade de o Estado monitorar os contribuintes em virtude de não ter o mesmo conhecimento que eles (assimetria de informações) acerca dos fatos geradores de obrigações tributárias. Nesse capítulo, defende-se que não necessariamente é mais eficiente impor ao contribuinte, por meio de obrigação acessória, o dever de prestar as informações de que o fisco necessita. Em alguns casos a administração tributária tem a possibilidade de, com menor custo, obter a informação que obriga o contribuinte a prestar. Nestes casos, seria mais eficiente para a sociedade alocar ao Estado a tarefa de buscar tais informações, pois o custo social da obtenção da informação seria menor. O custo social nada mais é do que todos os custos que determinada atividade impõe à sociedade, ou seja, o valor que é gasto pelo Estado para impor e fiscalizar tais obrigações, o custo do contribuinte para cumprir tais obrigações e ainda o peso morto (custos de distorção) decorrente da mudança do comportamento dos agentes em virtude da imposição das mencionadas obrigações acessórias.

No capítulo 4, por sua vez, é feita análise econômica da litigância tributária para demonstrar que os elevadíssimos índices de taxa de juros cobrados pelo sistema financeiro às empresas, aliados às regras tributárias existentes e à morosidade tanto dos órgãos administrativos quanto dos órgãos judiciais de solução de demandas tributárias, criam conjuntura preste de incentivos ao comportamento estratégico dos contribuintes no sentido de sonegar e de utilizar a litigância tributária como meio de financiamento privado.

No capítulo 5, é feita análise econômica dos programas federais de parcelamento de débitos tributários lançados nos últimos anos e suas respectivas regras. A intenção da edição de tais programas, segundo o governo federal, foi melhorar a arrecadação e diminuir o estoque da dívida tributária. É ressaltado nesse capítulo que, não obstante a louvável intenção

invocada pelo governo, os contribuintes, em tese, podem, em virtude da edição reiterada dessas regras especiais, que têm diminuído substancialmente os efeitos das penalidades pela sonegação ou pelo recolhimento em atraso de tributos, assumir comportamento estratégico no sentido de não mais pagarem seus tributos.

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

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

2 FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1 INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

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

O direito sempre se deparou com o dever de promover a resolução de conflitos e a pacificação social por meio de soluções jurídicas. Entretanto, a grande tormenta ao longo dos tempos foi: como chegar às melhores soluções dos conflitos sociais? Analisando a história do direito ocidental, pode-se fazer referência a três correntes ou formas de concepção e de aplicação do direito, que se sucederam: o jusnaturalismo, o positivismo, e o pós-positivismo.

O jusnaturalismo, que preponderou na antiguidade clássica, na idade média e na idade moderna até o início do século XIX, adotava fundamento dúplice na aplicação do Direito, ou seja, compreendia que o Direito era formado por normas de duas origens: a) normas editadas pelos homens; e b) normas decorrente da própria natureza das coisas e independentes dos homens, o que se denominava direito natural. Durante a idade média, por forte influência da igreja, tal direito natural era concebido como emanado diretamente de Deus.

O jusnaturalismo tinha como ideia básica o reconhecimento de que as regras emanadas da natureza são legitimadas por uma ética superior independente do Estado, a qual estabelece limites à própria atuação estatal¹¹. Desse modo, na concepção jusnaturalista, não se cogitava o conflito entre uma lei e o direito natural, “pois, se uma lei contradiz o direito natural, não decorre da razão (natureza) ou de Deus (intelecto divino) e, portanto, não é justa, logo, não é direito”¹². Assim, sob a égide do jusnaturalismo, as soluções jurídicas dos casos deveriam se ater às regras jurídicas postas pelo Estado, contudo devendo observância primeira às regras e princípios naturais, até porque nenhuma regra, como dito, poderia se sobrepor ao direito natural.

No final do século XVIII e início do século XIX, iniciou-se movimento de codificação que sedimentou o surgimento do positivismo, uma vez que, transposto o direito natural para

¹¹BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. 3 tir. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 318.

¹²GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 3-4, jan./jun. 2010.

os códigos, não se via razão para admitir outro direito senão aquele codificado¹³. Assim, o movimento positivista no século XIX é fortalecido face ao jusnaturalismo, sob o argumento de que todas as regras de direito natural já estavam positivadas, não havendo mais razão para invocar regras externas ao ordenamento posto.

Desta maneira, o juspositivismo veio a suceder o jusnaturalismo, deixando de reconhecer qualquer outro direito que não o emanado do Estado, que não o direito posto ou positivo, eis a denominação de positivismo. Assim, o Direito era a norma emanada do Estado e dotada de imperatividade e coercitividade. Essa corrente negava existência às regras de direito natural, ou de qualquer outra que não se compreendesse dentro do espectro das normas positivadas. Partia do pressuposto também de que a validade das normas jurídicas estatais independia de serem justas, corretas, devidas ou indevidas.

O positivismo estava concebido, assim, sob a presunção absoluta de que todas as soluções jurídicas poderiam ser extraídas do próprio texto legal, prescindindo-se de buscar normas externas ou de fazer juízos de valor com base alienígena aos próprios textos legais. Isso limitava o papel dos intérpretes, mas viabilizaria a produção democrática de normas.

Diversos foram os movimentos de superação do positivismo, nos mais diversos países. Tais movimentos de contraposição ao positivismo foram denominados de pós-positivistas. No Brasil, a corrente que surgiu em contraposição ao positivismo foi o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo adota o paradigma da força normativa dos princípios constitucionais, sejam eles explícitos (previstos no texto da Constituição), sejam eles implícitos (decorrentes da interpretação dos elementos da Constituição), os quais devem nortear as soluções jurídicas.

É bem verdade que os princípios, ao longo da história, se prestaram a conferir alguma direção ao aplicador do Direito¹⁴, contudo o que defendem os neoconstitucionalistas é a normatividade de tais princípios. Deste modo, o entendimento que tem sido gradualmente sufragado pelos Tribunais, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal (STF), é o dever de observância, seja pelas normas infraconstitucionais, seja pelas soluções jurídicas, dos princípios constitucionais, como: liberdade, igualdade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, separação de poderes, solidariedade, reserva de justiça, supremacia do interesse público, princípio republicano, entre outros.

¹³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 659.

¹⁴ Ressalta-se, entretanto, o fato de o positivismo somente ter reconhecido os princípios que estavam inscritos expressamente nas normas emanadas do Estado.

Assim, segundo o paradigma neoconstitucional, quando houver conflito entre uma norma infraconstitucional e um princípio constitucional, prevalecerá este último. Noutra giro, quando a regra que estiver posta sob análise for também regra emanada da Constituição, deverá haver, pelo julgador, uma ponderação de interesses. Isto é, “deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição”¹⁵.

É importante ressaltar que, no paradigma neoconstitucionalista, existe consenso entre seus defensores sobre a necessidade de haver espaço ao intérprete para escolhas **além do texto da regra legal**, contudo inexistente acordo entre correntes e pensadores com relação à metodologia que deve ser aplicada na tomada das decisões¹⁶.

Assim, o grande problema na aplicação da teoria neoconstitucional é a identificação do conteúdo e da abrangência dos diversos princípios constitucionais, problema que é reconhecido inclusive por autores adeptos do neoconstitucionalismo, quando se afirma “que a vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias”¹⁷. Dessarte, em virtude do caráter fluido desses princípios, neles tudo cabe, ficando nas mãos do intérprete do direito definir qual é o conteúdo, qual é a abrangência e qual deve ser a aplicação de cada um deles.

A inexistência de parâmetros objetivos na identificação do conteúdo dos princípios constitucionais foi muito bem tratada por Arnaldo Godoy¹⁸, em estudo que, entre outros assuntos, buscou identificar qual foi o sentido conferido pela doutrina e pelos Tribunais ao longo dos anos, ao termo-princípio: **interesse público**. Aduz o autor o seguinte:

Não há definição objetiva de *interesse público*, especialmente em âmbito de tribunal superior. Junto à produção literária doutrinária verifica-se migração conceitual, no sentido de leitura absoluta de interesse público, que cede lugar para uma concepção evasiva, e que se dimensiona na busca da eficiência do Estado¹⁹.

O autor continua, fazendo referência a que o interesse público se prestaria para legitimar todo tipo de direito e decisões judiciais nos mais diversos casos:

E as variáveis se multiplicam. Transitam de serviço funerário, para algo que seria inerente aos atos de governo, caminhando para justificativas de imposição fiscal. O

¹⁵BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 330.

¹⁶GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 13, jan./jun. 2010.

¹⁷BARROSO, op cit., p. 331.

¹⁸GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Transação tributária**: introdução à Justiça Fiscal Consensual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 93-130.

¹⁹Id. Ibid., p. 125. (Grifo do Autor).

interesse público sobrepor-se-ia ao interesse privado. Seria presumido. Justificaria o desatendimento a norma infralegal, no que se refere a transferência de presos. Acompanharia o bom exercício da função legislativa.

O *interesse público* alcançaria a ordem, a segurança e o bem-estar econômico. Determinaria o contraditório no processo. Justificaria a ampla defesa, bem como os prazos preferenciais para os representantes legais dos órgãos públicos.

O *interesse público* sufragaria a defesa de valores ambientais. Seria o referencial para o monitoramento do pagamento de vantagens para servidores públicos. Determinaria o regime de competição econômica. Determinaria a realização da isonomia²⁰.

Tem-se, dessa maneira, em suma, o seguinte panorama no direito brasileiro. Os parlamentares, nas esferas municipal, estadual e federal, editam as normas jurídicas que entendem ser as melhores para a solução dos problemas de seus representados. O Poder Executivo, no espaço conferido pelo Legislativo, dita como as políticas públicas serão implementadas. Depois, o Poder Judiciário, se deparando com demandas judiciais, que muitas vezes trazem como pano de fundo os mesmos problemas que já foram tratados pelos outros Poderes, decide as questões que lhe são postas, aplicando a solução que entende mais justa e fundamentando tal decisão não só nas leis existentes, como também na Constituição e, sobretudo, nos princípios constitucionais, conforme já visto.

Diante do panorama tratado no parágrafo anterior, traz-se à luz o seguinte problema: o parlamentar, quando escolhe qual é a melhor solução para seus representados, editando o que acha ser o melhor texto legal; o representante do Executivo, diante dos parâmetros delineados pelo Legislativo, quando escolhe o rumo das políticas públicas; e o juiz, quando profere a decisão que entende ser a mais justa, na grande maioria das vezes, o fazem levando em conta a mera **intuição**.

Cabe pontuar que é ineficaz qualquer ponderação entre soluções alternativas se o tomador da decisão não tem, na prática, conhecimento sobre o que efetivamente está em jogo, ou seja, não tem certeza sobre as consequências dessa ou daquela alternativa, dos custos e dos benefícios das alternativas que estão em debate.

No tocante ao Poder Judiciário, além de muitas vezes o julgador não saber quais são os custos e os benefícios das soluções que pode dar a determinado caso, tendo de se apegar a sua intuição para solucioná-lo, não é incomum magistrados decidirem sobre questões que estão eminentemente no campo dirigente de políticas públicas, políticas que já foram decididas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, cujos representantes foram eleitos pelo povo para tal fim. Gustavo Franco, enfocando a utilização do Poder Judiciário para a discussão dos rumos de determinadas políticas públicas, afirma o seguinte:

²⁰GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Transação tributária: introdução à Justiça Fiscal Consensual**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 125-126 (Grifo ao Autor).

Levar as políticas públicas para o Judiciário, buscando nelas identificar algum ângulo geralmente fictício de “irregularidade”, é questionar as escolhas do eleitor, levando o resultado das urnas para o “tapetão” e criando, desta forma, a tão perniciosa insegurança jurídica [...]. Democracia é diversidade, temperada por tolerância, esta por sua vez, deve ser administrada com sabedoria pelo Judiciário. Adversários políticos podem sempre enxergar “danos irreparáveis” nas políticas do outro, uma vez que ferem suas crenças particulares [...].

A politização do Judiciário é uma distorção de uma Democracia jovem, que ainda não soube trabalhar inteiramente as nuances da separação dos Poderes, e as vítimas desse aprendizado são as instituições e as pessoas que foram instrumentos de políticas públicas legítimas, cujo contraditório, igualmente legítimo, deve ter lugar no Parlamento e no plano das ideias, como é normal em qualquer Democracia, e não nos tribunais²¹.

Deste modo, ferramentas mais robustas à solução dos casos do que apenas a mera intuição, como as que se têm na Análise Econômica do Direito (AED), podem auxiliar enormemente os agentes políticos a identificar os melhores caminhos a seguir na concretização dos objetivos por eles traçados para a população. A AED é de profunda utilidade também para os julgadores, que terão balizas mais objetivas para analisar os casos sob julgamento. A AED se prestará também de antídoto para os julgadores contra aquelas demandas que, sob o argumento de irregularidades na execução de políticas públicas, ou de afronta a princípios constitucionais, na realidade, tentam garimpar, ou pior, fazer nascer por meio do Judiciário direitos que em nenhum momento estiveram na pauta do Legislador e, muito menos, foram albergados na Constituição de 1988, ou na legislação posterior.

Diante desse panorama é que começa a ser discutida e considerada no Brasil a AED, que tem como objetivo oferecer subsídios que permitam a melhor compreensão das relações humanas e dos incentivos gerados aos agentes sociais, e assim auxiliar na tomada racional de decisões, seja quando da edição das normas jurídicas, seja quando de sua aplicação.

2.2 O QUE É PROPRIAMENTE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

O Direito é um dos vários sistemas de incentivos que interferem nas condutas dos seres humanos. Os juristas em regra se debruçam sobre a análise da justiça das leis, sobre a intenção do legislador ao editá-las, e sobre se as leis guardam consonância com o restante do ordenamento jurídico. Contudo, na imensa maioria das vezes, não é feito o estudo das consequências, do impacto da edição das referidas normas no comportamento dos indivíduos, estudo este que deveria levar em conta como os agentes se comportavam antes da edição da

²¹FRANCO, Gustavo H. B. O Judiciário e a economia. In: _____. **Crônicas da convergência ensaios sobre temas já não tão polêmicos**. Rio de Janeiro: Top Books, 2006. p. 206-211. p. 210-211.

lei, diante das opções pessoais e das normas de conduta social existentes, e projetar como se comportarão diante dos incentivos gerados pela nova norma.

É importante pontuar que o juízo valorativo de saber se os incentivos aos indivíduos gerarão alterações positivas ou negativas, boas ou ruins de seus comportamentos é papel dos agentes políticos e intérpretes, e não da Análise Econômica do Direito. A AED não tem a intenção de usurpar as prerrogativas dos agentes políticos e intérpretes na valoração do que seja melhor para seus representados e jurisdicionados, mas sim identificar quais alterações de comportamento ocorrerão diante de dada decisão política ou judicial e apresentá-las àqueles agentes públicos, para que, após cientes das consequências, possam avaliar a melhor decisão a ser tomada.

A AED, como a terminologia aponta, é aplicação da metodologia econômica aos problemas do direito. A AED trabalha com a premissa de que os seres humanos são racionais e maximizadores de utilidade e que, portanto, reagem aos incentivos a que estão sujeitos, incluídos os incentivos do sistema jurídico. Como ressalta Ivo Gico Jr.:

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências²².

A economia, por intermédio de suas teorias, busca estudar justamente as reações humanas diante das diversas alternativas que podem se apresentar para determinado fato, tendo em vista que os recursos são escassos e que os indivíduos têm, portanto, de realizar escolhas excludentes entre si. A AED se vale da metodologia econômica, mais precisamente das ferramentas da microeconomia, que estuda como recursos escassos são alocados entre fins alternativos entre si.

A aplicação de recursos entre fins necessariamente alternativos significa dizer que as pessoas estão o tempo inteiro fazendo escolhas de como aplicar seus recursos. Quando você decidiu ler este texto, abdicou de fazer outra coisa neste mesmo momento, como assistir a um filme, namorar, fazer as contas do mês, entre diversas outras opções que teria. O que prefere, comprar um carro novo ou quitar o empréstimo de seu apartamento? Fazer uma viagem de férias ou utilizar esse tempo para estudar? Como seu tempo e dinheiro são limitados, você não pode comprar ou fazer tudo que queira, por isso tem de fazer opções o tempo inteiro.

²² GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 2, jan./jun. 2010.

O entrelaçamento da Economia com o Direito, por um lado, pode auxiliar os juristas na solução das questões que lhes são postas. Por outro lado, em face de as demandas jurídicas serem a representação real dos conflitos entre os agentes sociais, elas apresentam uma enorme gama de situações em que os economistas podem testar suas teorias e, inclusive, aperfeiçoá-las.

A economia demonstra que as relações humanas, que são tuteladas pelo direito, apresentam uma identidade: as ações de uns implicam custos ou benefícios para outros²³. Por exemplo, os ladrões causam danos às suas vítimas e impõem custos àqueles que procuram evitá-los (Estado e particulares); o inadimplente gera danos para quem consigo contrata e para aqueles que dispensam tempo e dinheiro criando mecanismos para evitar o inadimplemento, e assim por diante.

A utilização da Economia no estudo do Direito, embora seja recente no Brasil, conforme já dito, encontra-se muito presente em outros países, em especial nos Estados Unidos da América (EUA). Estudo constatou, inclusive, que os artigos que utilizam a abordagem econômica do Direito são mais citados nas principais revistas norte-americanas do que os artigos que usam qualquer outra abordagem²⁴. Cabe referência ainda aos fatos de que a maioria dos cursos de Direito dos EUA tem, atualmente, ao menos um breve resumo da AED na maioria de suas cadeiras e de que quatro Prêmios Nobel²⁵ consecutivos foram conferidos a economistas que ajudaram a fundar a Análise Econômica do Direito.

O professor Bruce Ackerman, da Faculdade de Direito de Yale, resume a trajetória da AED, versando que a abordagem econômica do direito é o “mais importante desenvolvimento na ciência jurídica do século 20”²⁶.

A AED pode, por exemplo, auxiliar na investigação do porquê de algumas leis serem respeitadas e outras não, isto é, a razão de algumas leis “pegarem” e outras não, ou ainda pode ser utilizada para prever se os objetivos que ensejaram a edição de determinada norma tendem a ser atingidos.

A inexistência da cultura da análise de custo-benefício no Brasil é tão patente, que não é incomum que, durante o processo de edição das leis, sequer tenha sido avaliada previamente a real necessidade da edição da lei. Fala-se nisto, pois algumas vezes o problema que dada lei

²³ RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do Direito**. Almedina: Coimbra, 2007. p. 35.

²⁴ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 24.

²⁵ Prêmio Nobel de Economia é o título resumido de Prêmio do Banco da Suécia em Ciências Econômicas em memória de Alfred Nobel.

²⁶ COOTER; ULLEN, op. cit., p. 24.

pretende solucionar poderia ser resolvido de outra maneira, que não pela edição de uma lei, como, por exemplo, pela intensificação da fiscalização de uma norma já existente. Por conta disso é que, **antes de se redigir a lei, é preciso que ela seja pensada**²⁷.

Sem se debruçar sobre as leis já existentes e sobre a realidade social em que a lei será inserida, ou dificilmente se alcançarão os resultados almejados, ou estes serão diminutos.

É importante ressaltar que a aplicação da AED não está circunscrita à análise do Direito posto e sua interpretação, mas se debruça sobre todas as instituições, entendidas as instituições como todas as regras de comportamento que regem dada sociedade, sejam elas positivadas ou não. Tais instituições compõem, assim, as “regras do jogo” de uma sociedade. Isto porque, sem analisar todo o contexto em que será inserida uma nova norma, não há como avaliar todas as suas consequências. Cabe frisar, ainda, que a qualidade das “regras do jogo” é tão importante, que influencia o próprio desenvolvimento da sociedade em que estão inseridas²⁸.

A análise das consequências das normas, como bem ressaltou o então vice-governador e atual governador do Estado de Minas Gerais²⁹, ainda não faz parte do cotidiano dos poderes públicos brasileiros; contudo, ao menos começa a ser cogitada, conforme se depreende do trecho abaixo:

De fato, devemos nos indagar acerca das repercussões de determinada lei em uma sociedade, mas, lamentavelmente, ainda não estamos num estado de maturidade que nos permita fazer essas indagações. Esses questionamentos não estão ainda no nosso cotidiano, no dia a dia daqueles que elaboraram as normas.

Elaboramos aquela norma com o objetivo de repercutir o menos possível na órbita judicial, ou seja, sendo a mais redonda, a mais esmerada possível, de modo a não criar conflitos? Terá ela condições de alterar aquele panorama social do qual o parlamentar foi o arauto, a partir do qual ele se legitimou por meio das urnas para tentar modificar? Essa é a nossa dificuldade. Daí o vernáculo popular da lei que “pega” e da lei que não “pega”.

Não é possível permanecermos presos somente aos critérios formais, mas devemos voltar-nos para o resultado no sentido concreto, sobre o qual a lei deve se impor, indagando, de maneira muito realista, qual será o efeito material daquela norma a ser aprovada e qual será sua repercussão no seio da sociedade. Dizer isso é fácil. O difícil — não vou afirmar que seja impossível —, considerando-se a realidade brasileira, é conseguir perquirir, com profundidade, até onde aquela norma poderá alcançar.

A análise das repercussões das leis com base na mera intuição dos agentes políticos realmente será difícilíssima, e tão eficaz quanto o bom senso. Eis a razão do surgimento da

²⁷ Tradução livre de “*Avant de rediger la loi, il importe de la penser*”, atribuída ao autor suíço Jean Daneil Delley, em pergunta feita em entrevista ao pesquisador suíço Pierre Issalys (ISSALYS, 2006).

²⁸ Para uma análise mais aprofundada da questão, ver North (2007).

²⁹ ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. **Legística**: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 27-39.

AED, que toma emprestadas da economia teorias e metodologias próprias para o juízo de prognose das consequências geradas pelas leis e decisões judiciais.

A AED pode ser utilizada também para responder a perguntas do tipo: a diminuição da carga tributária sobre determinado produto necessariamente diminuirá a arrecadação tributária? A resposta a essa pergunta, embora muito importante, não pode simplesmente ser respondida pela intuição. Isto porque a diminuição da alíquota incidente sobre determinado produto, embora por um lado diminua o valor arrecadado com cada item comercializado, noutra direção pode incrementar as vendas do produto em patamar que compense ou até mesmo supere a arrecadação que se tinha antes da alteração de alíquota.

Pode-se se recorrer também à análise econômica para prever se a aplicação de regimes de parcelamento tributário e remissão de multas e juros, a exemplo do que tem ocorrido nos últimos anos no Brasil, pode incentivar os contribuintes a não pagarem seus tributos em dia, na expectativa de posteriormente serem agraciados com o perdão de juros e multas.

Outra pergunta que pode ser respondida com a utilização da AED é como uma sanção ou o incremento de uma penalidade já existente poderá afetar o comportamento das pessoas. Imagine-se que fosse editada uma regra legal que obrigasse, doravante, as empresas que fabricassem produtos defeituosos a, além de indenizar os consumidores pelos danos causados pelos produtos defeituosos, terem também de pagar determinado valor a título de punição por sua conduta (*punitive damages*). Como essa nova regra legal interferiria na segurança e no preço dos produtos no futuro?

A AED, neste caso, se prestaria a concluir que o fabricante de produtos defeituosos, diante da imposição de sanção adicional, não necessariamente investiria continuamente na melhoria da segurança de seus produtos. O cálculo a ser feito pelo fabricante teria como premissa a resposta às seguintes indagações: qual é o percentual de produtos fabricados que dão defeitos? Tomando-se o nível atual de produtos defeituosos e aplicado o novo patamar de responsabilização, qual é o valor a título de indenização com que terá de arcar? Qual é o custo do aumento da segurança desses produtos e da conseqüente diminuição de danos? Assim, o fabricante investirá na segurança de seus produtos até o patamar em que tais investimentos sejam menores do que o ganho com a diminuição das indenizações pagas por produtos defeituosos, em virtude do aumento da segurança dos produtos. Deste modo, a partir do momento em que o custo total com a segurança dos produtos passe a ser maior do que o gasto com indenizações, não será mais vantajoso ao fabricante investir em segurança, por não haver mais benefício marginal em tal conduta.

A Economia possui teorias específicas e matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e metodologia sólida (estatística e econometria) para responder a indagações como essas, ou seja, para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento³⁰. Para os juristas, as sanções se assemelham aos preços, assumindo-se que as pessoas reagem às sanções da mesma forma que reagem aos preços. Assim, do mesmo modo que as pessoas reagem aos preços altos consumindo menos dos produtos mais caros, reagem às sanções mais severas praticando menos as condutas passíveis daquelas sanções.

Do que foi dito até agora, verifica-se que a AED busca aplicar os métodos econômicos e das ciências afins aos problemas do direito, e com isso conhecer melhor as relações sociais e auxiliar nas decisões dos legisladores e aplicadores do direito. Passam-se a analisar a seguir alguns princípios e teorias da economia cuja compreensão é importante para o estudo e a aplicação da AED.

2.3 ALGUNS CONCEITOS E TEORIAS ECONÔMICAS APLICÁVEIS AO ESTUDO DO DIREITO

2.3.1 Da escassez de recursos e do pressuposto de maximização de utilidade

Como já falado, os **recursos**, quaisquer que sejam, são **escassos**. O tempo das pessoas é restrito às 24 horas do dia, o dinheiro é restrito ao orçamento de cada um, os recursos energéticos são restritos ao menos à capacidade produtiva e extrativa instalada, e assim por diante. Os exemplos são intermináveis, mas a conclusão é a mesma: eles são escassos.

A economia adota o pressuposto de que a maioria dos agentes é racional e, por ser racional, busca inevitavelmente maximizar tudo aquilo que é de seu interesse, para que possa aproveitar o mais com menos, ou seja, os agentes buscam utilizar o mínimo de recursos para obterem o máximo de utilidade. Desta maneira, assume-se que os consumidores, por exemplo, maximizam seu bem-estar (satisfação e felicidade), quando da aquisição de mercadorias, buscando adquirir os bens de sua preferência pelos menores preços possíveis, pois com isso os seus recursos, que são limitados, serão suficientes para fazer face ao maior número de suas

³⁰GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010. p. 25.

preferências. As empresas, noutro giro, por maximizarem seus lucros, buscam vender seus produtos pelo maior valor que os consumidores aceitem pagar.

O pressuposto da conduta maximizadora é adotado na economia e tem aplicabilidade em todas as esferas, por exemplo: os governos maximizam receitas, os políticos maximizam votos, os atletas maximizam vitórias e recordes, e assim por diante.

É importante deixar claro que o pressuposto de os agentes serem racionais maximizadores não tem como consectário lógico a suposição de que as pessoas sejam necessariamente egoístas, gananciosas e somente pensem em obter vantagem individual. Nesse sentido, a racionalidade pode ter o foco justamente em maximizar o bem-estar dos outros, como, por exemplo, a felicidade dos filhos e amigos, ou ainda a ajuda às pessoas mais carentes. Isto porque, muitas vezes, o agente pode sentir maior prazer em gastar parte de seus recursos na compra de mantimentos para famílias desamparadas, do que em usar os mesmos recursos para uma viagem às ilhas gregas. Neste exemplo, o agente também está maximizando a utilidade de seus recursos, a única diferença é que esse indivíduo, conforme sua função utilidade, extrairá maior utilidade e satisfação com seu agir altruísta do que viajando em férias.

2.3.2. Teoria da escolha racional

Em primeiro lugar, é importante pontuar que as escolhas dos indivíduos são subjetivas. Pessoas diferentes têm gostos diferentes, o que faz que cada indivíduo possua suas preferências. A economia deixa para as outras disciplinas, como a sociologia e a psicologia, investigar as preferências dos indivíduos, o porquê de uma pessoa gostar de uma coisa e não de outra, preferir um bem a outro.

A economia assume que os indivíduos, diante de recursos limitados, são conduzidos a fazer escolhas alternativas entre bens que valorizam. Os economistas, para melhor explicar essa questão, fazem uma associação denominada de função de utilidade. Isto é, parte-se do pressuposto de que os indivíduos, para tudo que querem, são capazes de eleger grau de prioridade, preferências que podem ser associadas a números reais em ordem crescente, dos menores para os maiores.

Assim, os bens a que os indivíduos dão menos valor são associados aos números menores na função de utilidade, e aqueles bens de maior valor para os agentes são associados

aos números maiores. Deste modo, a economia assume o pressuposto de que os indivíduos fazem suas escolhas dos números maiores para os menores na **função de utilidade**, até que seus recursos acabem. Quando se fala em recursos, não se está tratando apenas de dinheiro, mas de todos os outros bens materiais e imateriais que os agentes valorizem, como, por exemplo, o tempo, que é, por certo, ao lado do dinheiro, um dos bens mais valorizados pelos seres humanos. Não se quer dizer com isso que todos os indivíduos valorizam os bens da mesma forma, pois cada indivíduo possui sua função de utilidade com base em suas próprias **preferências**.

O caso da venda de férias demonstra bem o fato de os indivíduos valorizarem de forma diferente os diversos bens. Refere-se aqui ao caso das empresas e órgãos públicos onde é permitido aos funcionários venderem parte de suas férias, ou seja, podem os trabalhadores optar, em troca de indenização em dinheiro, por trabalhar parte do período em que teriam direito ao gozo de férias. Nestes casos, vai ser possível notar que alguns indivíduos escolhem gozar férias integrais, enquanto outros preferem vender parte dos dias de férias, denotando uma preferência distinta dos indivíduos entre dois bens escassos: lazer e dinheiro.

Os juseconomistas assumem que as preferências humanas são: completas, estáveis e transitivas. As preferências são tidas por completas, porque os indivíduos, não importa quais sejam as escolhas disponíveis, terão sempre a capacidade de escolher dentre as opções disponíveis, ou inclusive optar por nenhuma delas. Pressupõe-se também que as pessoas são capazes de fazer escolhas em tempos distintos, como viajar no próximo mês para Dubai, ou poupar dinheiro para adquirir um novo apartamento.

Já o pressuposto da transitividade significa que, se um indivíduo prefere A a B e B a C, logo prefere A a C. Passa-se a explicar. Entenda que determinado indivíduo, em uma promoção de final de ano de um *shopping center*, ganhou um viagem para um de dois destinos: Madri ou Lisboa. Como o cidadão preferia viajar para Madri, essa foi sua escolha. Contudo, a cidade da Europa de sua preferência era Amsterdã, assim, conseguiu que a empresa de turismo, mediante o pagamento de diferença em dinheiro, alterasse sua viagem para Amsterdã. O pressuposto da transitividade conduz ao fato de que, se o indivíduo prefere Amsterdã a Madri e Madri a Lisboa, por coerência, não trocaria a viagem a Amsterdã pela viagem a Lisboa.

Por sua vez, o pressuposto da estabilidade das preferências trabalha com a hipótese de que as pessoas têm suas preferências determinadas e que, se mudaram o comportamento, é porque outros fatores contribuíram para a mudança, e não porque houve alteração de preferências. Para fins de análise, a juseconomia adota esse pressuposto simplificado, pois,

caso contrário, quando se verificasse uma alteração na conduta dos indivíduos, bastava a invocação da mudança de preferências para explicar a mudança comportamental. Tal linha de raciocínio implicaria a perda do poder explicativo da teoria das escolhas, visto que não explicaria mais nada, tudo sendo justificado pela alteração de preferência dos indivíduos.

2.3.3 Mercado, teorias da demanda e da oferta

“O Mercado é o espaço social onde ocorrem, efetiva ou potencialmente, trocas voluntárias de bens entre indivíduos ou empresas. É nele que se encontram e interagem ofertantes e consumidores de um determinado bem”³¹. A vontade agregada dos consumidores de comprar determinado bem para satisfazer seus interesses, ainda que para a produção de outro bem, denomina-se **demanda** ou **procura**. Já a **oferta** é a vontade agregada dos vendedores ou produtores de dispor de um bem em troca de outro bem, geralmente dinheiro.

Como já foi visto, os consumidores, por maximizarem seu bem-estar, têm como meta adquirir os bens de seu interesse pelo menor preço possível. Já os vendedores, com vistas a maximizar lucros, têm como objetivo vender seus produtos pelo maior valor que for aceito pelos clientes.

A demanda por determinado produto, quando é maior que a sua oferta, faz que os consumidores concorram entre si em vista de não haver bens suficientes para atender a todos. A conclusão disto é que somente adquirirão os produtos aqueles que estiverem dispostos a pagar o maior valor por eles. O quanto cada pessoa está disposta a pagar por algo é denominado de **preço de reserva**. O preço de reserva dos indivíduos é pautado por duas variáveis: a quantidade de recursos que a pessoa possui e suas preferências, ou seja, o quanto ela valoriza determinado bem, diante das outras opções que possui.

Uma oferta diminuta, que por um lado acarreta a elevação dos preços por conta da concorrência entre os consumidores, por outro, incentiva, em virtude dos elevados preços, que os atuais produtores aumentem sua produção, bem como outros ofertantes ingressem no mercado. Com o conseqüente aumento da oferta em virtude do aumento da produção, há diminuição gradual dos preços, visto que, por existir maior quantidade de produtos no mercado, a concorrência entre os consumidores diminui.

³¹GICO JUNIOR. Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2006. p. 47.

A interação entre a concorrência dos ofertantes e a concorrência dos consumidores faz que o mercado chegue a um ponto de equilíbrio entre oferta e demanda. Quando o preço praticado refletir apenas o **custo econômico** do produto, o mercado terá chegado ao seu ponto de equilíbrio. O custo econômico é sinônimo de **custo de oportunidade**, que é tudo aquilo de que se abriu mão para realizar determinada atividade. No caso dos produtores, o custo de oportunidade congrega os custos explícitos (gastos dispensados) e os implícitos, que correspondem a tudo aquilo que se deixou de ganhar em razão de não se ter colocado o recurso em alocação alternativa.

Assim, o custo de oportunidade é o custo econômico de tudo aquilo que foi deixado de lado para se poder fazer determinada escolha. Quando você resolveu viajar, ir a uma academia, estudar, teve de abrir mão de alguma outra coisa. Um exemplo que pode deixar mais claro o conceito de custo de oportunidade é o seguinte. Vamos entender que você ganhou em um sorteio uma lancha no valor de R\$ 200.000,00. As regras do sorteio versam que o primeiro ano de uso da lancha é grátis, ou seja, todas as despesas com marinheiro, marina e gasolina ficarão por conta da empresa que ofertou o prêmio. Mas será que o custo de utilização da lancha é zero mesmo?

Suponha que, se você utilizar a lancha por um ano, ao final desse período ela se desvalorizará e passará a valer R\$ 150.000,00. Suponha ainda que, se você a vendesse pelos R\$ 200.000,00 e aplicasse o dinheiro, ele renderia em um ano 6%, perfazendo a monta total de R\$ 212.000,00 (principal mais juros). Neste exemplo, caso a opção seja pela utilização da lancha por um ano, o custo de tal escolha será R\$ 62.000,00, e não zero.

Nesse sentido, enquanto o custo contábil pode ter sido zero, o custo econômico (de oportunidade) não foi zero.

2.3.4 Eficiência alocativa, eficiência produtiva e custos de transação

No que diz respeito à eficiência, há várias definições. Um desses conceitos de eficiência, mais voltado à produção, considera eficiente uma entidade produtiva quando: a) não seja possível produzir com menos insumos, isto é, quando não seja possível diminuir os custos de produção; ou b) não seja possível aumentar a produção utilizando a mesma combinação de insumos, isto é, não seja possível aumentar a produção mantendo-se o mesmo custo.

Na linha de maior eficiência produtiva, Coase, em seu seminal artigo, *The Nature of the Firm*³², explica por que diversas atividades são desenvolvidas por meio da constituição de empresas. Aduz o mencionado autor que a principal razão da existência das empresas é o fato de que elas permitem a utilização de meios eficientes para organizar a produção, mitigando sobremaneira os **custos de transação**, que são todos os custos envolvidos nas trocas ou comércio. Tomem-se como exemplo os custos de transação no comércio de mão de obra para a construção civil. Determinado construtor pode instituir empresa de serviços de engenharia e contratar empregados, remunerando-os mensalmente pelos seus serviços, ou pode, para o serviço de cada semana, optar por buscar no mercado engenheiros, mestres de obra, pedreiros etc, e negociar com cada um os serviços que gostaria que eles realizassem e os respectivos preços.

No exemplo dado, verificam-se custos de transação que podem ser divididos em três tipos de custos, aplicáveis a todos os outros tipos de transação: 1) custos da busca para realização do negócio; 2) custos de negociação; 3) custos de cumprimento do que foi negociado (*enforcement*).

A opção do construtor em fazer a contratação avulsa de seus funcionários o obrigaria, a cada semana, a ter que buscar no mercado novos profissionais e negociar o preço de seus serviços; ou pactuar novos serviços com aqueles que trabalharam na semana anterior. Isso sem falar que o contratante teria de cuidar para que cada um dos contratados cumprisse o que foi acordado naquela semana.

Em contrapartida, se a opção do construtor fosse a organização empresarial, poderia fazer a contratação por prazo indeterminado de seus funcionários, estabelecer melhor divisão de tarefas, e instituir sistema hierarquizado que permitisse melhor fiscalização e imposição de cumprimento do trabalho dos funcionários. Assim, é certo que, quando determinada atividade está organizada por meio de empresa, assim foi feito para diminuir custos, dos quais os custos de transação estão entre os mais expressivos.

É importante que o leitor não confunda o fato de os agentes se organizarem em empresas com o fim de diminuir os seus custos de transação e, por consequência, serem mais eficientes, com a hipótese de que em alguns países, como o Brasil, os agentes se organizem em empresas para pagar menos tributos. Exemplos deste último caso são os inúmeros prestadores de serviço que constituem empresas com o fim único de não terem de pagar imposto de renda com base nas alíquotas aplicáveis às pessoas físicas.

³²COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 19 Feb. 2007. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x/pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

Frise-se ainda que tais empresas normalmente são constituídas por apenas dois sócios e que um deles em regra figura com 99% do capital. É bem verdade que após a edição da Lei n.º 12.441/2011³³, que previu a possibilidade de constituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), o contribuinte não precisa mais se juntar a outro sócio para poder recolher Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) – e, com isso, não ter de se sujeitar às alíquotas aplicáveis às pessoas físicas. Entretanto, ainda persiste a necessidade de constituir pessoa jurídica para que se possa usufruir das alíquotas de IRPJ, ou seja, a distorção criada pelo sistema tributário permanece, só tendo sido diminuído o custo de transação do contribuinte por não ter mais de se associar a outra pessoa para constituir a empresa.

Imagine-se quantos recursos são desperdiçados, em virtude da distorção referida acima, gastos como: honorários de contador, honorários de advogado, entre várias outras despesas, que somente existem em virtude de o sistema tributário gerar incentivo para que os agentes constituam empresas com o fim preponderante de pagarem menos impostos. Isto é, essas atividades são realizadas por meio da constituição de empresas não porque assim sejam mais eficientes, mas apenas para pagar menos impostos.

Tome-se como exemplo o caso de um parecerista, cuja atividade desenvolvida dependa apenas de seu trabalho, e assumo-se que ele desenvolva a atividade em sua residência sem necessitar do auxílio de qualquer empregado. Qual seria o motivo, além do pagamento de menos impostos, que o incentivaria a constituir uma empresa? Nenhum! Nesse caso, todos os gastos empregados na implantação e manutenção da pessoa jurídica são recursos desperdiçados, que poderiam ser poupados caso a legislação de Imposto de Renda - Pessoa Física (IRPF) não apresentasse alíquotas tão superiores às do Imposto de Renda - Pessoa Jurídica (IRPJ).

É por conta de distorções como essas e outras mais que a AED pode ser de extrema utilidade aos agentes públicos e aplicadores do Direito na formatação de regras mais eficientes.

Passam-se agora a abordar outras duas acepções de eficiência que são a eficiência de Pareto, que tem essa terminologia em homenagem a seu criador, Vilfredo Pareto, e a eficiência de Kaldor Hicks, que leva esse nome também em função de seus idealizadores, Nicholas Kaldor e John Hicks. Esses dois conceitos de eficiência levam em conta a alocação de recursos entre partes.

³³ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 jul. 2011. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm>. Acesso em: 22 jan. 2012.

Segundo o conceito de eficiência de Pareto, a alteração da alocação de recursos entre partes somente será eficiente se nenhuma das partes tiver sua situação alterada para pior. Veja-se o seguinte exemplo. Determinado hospital se instalou ao lado de uma fábrica de roupas que lá operava fazia dez anos. Logo após sua instalação, o hospital pressionou as autoridades públicas para compeli-las a fábrica a se transferir para a zona industrial. Contudo, tal transferência, não obstante trouxesse sossego aos usuários do hospital por conta da diminuição de ruídos, importaria altos custos à fábrica. Essa solução, segundo o conceito de Pareto, seria ineficiente pois uma das partes teria prejuízo.

O conceito de Kaldor-Hicks, entretanto, que é denominado também de melhoria potencial de Pareto, não assume o pressuposto de que não possa haver prejuízo a uma das partes, mas adota a ideia de que os ganhos de uma delas superem as perdas da outra, de modo que os prejuízos de uma das partes possam ser indenizados. Não se quer dizer com isso que os prejuízos devam ser necessariamente indenizados para que a alocação seja Kaldor-Hicks eficiente, mas que a margem de ganho de uma das partes permita que, mesmo indenizando a outra parte, ainda assim seja vantajosa determinada alocação de recursos.

Retomando o exemplo da fábrica, caso a transferência dela para a zona industrial traga para o hospital maiores benefícios do que os custos da indústria para se transferir, tal operação será Kaldor-Hicks eficiente, pois permitirá que os prejuízos da fábrica, em tese, possam ser indenizados pelo hospital. Caso os custos da transferência da fábrica superem os benefícios do hospital, tal mudança será ineficiente, seja do ponto de vista do conceito de Pareto, pois uma das partes terá prejuízo, seja diante do conceito de Kaldor-Hicks, em vista de que o benefício de uma das partes será inferior aos prejuízos da outra.

2.3.5 Externalidades

Externalidades são todos os custos gerados por determinada atividade que não são refletidos no preço, isto é, não são assumidos (internalizados) por nenhuma das partes envolvidas no negócio. Exemplo de muito fácil visualização é a poluição. As fábricas, ao produzir determinado bem, não contabilizam em seus custos (custos privados) os prejuízos

causados pela emissão de gases, pelo descarte nos rios de material nocivo à natureza³⁴, ou seja, não contabilizam as externalidades geradas. Ressalte-se ainda que, em razão de os prejuízos causados por essa ação poluidora não serem contabilizados pelo produtor, também não são repassados, no preço do produto, ao consumidor.

Deste modo, nem o produtor, nem o consumidor contabilizam os prejuízos causados a terceiros por conta da poluição gerada. Trata-se, portanto, de uma falha de mercado em vista de que o produto é vendido por preço inferior ao que realmente custa para a sociedade, pois o custo real daquele produto é o seu **custo social**, que corresponde à soma do custo privado de sua produção com o custo de todas as externalidades geradas.

2.3.6 Assimetria de informações

O mercado ideal seria aquele em que os envolvidos tivessem completo conhecimento de todas as informações relativas às potenciais transações (informações perfeitas). Contudo, no mundo real, isso não ocorre, e os agentes em geral não possuem idênticas informações sobre as operações entabuladas.

Nesse sentido, há situação de assimetria de informações naquelas hipóteses em que há desequilíbrio de informações entre as partes envolvidas na relação. Ressalta-se que a disparidade de informação entre as partes é fato recorrente nos mais variados campos das relações humanas, desde as relações amorosas até as mais simples trocas comerciais.

Os vendedores, por exemplo, têm, em regra, muito mais conhecimento sobre os produtos que estão vendendo do que os compradores. Os empregados, por sua vez, têm muito mais conhecimento sobre suas habilidades e disposição para o trabalho, do que os empregadores. Os alto executivos das empresas, normalmente, têm muito mais conhecimentos sobre os custos, sobre a posição competitiva e sobre as oportunidades de investimento das empresas, do que seus acionistas. E os contribuintes têm muito mais conhecimento acerca dos fatos que os fazem devedores de tributos (fatos geradores) do que a administração tributária.

Em alguns casos os exemplos podem se inverter. Assim, do mesmo modo que os vendedores podem ter informações mais completas do que os compradores, em algumas hipóteses pode ocorrer o contrário. Por exemplo, uma empresa incorporadora de imóveis, ao

³⁴Fala-se aqui dos níveis de poluição dentro dos patamares determinados pelos órgãos responsáveis, que, mesmo estando dentro dos padrões, causam prejuízos a terceiros e não fazem nascer para o produtor responsabilidade pelos danos causados.

adquirir terrenos para um novo empreendimento, pode ter ciência prévia da criação de uma nova via de acesso ao local ou de outras melhorias a serem feitas pelo Estado, o que certamente lhe conferirá informação privilegiada face aos vendedores, que desconhecem aquele fator futuro de valorização de seus terrenos.

George Akerlof³⁵, em *The market for 'lemons'*, tratou de forma pioneira das implicações da existência de situação de assimetria de informações nos mercados. O mencionado estudo teve como foco principal o mercado dos carros usados. Contudo, o referido manuscrito vai muito além da análise do mercado de automóveis usados, debruçando-se sobre o mercado de trabalho, de crédito e de seguros. Importa frisar, ainda, que as premissas estabelecidas por Akerlof se aplicam a infindáveis outros casos. A conclusão a que chegou o mencionado cientista é que os carros em mau estado de conservação terminam por expulsar do mercado aqueles em bom estado.

O título do estudo de Akerlof, em sua tradução literal para o português, *O mercado de 'limões'*, pode não expressar em português seu real sentido, contudo em inglês o termo limão é empregado no sentido de mercadoria problemática, ou seja, de qualidade duvidosa. Fazendo um paralelo com a linguagem aplicada no Brasil, seria o mesmo que dizer que determinado item seria um abacaxi.

Importa registrar que, não obstante o estudo de Akerlof ser o mais recorrentemente citado como pioneiro a tratar da assimetria de informações e em especial a discorrer sobre o problema da seleção adversa, Sir Thomas Gresham, ainda no século XVI³⁶, já havia versado que dinheiro ruim expulsa dinheiro bom (*bad money drives out good money*). Esta assertiva é conhecida como Lei de Gresham e tratava de problema identificado por Gresham no tocante à utilização de moedas cunhadas em metal precioso como meio de pagamento³⁷.

Foi identificado que as moedas de ouro, no transcorrer do tempo, passaram a ter um pouco da sua superfície raspada. Assim, com o ouro resultante das dilapidações dessas moedas, outras eram produzidas. Como essa raspagem não podia ser identificada senão por uma análise muito minuciosa, a maioria das moedas que passou a circular no mercado era raspada, ou seja, não possuíam a quantidade de ouro original. Deste modo, na troca de mercadorias por essas moedas, como era grande a probabilidade de o proprietário dos

³⁵ AKERLOF, George A. The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, p. 488-500, Ago. 1970.

³⁶ GRESHAM'S LAW. In: ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/245850/Greshams-law?anchor=ref725642>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

³⁷ KREPS, David M. **A course in microeconomic theory**. Princeton: Princeton University, 1990. p. 625.

produtos receber uma moeda que não possuía a quantidade de ouro original era grande, passaram-se a oferecer menos produtos em troca dessas moedas.

Em contrapartida, aqueles detentores de moedas não raspadas não tinham qualquer incentivo a ofertar suas moedas em troca de mercadorias, pois estavam cientes de que perceberiam produtos em montante inferior ao real valor das suas moedas. Por conta de tal fato, a circulação de moedas ruins passou a expulsar de circulação as moedas boas, aquelas com quantidade de ouro original, restando em circulação apenas as moedas raspadas.

No caso do mercado de automóveis usados, citado por Akerlof, os vendedores possuem muito mais informações sobre seus produtos do que os potenciais compradores. Assim, um carro que aparentemente esteja em bom estado pode ter problemas mecânicos ou elétricos não identificáveis pelo comprador, até mesmo quando auxiliado por mecânico experiente.

Nessa linha de raciocínio, os compradores não podem ter certeza de que mesmo aqueles automóveis emplacados em uma capital como São Paulo tenham transitado apenas em vias asfaltadas. Isto porque tais veículos podem ter sido submetidos a intenso uso em estradas de terra, em fazendas, ou até mesmo terem participado de competições em trilhas ou *rallies*.

O veículo posto à venda pode também ter sido objeto de furto, e estar sendo vendido por meio de documentos adulterados. As situações são inúmeras, e a conclusão é única: os vendedores, nesses casos, tendem a ter muito mais informações sobre os veículos que estão vendendo do que os compradores.

Deste modo, em razão de os compradores terem ciência de que, no mercado de automóveis usados, existem veículos de alta, média e baixa qualidade, tendem a querer pagar um valor médio, por estimarem que tanto podem adquirir automóveis de alta qualidade, como de média ou de baixa qualidade. Assim, quanto maior for o sentimento dos compradores de que encontrarão no mercado veículos de alta qualidade, maior será o preço que estarão dispostos a pagar. Contudo, quanto menor for essa expectativa, menores serão os preços ofertados.

A assimetria de informações entre os compradores e vendedores termina por beneficiar os detentores de veículos em mau estado, pois comumente receberão pelos seus automóveis mais do que eles realmente valem. Por sua vez, os proprietários de veículos de alta qualidade são prejudicados, pois em regra não conseguem transmitir de forma confiável aos potenciais compradores que seus veículos possuem qualidade superior e, por conta disso, terminam recebendo menos do que os seus carros efetivamente valem.

Destaca-se também o fato de o preço médio dos veículos usados influir diretamente na própria qualidade dos automóveis postos à venda. Quanto menor for o preço aplicado no mercado, menos incentivo têm os proprietários de veículos em ótimo estado de colocá-los à venda. Por consequência, quanto menos carros em bom estado houver em determinado mercado, maior será a tendência de diminuição dos preços, uma vez que haverá a diminuição da expectativa dos compradores em encontrar veículos em bom estado. Assim, há a tendência, em tal tipo de mercado, de predominarem produtos de baixa qualidade. Contudo, o mercado, antes de chegar ao extremo de ser constituído apenas de produtos de baixa qualidade, pode atingir um equilíbrio, em que os preços aplicados possibilitem a oferta de alguma quantidade de automóveis de ótima qualidade³⁸.

Diante do que foi dito é que se pode esperar vender um automóvel que esteja em ótimo estado, por um preço bem abaixo do valor pago quando da aquisição na concessionária, descontada a depreciação.

A assimetria de informações, como visto no exemplo do mercado de carros usados, gera falhas, cria imperfeições no mercado. O tipo de implicação preponderante gerada pela assimetria de informações é o problema da **seleção adversa**, que será melhor detalhado no próximo tópico. Será detalhado ainda outro problema gerado pela assimetria de informações, que é o **risco moral**.

2.3.6.1 Seleção adversa

A seleção adversa, que é presente no mercado de carros usados, ocorre justamente quando produtos de qualidades distintas são negociados pelos mesmos valores em razão de os compradores e vendedores não terem informações suficientes sobre os produtos para poderem determinar a real qualidade dessas mercadorias no momento do negócio.

O termo *seleção adversa* teve inspiração na teoria da seleção natural desenvolvida por Charles Darwin³⁹. Segundo a teoria da seleção natural, os seres mais adaptáveis prevalecerão

³⁸ PYNDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010. p. 551.

³⁹Relação referida por CARMO, Cláudio Roberto da Silva. **O problema da assimetria de informações nas atividades da Receita Federal do Brasil**. 50 f. Dissertação (Mestrado em Teoria Econômica) – Universidade de São Paulo. 1º lugar no 4º Prêmio Schöntag, Secretaria da Receita Federal, 2005. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/schontag/Monografias_premiadas_arquivos/monografia_monografias%204º/1%20lugar%20CLAUDIO%20ROBERTO%20DA%20SILVA%20CARMO.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2011.

sobre aqueles menos aptos a enfrentar as adversidades do meio ambiente. A relação da teoria de Darwin com o problema da assimetria de informações é justamente a consequência desta de fazer que os produtos de qualidade inferior tendam a expulsar do mercado os produtos de melhor qualidade, havendo consequente seleção. Contudo, tal seleção é adversa porque atua contra os interesses dos agentes de poderem escolher entre adquirir produtos ruins e pagar o pouco que eles valem; ou optar por adquirir produtos bons e pagar o seu correspondente valor. Assim, a seleção adversa tem como consequência a exclusão do mercado de produtos melhores em virtude do desincentivo à produção e ao oferecimento desses produtos.

Importa ressaltar que o problema da seleção adversa não ocorre apenas no mercado de automóveis usados, estando presente em diversos outros mercados como o de seguros, o de crédito e inclusive de automóveis novos.

Pode causar estranheza fazer referência ao mercado de veículos novos como exemplo de potencial ocorrência de seleção adversa. Contudo é absolutamente possível a ocorrência de seleção adversa em tal mercado, quando os potenciais compradores se deparam com marcas de veículos recém-chegadas ao mercado. Isto porque, com relação às marcas presentes no mercado há mais tempo, os consumidores têm informações suficientes que lhes permitem aferir e diferenciar com maior facilidade a qualidade dos automóveis. Noutra senda, com relação às novas marcas no mercado, tal aferição e diferenciação não são tão fáceis, pois a quantidade de informações que os consumidores possuem é diminuta. É justamente por conta disso que normalmente as novas marcas lançam mão de mecanismos visando transmitir sinais aos compradores sobre a qualidade de seus produtos, o que é conhecido como **sinalização de mercado**.

No caso dos automóveis novos e de outros bens duráveis, essa sinalização é feita por meio de garantias. Existe hoje no mercado brasileiro, por exemplo, montadora de automóveis que oferece 6 anos de garantia aos seus veículos. Um longo período de garantia transmite confiança aos consumidores, no sentido de que, durante todo o período da garantia, quaisquer problemas de fabricação serão solucionados sem custo adicional aos consumidores.

Os longos prazos de garantia são também eficazes sinais de qualidade dos produtos, uma vez que transmitem aos consumidores a impressão de que os produtores não a dariam caso não confiassem no baixo índice de defeitos de seus produtos. Isto porque uma garantia ampla é muito mais dispendiosa para o fabricante de produtos de baixa qualidade do que para os produtores de itens de alta qualidade, que estão bem menos suscetíveis a defeitos. Assim, em regra, os fabricantes de produtos de baixa qualidade estão menos propensos a concederem garantias alongadas aos seus produtos haja vista os custos envolvidos em tal operação.

E por que uma empresa não poderia simplesmente, em vista do pequeno custo de fabricação de seus produtos, conceder prazos longos de garantia, mesmo para produtos de baixa qualidade, e compensar tal concessão pelo aumento do preço de seus produtos? Não se exclui a possibilidade de que isso ocorra; contudo, o cálculo que será feito pela indústria certamente terá como objetivo o alcance do maior patamar de lucro. Nesse sentido, se o ganho com o aumento de confiabilidade dos produtos, mesmo diante do incremento dos custos de produção e conseqüentemente do preço final ao consumidor, trazer maior lucro ao empresário, certamente tal conduta será adotada; caso contrário, não.

O preço também é uma forte sinalização ao mercado. Aqueles produtos que são vendidos por preços mais baixos passam a impressão de terem menos qualidade do que aqueles similares com preços mais altos. Tomando o caso do mercado de carros usados, aqueles automóveis usados ofertados por preços mais baixos, em regra, são tidos pelos consumidores não como uma oportunidade de negócio (pechincha), mas sim como sendo de baixa qualidade. Tal consequência faz que os vendedores, mesmo para aqueles automóveis em pior estado, busquem ofertá-los por um preço compatível com o mercado.

Outra forma encontrada pelos vendedores para sinalizar a qualidade dos produtos ou serviços ofertados é a publicidade. Podem-se distinguir as campanhas publicitárias em dois tipos: informativas e persuasivas⁴⁰. As informativas seriam aquelas que proporcionam aos consumidores informações sobre as características, preço, local de disponibilidade dos produtos, entre outras informações. Já as campanhas publicitárias persuasivas têm o desiderato de inculcar nos destinatários a qualidade e o desempenho do produto ou serviço ofertado de modo a convencê-los de que estão diante da melhor opção do mercado.

Assim, embora a publicidade seja uma ferramenta muito eficiente para fortalecer a confiança dos consumidores nos produtos ou serviços, os efeitos da publicidade persuasiva na diminuição da seleção adversa são muito duvidosos. Pode-se afirmar ainda que, em alguns casos, os efeitos de tais campanhas publicitárias conduzem ao caminho inverso, ou seja, contribuem para o aumento da seleção adversa. Isto porque usualmente maximizam as qualidades dos produtos e serviços e minimizam eventuais impropriedades, o que não permite aos consumidores completa informação sobre os produtos e serviços anunciados.

⁴⁰ ATKINSON, A.B.; STIGLITZ, J. E. The design of tax structure: direct versus indirect taxation. **Journal of Public Economics**, v. 6, p. 55–75, 1976. p. 447.

2.3.6.2 Risco moral

O termo risco moral advém do mercado de seguro e se refere a uma tendência das pessoas seguradas de mudarem seu comportamento de maneira a propiciar um número maior de sinistros contra a seguradora⁴¹. Isto ocorre em razão de as pessoas seguradas terem ciência de que, se algo ocorrer com o bem segurado, serão indenizadas. Por conta disso, essas pessoas tendem a não ter a mesma cautela que adotavam antes da contratação do seguro.

Tal incremento na probabilidade de sinistros ocorre justamente em razão da assimetria de informações entre a seguradora e o segurado, isto é, a seguradora não consegue monitorar de forma eficaz todas as condutas dos segurados, para saber se eles estão contribuindo para o aumento dos riscos. Assim, se contratei um seguro para minha casa, posso me descuidar e deixar a porta destrancada. Caso tenha contratado um seguro para o meu carro, posso dirigir em alta velocidade, posso estacionar à noite em qualquer lugar, sem me preocupar se o carro estará lá ao voltar.

Elucidativo também é o exemplo do mercado de trabalho. Em muitos casos, os empregados têm desempenho abaixo de suas potencialidades justamente em razão de o empregador não ter como monitorar seu comportamento. Ressalte-se que o risco moral na relação de emprego é catalisado quando o empregado tem estabilidade, como é o caso dos funcionários públicos, que, além de terem em seu favor a deficiência de informações do empregador (Estado), ainda têm a segurança de somente serem demitidos após processo administrativo disciplinar.

2.4 CONCLUSÃO

O presente capítulo buscou trazer uma introdução do que é a Análise Econômica do Direito. Procurou-se abordar as noções mais importantes da economia, aplicáveis ao Direito, de forma acessível aos juristas, do mesmo modo que se entende ter trazido os aspectos jurídicos de modo palpável aos economistas e demais interessados no assunto.

⁴¹BRUNETTI, Lucas. **Assimetria de informação no mercado brasileiro de saúde suplementar**: testando a eficiência dos planos de cosseguro. 2010. 108 f. Dissertação (Mestrado) - Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, ESALQ, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2010.p. 28.

Espera-se ter demonstrado ao leitor que a AED apresenta uma visão do Direito que pode ser muito útil, utilidade essa que dependerá da familiaridade que tiver o aplicador da AED com o instrumental teórico e, sobremaneira, dependerá da disposição de quem utilizar essa ferramenta em se desapegar do modelo atual de aplicação do Direito.

Registre-se também que a compreensão dos conceitos abordados neste capítulo tornará ainda mais instigante a análise dos temas tratados a seguir. Por exemplo, o estudo da assimetria de informações na relação tributária deixará claro o motivo de o Estado monitorar os contribuintes, tema tratado no capítulo 3. Noutra giro, o estudo das noções de eficiência e de custo de transação deixará mais evidenciada a necessidade de que o Estado faça análise de custo-benefício todas as vezes em que for acrescentar ou alterar obrigações acessórias, tema também tratado no capítulo 3.

Por sua vez, o pressuposto de que os agentes são racionais maximizadores de utilidade pode explicar o agir estratégico dos contribuintes em utilizar a litigância como meio de financiamento privado, tema abordado no capítulo 4. Nesse mesmo sentido, a compreensão do que é risco moral e do pressuposto de maximização de utilidade permitirá uma avaliação mais completa das consequências adversas dos programas de parcelamento de débito tributário, tema tratado no capítulo 5.

Esses são apenas alguns casos da aplicação dos conceitos até aqui estudados que ficarão mais evidenciados a partir da análise dos temas desenvolvidos nos próximos capítulos.

3 MONITORAMENTO DOS CONTRIBUINTES: O CUSTO SOCIAL DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS

3.1. O CUSTO DOS TRIBUTOS

Atualmente, os tributos são a fonte de renda mais relevante do Estado. Por conta da importância do sistema tributário, os estudiosos há muito se debruçam na análise dos mais variados aspectos das exações tributárias.

Existem no Brasil diversos trabalhos sobre os princípios constitucionais tributários (razoabilidade, capacidade contributiva, etc.), sobre as obrigações tributárias em geral, sobre os tributos em espécie, entre outros. Entretanto, pouco se tem estudado sobre as distorções geradas pelo sistema tributário e muito menos sobre seus custos e sobre a sua eficiência.

Muitas discussões jurídicas fazem parecer que o custo dos tributos para a sociedade se resume apenas ao valor nominal do tributo que é cobrado dos contribuintes. Entretanto, outros custos estão envolvidos no caminho de cada real para os cofres públicos, custos esses que compõem o denominado **custo social dos tributos**.

O custo social dos tributos compreende: a) os custos de distorções (peso morto) referentes às mudanças de comportamento em virtude da existência de tributos, alterando preços de produtos e dos fatores de produção; b) o custo do fisco para fiscalizar e recolher os tributos (custo administrativo) e c) o custo dos contribuintes para estarem em conformidade com as regras editadas pelo Estado (custo de conformidade).

Os custos de distorção (peso morto) “são o desalojamento de recursos úteis para a sociedade ou, em termos econômicos, a ineficiência alocativa”⁴² desses recursos. Há custos de distorção quando determinada regra tributária incentiva que os contribuintes alterem seu comportamento, alocando recursos de forma ineficiente e desperdiçando riquezas da sociedade. Por exemplo, se determinado município majorasse a alíquota do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) de 2% para 20%, é possível que pouquíssimas transações imobiliárias passassem a ser feitas no município, ou que a grande maioria delas fosse realizada de forma não oficial, por meio de contratos não registrados. Tal alteração legislativa repercutiria negativamente na economia do município, a exemplo da necessidade de que os agentes tivessem que desalojar recursos que tinham destinações úteis, para

⁴² GICO JUNIOR. Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2006. p. 82.

empregá-los doravante na vigilância e garantia de cumprimento das transações imobiliárias, bem como na manutenção da posse e propriedade dos bens imóveis adquiridos por meio de contratos não registrados. São infundáveis os exemplos de distorções geradas pelos sistemas tributários, entretanto não serão esses objeto de análise neste capítulo.

Serão estudados neste capítulo os custos administrativos do Estado para arrecadar e fiscalizar o recolhimento dos tributos e o custo dos contribuintes para estarem em conformidade com a legislação tributária. Essas despesas, segundo Cedric Sandford⁴³, podem ser classificadas como **custos operacionais tributários**.

Ressalte-se que, quanto maior for o custo do Estado para arrecadar, menor será o benefício líquido advindo dos tributos, pois o benefício líquido obtido com os tributos é a diferença entre o total arrecadado e o custo com a arrecadação. Assim, quanto maior for esse custo, menos dinheiro do que foi arrecadado poderá ser efetivamente utilizado pelo Estado. Por outro lado, quanto maiores forem as despesas dos contribuintes para fazer face às exigências da administração, maior será o peso dos tributos para os contribuintes.

Tem-se plena consciência de inexistir sistema tributário perfeito em que não haja nenhum custo dessa natureza, até porque todos os sistemas tributários existentes geram despesas para o Estado arrecadar e para os contribuintes submeterem suas atividades às exigências estatais. Entretanto, quanto maiores forem esses custos operacionais, mais recursos estarão sendo gastos no caminho de cada real para os cofres públicos.

Demonstração de que não existe no Brasil uma cultura de aferição dos custos das atividades estatais é não haver, pelo menos de forma explícita por parte da administração, resposta à seguinte indagação: **quanto custa ao Estado e aos contribuintes cada real que ingressa nos cofres públicos oriundos do pagamento de tributos?** Não se pretende nesse breve ensaio responder à referida indagação, mas inclinar o leitor a refletir que o peso da carga tributária brasileira pode ser atenuado com a diminuição dos custos operacionais tributários.

Cabe ressaltar que o Brasil, consoante o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada⁴⁴ (IPEA), apresentou, no ano de 2009, uma carga tributária de 34,28% do Produto Interno Bruto (PIB), isso sem computar os custos dos contribuintes para se amoldarem às exigências do fisco.

⁴³SANDFORD, Cedric. **Minimising administrative and compliance costs in more key issues in tax reform**. Bath: Fiscal Publications, 1995. p. 91.

⁴⁴GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. **Estimativa da carga tributária entre 2002 e 2009**. Brasília: IPEA, 2010. (Nota Técnica, n. 16). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100312_nt16dimac_cargatributria.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2010.

É bem verdade que existem avanços na simplificação e na diminuição de custos do sistema tributário brasileiro, a exemplo da instituição pela Lei n.º 9.317/96 do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (Simples), substituído posteriormente pelo Simples Nacional, criado pela Lei Complementar n.º 126/2006. Com a criação da primeira versão do Simples e a unificação do pagamento de seis tributos federais em um só recolhimento, os contribuintes passaram a preencher apenas um Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), em vez de seis documentos como era necessário anteriormente. Apesar dos avanços, ainda há muito espaço para progressos.

Estas inúmeras exigências suscitam dúvidas sobre se o Estado realmente se importa com a quantidade de tempo gasto pelos contribuintes preenchendo formulários, apurando impostos e prestando as mais diversas informações. O tempo e o dinheiro do Estado parecem ser muito mais importantes do que os dos contribuintes. Neste sentido, importa saber **se a administração tributária, quando resolve criar novas exigências ou alterar as já existentes, leva em conta o custo total destas alterações para os contribuintes.** A título de exemplo, pode-se indagar quantas pesquisas foram feitas pela administração no sentido de identificar o custo, para a totalidade dos contribuintes, de um novo dado exigido na declaração de imposto de renda. E ainda caberia identificar se o benefício potencial para o fisco decorrente dessa nova exigência compensaria os custos dos contribuintes.

Olvida o Estado que ele é quem tem a capacidade de ter ganho em escala com a alteração de seus próprios procedimentos e sistemas. A administração deveria, o tempo inteiro, ter em mente indagações como a seguinte: em dado caso, o que é mais vantajoso (menos oneroso para a sociedade)? Fazer a unificação do sistema de dois órgãos públicos e diminuir a quantidade de declarações exigidas, ou continuar exigindo tais declarações de milhões de contribuintes? É possível que, mesmo que a administração gastasse dezenas de milhões de reais para fazer a mencionada unificação, ainda assim custaria menos do que impor a todos os contribuintes brasileiros o preenchimento de duas ou mais declarações em vez de uma.

3.1.1 Os custos operacionais tributários

Os custos operacionais tributários são **todos os gastos, fora o valor do próprio tributo e os custos da mudança do comportamento dos agentes econômicos em virtude da tributação, que seriam poupados caso os tributos não existissem.**

Os custos operacionais tributários podem ser divididos em duas espécies: **1) custos do Estado (custos da administração tributária) e 2) custos dos contribuintes (custos de conformidade à legislação tributária).** Os primeiros custos são as despesas do Estado para promover a tributação. São os recursos dispensados com o Poder Legislativo para editar as leis tributárias; com o Poder Executivo para regulamentar a legislação, para arrecadar e para fiscalizar; e com o Poder Judiciário para julgar as causas de natureza tributária.

Já a segunda ordem de custos, **custos de conformidade tributária**, são todos os custos dos contribuintes de conformarem suas atividades às normas tributárias. São os gastos dos contribuintes para obedecerem a todas as exigências do fisco.

3.1.1.1 Os custos administrativos do Estado

É importante frisar que não há conceitos padronizados nos países quanto à composição dos custos administrativos, até porque cada país possui estruturas funcionais diferentes⁴⁵. Neste estudo, adota-se que são custos administrativos do aparato arrecadatório estatal todas as despesas do Estado que não seriam necessárias caso os tributos não existissem. No âmbito federal, entende-se que sejam custos desta natureza todos os recursos dispensados pelo Estado nos seguintes órgãos e com as seguintes atividades:

- a) No âmbito do **Poder Legislativo**, todas as despesas com as atividades voltadas a propositura, análise e votação dos projetos de leis e propostas de emenda à Constituição de natureza tributária, tais como: os trabalhos realizados pelas consultorias legislativas, audiências públicas para discussão dessas matérias,

⁴⁵ BERTOLUCCI, Aldo Vincenzo. **Os custos de administração dos Tributos Federais no Brasil**: comparações internacionais e propostas para aperfeiçoamento. 2005. 110 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade – Universidade de São Paulo São Paulo, 2005. p. 22. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-19012006-091616/>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

reuniões das comissões parlamentares temáticas, pareceres parlamentares nos projetos e nas propostas, votação em plenário, entre outras atividades;

b) No **Poder Executivo**, onde se tem a maior gama de despesas:

b.1) custos com a elaboração dos projetos de lei e medidas provisórias de natureza tributária, bem como com os estudos de impacto financeiro no caso de projetos que veiculem benefícios e incentivos fiscais;

b.2) todas as despesas de custeio, investimentos e inversões financeiras⁴⁶ em favor das atividades da Secretaria de Receita Federal do Brasil, haja vista que todas as suas funções são voltadas a arrecadação e fiscalização tributárias;

b.3) todas as despesas de custeio, investimentos e inversões financeiras realizadas em favor da atividade da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)⁴⁷;

b.4) custos de tesouraria dos tributos, que consistem nos valores gastos pelo Poder Executivo com o processamento das guias de pagamento dos tributos⁴⁸ e a administração da conta única do tesouro;

c) no **Poder Judiciário**, o **custo** de todos os processos de natureza tributária, na Justiça Federal de 1.^a Instância, nos cinco Tribunais Regionais Federais, no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF), bem como o custo da Justiça do Trabalho, de primeiro grau, de segundo grau e do

⁴⁶Utilizam-se os termos: despesas de custeio, investimentos e inversões financeiras na acepção do Direito Financeiro conforme previsto no art. 12 e parágrafos da Lei n.º 4.320/64 (BRASIL, 1964):

Art. 12 [...]

1º Classificam-se como Despesas de Custeio as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis.

[...] § 4º Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro. § 5º Classificam-se como Inversões Financeiras as dotações destinadas a: I - aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização;

⁴⁷É verdade que este órgão não exerce somente funções afetas à atividade tributária, contudo as atividades não tributárias são de pequena monta, conforme se pode extrair da análise das atribuições da PGFN previstas no Relatório de Gestão Exercício 2009. BRASIL ([2010]).

⁴⁸Não se trata de custo desprezível, visto que somente a implantação do Simples, “A unificação do pagamento de 6 tributos (considerando apenas os tributos devidos ao governo central) em um único documento reduziu em cerca de 60 milhões a quantidade de Documentos de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) que seriam entregues e processados pela SRF. Em decorrência, a SRF manipulou, em 1999, apenas 14 milhões de DARFs das empresas optantes pelo SIMPLES. Considerando que, na ausência do SIMPLES, cada contribuinte teria que preencher e entregar um DARF para cada tributo a pagar (ou seja, teria que preencher e entregar outros cinco documentos de arrecadação) e, computando os custos envolvidos na recepção e processamento de cada documento, estima-se que, apenas nesse quesito, houve uma economia de cerca de R\$ 90 milhões. Ou seja, equivalente a 2,3% do valor arrecadado pelas empresas do SIMPLES no mesmo período. Quando se estende a análise para considerar todo o período desde a implementação do SIMPLES, pode-se estimar que a SRF economizou R\$ 235 milhões simplesmente porque unificou o documento de pagamento de tributos.” (VIOL; RODRIGUES, 2000, p. 35).

Tribunal Superior do Trabalho na execução de contribuições previdenciárias e de imposto de renda retido na fonte⁴⁹.

Destaque-se que o Governo Federal brasileiro, que é responsável pela maior parte da arrecadação tributária do país, não divulga qual é o seu efetivo gasto com a arrecadação tributária, ou seja, qual é a totalidade dos custos administrativos tributários.

A análise desses custos, no âmbito federal, foi objeto de profundo estudo de Aldo Bertolucci⁵⁰, que demonstrou a dificuldade hercúlea que é aferi-los, tendo o referido autor de adotar algumas simplificações do modelo de pesquisa, em virtude de que os órgãos públicos federais consultados lhe apresentaram números que não eram consonantes entre si, ou que apresentavam alguma inconsistência.

A aferição do custo da administração tributária brasileira é sensivelmente difícil. Parte dessa dificuldade se deve ao fato de que os órgãos públicos brasileiros adotam como seus apenas os gastos constantes de sua respectiva execução orçamentária. Contudo, na análise da execução orçamentária de determinado órgão público, não se tem como mensurar a totalidade dos gastos que efetivamente lhe pertencem, pois algumas de suas despesas podem estar sendo pagas por outros órgãos do mesmo poder.

Tome-se como exemplo o caso de órgãos em que parcela da massa de trabalho é composta por servidores cedidos, cuja folha de pagamento consta da execução orçamentária do órgão cedente. Outro exemplo no mesmo sentido é o caso de entidades que ocupam imóvel cujas despesas são pagas por outro órgão, como a ocupação pela Receita Federal de parte de prédio do Ministério da Fazenda.

Não bastassem os pontos já ressaltados, a dificuldade de aferição dos custos do sistema de arrecadação tributária brasileiro se torna ainda maior por se tratar de atividade que é exercida por diversos órgãos e poderes.

⁴⁹Trata-se da execução do imposto de renda retido pelos empregadores e não repassado à Receita Federal.

⁵⁰BERTOLUCCI, Aldo Vincenzo. **Os custos de administração dos Tributos Federais no Brasil**: comparações internacionais e propostas para aperfeiçoamento. 2005. 110 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade – Universidade de São Paulo São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-19012006-091616/>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

3.1.1.2 O CUSTO PARA OS CONTRIBUINTES (CUSTOS DE CONFORMIDADE)

Primeiramente é importante ressaltar que **o conceito de custo de conformidade vai além do conceito de gasto pelos contribuintes com o cumprimento das obrigações acessórias**. É bem verdade que a maior parcela do custo de conformidade advém do cumprimento das obrigações acessórias pelos contribuintes. Entretanto, além desse custo, segundo Cedric Sandford⁵¹, compreendem-se também no custo de conformidade tributária dos contribuintes o investimento deles na compreensão das regras tributárias e de suas alterações, o tempo e o dinheiro gastos com as idas aos órgãos da administração tributária e o custo emocional decorrente do estresse e preocupação do contribuinte com o cumprimento das inúmeras regras tributárias.

É improvável que exista algum sistema tributário cujas regras não gerem custos de conformidade aos seus contribuintes, até porque, na dinâmica das relações sociais, um dos principais problemas com o qual o Estado se depara é não ter condições de, sozinho, tomar conhecimento da ocorrência de todos os fatos geradores de tributos (assimetria de informações). Tem-se, então, a necessidade de imposição de obrigações aos contribuintes com o fim de prover o fisco de informações sobre as transações realizadas que sejam passíveis de incidência tributária. Some-se isso ao fato de o Estado dos tempos atuais também não ter condições de recolher, diretamente no endereço dos contribuintes, os valores devidos.

Assim, por conta da **assimetria de informações** e da impossibilidade de recolhimento direto dos tributos pelo fisco, é imposto aos contribuintes o cumprimento de obrigações, além do pagamento do valor do próprio tributo, como: prestar informações, reter tributos de terceiros, recolher os tributos por meio de guias específicas e em instituição bancária, escriturar livros fiscais, preparar folhas de pagamento em padrões definidos pelo Estado, e inúmeras outras exigências.

Tais obrigações, em especial as de informar, não só se prestam para que o fisco tome conhecimento direto da ocorrência de determinado fato gerador, quando a informação é enviada pelo próprio contribuinte, como também são importantes, por meio do cruzamento de informações prestadas por outros contribuintes, para a identificação de fatos geradores omitidos.

⁵¹SANDFORD, Cedric. **Minimising administrative and compliance costs in more key issues in tax reform**. Bath: Fiscal Publications, 1995. p. 1.

Todas as obrigações tributárias cujo mandamento não seja o pagamento de tributo, que é a obrigação principal da relação jurídico-tributária, são denominadas pelo ordenamento jurídico brasileiro de obrigações acessórias. Os conceitos de obrigação tributária principal e acessória são trazidos no art. 113 a 115 do Código Tributário Nacional (CTN), transcritos abaixo:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal⁵².

Assim, as obrigações acessórias são prescrições de fazer e não fazer, no interesse da Fazenda Pública, mais propriamente, no interesse da arrecadação ou da fiscalização. Não obstante a terminologia adotada pelo CTN, a obrigação tributária acessória não tem conceito idêntico ao adotado no direito privado, que impõe a vinculação necessária da obrigação acessória a determinada obrigação principal. Celso Ribeiro Bastos pontua bem essa questão:

A obrigação acessória é uma normatividade auxiliar que torna possível a realização da principal. É acessória no sentido de que desempenha um papel auxiliar. Não se quer dizer com essa denominação que a obrigação acessória esteja subordinada ou mesmo dependente da principal⁵³.

O disposto nos arts. 175, parágrafo único, e 194, parágrafo único⁵⁴, do CTN reforça o argumento de se tratar de normatividade auxiliar não necessariamente ligada a determinada obrigação principal quando determinam o cumprimento de obrigações acessórias e a submissão à fiscalização mesmo por aqueles contribuintes que eventualmente tenham sido dispensados do pagamento de determinado tributo ou que sejam imunes a ele.

⁵² BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 out. 1966. p. 12452. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 1 jun. 2010.

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Coord. Ives Gandra Martins. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2, p. 147-149.

⁵⁴ Art. 175 [...]

Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela conseqüente. [...]

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal. (BRASIL, 1966).

Quanto à intensidade da imposição de obrigações acessórias, estudo realizado pelo Banco Mundial⁵⁵ ressalta que o Brasil é o país do mundo onde os contribuintes gastam mais tempo com o pagamento de tributos. O referido estudo concluiu que uma empresa brasileira de médio porte que possua aproximadamente 60 funcionários dispensa aproximadamente 2.600 horas com a apuração de fatos geradores de tributos, com a prestação de informações requisitadas pelo fisco, com o preenchimento de guias e formulários e com o efetivo pagamento dos tributos⁵⁶. Esta constatação induz o entendimento de ser muito alto o custo da conformidade tributária no Brasil, custo este que certamente influi na estrutura de incentivos dos agentes sociais.

Não obstante o papel importantíssimo das obrigações acessórias em qualquer sistema tributário, o estudo do Banco Mundial referido anteriormente, que classifica o Brasil como o país em que mais se gasta tempo pagando tributos e prestando informações ao fisco, denota, no mínimo, um indício muito forte de o sistema tributário brasileiro estar destruindo riquezas por meio da imposição de ineficientes obrigações tributárias acessórias. A Receita Federal do Brasil se pronunciou da seguinte forma sobre a edição de 2008 do mesmo estudo do Banco Mundial:

Com relação ao estudo *Paying Taxes edição 2008*, do Banco Mundial (BM) e da empresa Price Waterhouse Coopers (PWC), e tendo em vista o perfil de tributação das pessoas jurídicas no Brasil, a Receita Federal do Brasil faz as seguintes considerações:

- 1 - o estudo considerou como modelo de análise uma indústria no setor de cerâmica com cerca de 60 empregados. Apurou que, no Brasil, essa empresa gasta 1.374 horas com tributos indiretos (ICMS, IPI, PIS e Cofins), 736 horas para os tributos sobre a renda (IRPJ e CSLL) e 491 horas para as contribuições previdenciárias, totalizando 2601 horas;
- 2 - uma empresa com cerca de 60 empregados não é representativa da economia brasileira, pois 97,37% das pessoas jurídicas brasileiras têm no máximo 30 empregados. Apenas 0,46% das empresas têm entre 50 e 70 empregados e somente 1,49% têm mais de 50 empregados;
- 3 - das empresas que têm até 70 funcionários, 95,5% estão voluntariamente enquadradas em regimes tributários simplificados (Lucro Presumido – 24,51% e Simples Nacional – 70,99%), e apenas 0,37% das empresas na faixa de 51 a 70 empregados estão enquadradas no regime tributário de Lucro Real;
- 4 - mesmo dentro das empresas com mais de 70 empregados, mais de 1/3 são tributadas nos regimes do Lucro Presumido ou do Simples;
- 5 - nos referidos regimes tributários simplificados, a apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL), não requer contabilidade. O número de 736 horas para apurar o IRPJ e a CSLL está, portanto, superestimado para a quase totalidade das empresas brasileiras;

⁵⁵WORLD BANK; PRICEWATERHOUSECOOPERS. **Paying taxes 2010**: the global picture. Washington, DC, 2009. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/reports/~//media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Special-Reports/DB10-Paying-Taxes.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

⁵⁶Neste último caso, foi computado o tempo gasto com filas de bancos ou com a utilização de meios eletrônicos de pagamento.

6 - quanto ao quantitativo de horas para apurar os tributos indiretos, 1374 horas, a grande maioria das empresas brasileiras com 60 empregados está no regime do Lucro Presumido e apura PIS e Cofins no regime simplificado (cumulativo), o que também leva a um quantitativo de horas também superestimado.

7 - considerando, ainda, que a maioria das empresas brasileiras não é industrial, não paga o IPI e, por isso, não está obrigada à escrituração fiscal desse imposto, a pesquisa superestima a quantidade de horas necessárias para o cumprimento de obrigações acessórias para a média das empresas do Brasil;

8 - o núcleo principal das obrigações fiscais acessórias no Brasil refere-se à emissão da nota fiscal, seja em atividades comerciais, industriais ou de serviços. A emissão da nota e a escrituração fiscal estão integradas por meio do Sistema Público de Escrituração Eletrônica (SPED), resultado de trabalho integrado com outras entidades, especialmente administrações tributárias estaduais e municipais, baseado na Nota Fiscal Eletrônica (em fase de implantação, com diversas empresas participantes). Com o SPED, praticamente se elimina a necessidade de escrituração fiscal pelas empresas. Assim, simplifica-se a contabilidade fiscal, reduzindo tempo e custos para empresas e administrações tributárias;

9 - O estudo revela também que as economias mais dinâmicas do mundo atual, China e Índia, estão entre as últimas no ranking, ocupando respectivamente a 165ª e 168ª posição. Destaque-se ainda a Rússia (130ª), pouco à frente do Brasil (137ª). O posicionamento no final do ranking não é fator impeditivo do desenvolvimento dos países, tampouco obstáculo maior à capacidade de atrair investimentos. É importante lembrar o vertiginoso crescimento dos investimentos externos diretos no Brasil em 2007 - até o 3º trimestre ingressaram US\$ 28 bilhões, cifra 135% maior ao volume de investimentos no mesmo período de 2006. Essa performance recorde não ocorreria se o País não oferecesse aos investidores um ambiente de negócios favorável⁵⁷.

É importante a leitura dos fundamentos da Receita Federal, anteriormente transcritos, para verificar que, em nenhum momento, o fisco refutou a veracidade dos números encontrados, mas tão somente se ateve a versar que o modelo de empresa utilizado na pesquisa do Banco Mundial não se amolda à realidade da maioria das empresas brasileiras. A Receita Federal embasa suas assertivas no fato de que a maior parte das empresas brasileiras ou é inscrita no Simples Nacional ou optou pelo regime de tributação pelo lucro presumido, representando a minoria aquelas que optaram pela tributação com base no lucro real.

É verdadeiro o dado de que a maioria das empresas do Brasil não adota o regime de tributação pelo lucro real. Contudo, tal afirmação somente é válida sob a ótica da quantidade numérica das empresas, pois, se avaliada a questão sob o prisma da receita das empresas, as empresas que adotam o regime de tributação pelo lucro real responderam, por exemplo, por 64,62% da receita total de Imposto de Renda - Pessoa Jurídica (IRPJ) em 2010 e por 61,18% da receita total de IRPJ apurada até novembro de 2011⁵⁸.

⁵⁷ BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Receita tece comentários sobre estudo do Banco Mundial**. Brasília, 29 nov. 2007. (Nota Técnica, n.º 42). Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFSinot/2007/11/29/2007_11_29_18_46_28_957347139.html>. Acesso em: 13 jul. 2010.

⁵⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Análise da arrecadação das Receitas Federais**. Brasília, nov. 2011. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2003/Analismensaldez03.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2011. Acesso em: 17 jan. 2012.

Por outro lado, o fato de países como Índia e China ostentarem no mesmo estudo números semelhantes aos do Brasil apenas demonstra que aqueles países, tanto quanto o Brasil, gastam muito dinheiro no cumprimento de obrigações acessórias. Se tais países, mesmo com esses altos custos de conformidade tributária, atualmente possuem economia pujante, cabe indagar o quanto mais teriam crescido se esses custos fossem menores?

A complexidade e a balbúrdia do sistema tributário permitem, inclusive, versar que se trata de um verdadeiro manicômio tributário, conforme intitula Augusto Becker⁵⁹, o qual, além de contribuir para evasão, deixa hiatos para que os contribuintes mais bem-assessorados evitem a incidência tributária. Bernard Salanié faz referência à frase popular, contudo politicamente incorreta, de que o “pobre sonega e o rico evita”⁶⁰.

A complexidade do sistema tributário nacional, em que se têm três esferas de governo (federal, estadual ou distrital e municipal), cada qual com sua competência tributária, torna o sistema dispendioso, tanto para o governo quanto para os contribuintes.

Somente para ter ideia da quantidade de normas tributárias editadas todos os anos, o que vem a confirmar a assertiva de Becker, é importante fazer referência a estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT)⁶¹ que reportou terem sido editadas pela União, pelos Estados e pelos Municípios 249.124 normas tributárias, desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 até o ano de 2010. Esse número equivale a 31 normas tributárias publicadas por dia ou 1,3 norma tributária por hora. O estudo ressaltou também terem ocorrido 13 reformas constitucionais em matéria tributária, no mesmo período.

O referido estudo mencionou também que, das 249.124 normas tributárias editadas, 7,4% ou 18.409 estavam em vigor em 5 de outubro de 2010. Levando em consideração que a maior parte das empresas não atua em todos os estados, o estudo do IBPT estimou que as empresas brasileiras têm de observar em média 3.422 normas. Neste cômputo não constam as normas infralegais, como portarias, instruções normativas, entre outras, que fariam o número de normas tributárias encontrado ser ainda maior.

Carlos Valder Nascimento afirma que o grau de turbacão da atividade econômica promovido pelo excesso de obrigações acessórias é tamanho, que está infernizando a vida do empresário. O mesmo autor aduz que, no exercício de poder da administração tributária, o que

⁵⁹BECKER, Augusto Alfredo. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 686.

⁶⁰SALANIÉ, Bernard. **The economics of taxation**. Massachusetts: MIT, 2003. p. 155.

⁶¹AMARAL, Gilberto Luiz et al. **Quantidade de normas editadas no Brasil: 22 anos da Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, 2010. Disponível em: <http://ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13873&pagina=0> . Acesso em: 31 out 2011.

menos conta é o tempo desperdiçado pelas empresas para cumprirem o ritual estabelecido no caderno de encargos fiscais que se amplia a cada dia e cuja criatividade não conhece limites⁶².

Cedric Sandford⁶³ afirma que, em virtude de os custos de conformidade não serem tão visíveis quanto os custos administrativos e não impactarem diretamente na receita governamental, os Estados não davam tanta importância a eles. Entretanto o mencionado autor informa que vários Estados passaram a se debruçar mais sobre o assunto em virtude das seguintes razões:

- 1) Os custos de conformidade ainda são muito elevados, assim a atuação em tal campo oferece mais espaço para diminuição de custos e aumento do dinheiro disponível na sociedade do que seria possível com a diminuição de custos administrativos.
- 2) A incidência dos custos de conformidade não é equitativa, eles recaem com desproporcional severidade sobre as pequenas empresas. Onde pequenas empresas competem direta ou indiretamente com grandes corporações, os custos de conformidade deixam as pequenas empresas em desvantagem.
- 3) Altos custos de conformidade criam ressentimento. O autor explica que, embora a possibilidade de ressentimento não se restrinja aos pequenos empresários, no caso deles o sentimento de estarem sendo tratados injustamente pelo Estado em virtude do ônus a eles impingido pode incentivá-los a sonegar.

Andréa Viol e Jefferson Rodrigues ressaltam que a complexidade do sistema tributário, além de aumentar a sonegação, por conta do custo de conformidade imposto aos contribuintes, também causa prejuízo visível e direto ao próprio fisco:

Por último, destacamos um fator que, apesar de ter difícil mensuração, pode ser considerado como **uma importante razão que justifica a implementação do SIMPLES: a redução da sonegação não intencional**. A experiência da AT brasileira tem sido a de que, quanto mais complexo um sistema tributário, pior para o contribuinte e para o próprio Fisco. O contribuinte que busca cumprir corretamente todas as suas obrigações tributárias tem seus custos aumentados, pois precisa contar com especialistas para decifrar todo um intrincado labirinto jurídico-contábil, custos esses que se agravam quanto menor for sua empresa.

O sonegador contumaz, por sua vez, aproveita-se da complexidade para evadir e, em muitas vezes, não ser punido. Isso porque **a complexidade também prejudica a AT, que despense mais recursos em treinar pessoal e mantê-lo atualizado, perde mais tempo nas ações fiscais e tem seus autos de infração mais facilmente**

⁶² NASCIMENTO, Carlos Valder do. As vicissitudes do crédito previdenciário em face das obrigações acessórias. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 86, p. 30-39, abr. 2008.

⁶³SANDFORD, Cedric. **Minimising administrative and compliance costs in more key issues in tax reform**. Bath: Fiscal Publications, 1995. p. 92-93.

questionados, gerando mais perda de recursos com o julgamento do contencioso nas diversas instâncias, dentre outros⁶⁴.

Diante do que foi visto até agora, infere-se que a diminuição dos custos de conformidade é tema que merece especial atenção do Estado e, conforme se verá no próximo tópico, deve ser perseguida com a mesma intensidade que o Estado busca a diminuição de seus próprios custos (custos administrativos).

3.1.2 O nível ótimo de obrigações tributárias acessórias

Não se deve esquecer que a falta de racionalidade na imposição de obrigações acessórias aumenta o custo social do sistema tributário. Claro exemplo da falta de racionalidade é o fato de que diversas informações exigidas dos contribuintes poderiam ser dispensadas se a administração tributária as buscasse pelo cruzamento de seus próprios bancos de dados. É bem verdade que o cruzamento de informações de alguns dos bancos de dados da administração tributária já é realizado com o fim de aumentar o cerco contra os sonegadores. Todavia, em regra, tal ferramenta não é adotada para desonerar os contribuintes de prestarem informações que já constam dos bancos de dados da própria administração tributária, por terem sido fornecidas em uma das dezenas de declarações exigidas.

Como exemplo de informações requeridas em multiplicidade, Regina Cezar Schons⁶⁵ cita três declarações que apresentam conteúdo, em parte, similar, quais sejam: Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF), Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) e Relação Anual de Informações Sociais (RAIS).

É importante mencionar também que algumas exigências impostas pelo fisco, embora sob o manto de obrigações acessórias, na prática constituem verdadeiro abuso do poder-dever de fiscalizar, como muito bem pontua Hugo de Brito Machado:

Obrigação tributária acessória é aquela prevista na legislação tributária. A escrituração de livros e a emissão de documentos, por exemplos. Inexistem obrigações acessórias instituídas caso a caso pelos agentes fiscais. Resta a obrigação acessória consistente no dever de informar, ou de prestar esclarecimentos, e nesta é

⁶⁴ VIOL, Andrea Lemgruber; RODRIGUES, Jefferson José. **Tratamento tributário da micro e pequena empresa no Brasil**. Brasília: Secretaria da Receita Federal, Coordenação-Geral de Estudos Econômico-Tributários, 2000. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/09TratamentoTributarioMicroPequenaEmpresa.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2010. p. 38.

⁶⁵SCHONS, Regina Cezar. Proposta de redução da carga tributária diminuindo as obrigações acessórias. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 11, maio 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/regina_schons.htm> Acesso em: 04 jul. 2010.

que se concentra a questão de saber até onde vai à obrigação tributária acessória e onde começa a dever de fiscalizar, certo de que “o sistema de fiscalização dos tributos repousa, fundamentalmente, na tessitura das obrigações acessórias”.

É comum a solicitação, por parte de agentes do fisco federal, de verdadeiros relatórios de certas atividades, aos argumentos de que o contribuinte tem o dever de prestar informações e, portanto, tem o dever de lhes fornecer os dados dos quais necessitam para o desempenho da tarefa de fiscalização.

Evidente, porém, que o dever de prestar informações, que configura obrigação tributária acessória, é diverso de um suposto dever, absolutamente inexistente, de fornecer ao agente do fisco as informações que este normalmente pode obter com o exame dos livros e documentos que o contribuinte é obrigado a manter à disposição das autoridades da Administração Tributária⁶⁶.

A arrecadação tributária não é interesse apenas do Estado: é atividade de importância precípua para toda a sociedade, pois, sem ela, não haveria recursos para o funcionamento de todos os serviços estatais. Foi visto que, além dos custos gerados pela alteração de comportamento dos agentes sociais, a atividade tributária apresenta ainda custos operacionais de duas ordens: 1) custos do Estado para manter a atividade tributária; e 2) custos dos contribuintes para se adequarem a todas as exigências estatais. Somados todos esses custos, tem-se o custo social total da atividade tributária, ou seja, toda a riqueza que é retirada da sociedade para viabilizar a arrecadação estatal.

É possível que o fisco brasileiro seja consciente de que, quanto menor for o custo de sua máquina arrecadatória, maior será o benefício líquido com a arrecadação. Por outro lado, este autor tem grandes dúvidas sobre se a administração tributária efetivamente reconhece que um sistema tributário eficiente deve ter em mente o custo social total e não somente o custo do Estado para arrecadar. Tais dúvidas são fruto da não identificação, ao menos neste estudo embrionário, da existência de cultura da administração tributária brasileira em aferir os custos gerados aos contribuintes em razão das obrigações acessórias impostas. A mensuração de tais custos é importante porque, embora as obrigações acessórias não representem custo direto para o Estado, aumentam o custo social total do sistema tributário e, por consequência, deixam a sociedade mais pobre.

O que se deve ter em mente é que não existem interesses antagônicos do fisco e dos contribuintes no tocante ao custo da arrecadação tributária; pelo contrário, há um congraçamento de vontades. Para o contribuinte é interessante pagar o mínimo possível a título de tributos, e para o Estado é interessante arrecadar o máximo que possa. Neste sentido, quanto menor o custo operacional tributário (custo do Estado para arrecadar + custo do contribuinte para cumprir obrigações), mais sobrarão riquezas, que poderão se prestar para

⁶⁶ MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões a respeito da obrigação tributária acessória. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria Geral da Obrigação Tributária**: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 304.

que o Estado gaste mais nas finalidades públicas, ou para que o contribuinte pague menos tributos, ou ambos!

Deve ficar claro que o custo operacional pode ser atenuado tanto com a diminuição dos custos administrativos (custos do Estado), como com a diminuição dos custos do contribuinte (custos de conformidade), ou ainda em virtude da diminuição de ambos. O que deve ser compreendido, portanto, é que, onde quer que sejam diminuídos os custos, se do lado do Estado ou do lado dos contribuintes, a sociedade ganhará, pois haverá mais riqueza disponível.

Para melhor esclarecimento do pensamento, tome-se o seguinte exemplo: suponha-se (**situação 1**) que determinado tributo tenha o **valor nominal de R\$ 1.000,00** (valor da obrigação principal); que o custo do Estado para instituí-lo, cobrá-lo e fiscalizá-lo (**custo administrativo**) seja de **R\$ 100,00**; e que custe **R\$ 200,00** para o contribuinte fazer todas as declarações e cumprir as demais exigências fiscais (**custo de conformidade**). Nesse caso, o **custo total para o contribuinte** seria de: **R\$ 1.200,00** = R\$ 1.000,00 (valor do tributo) + R\$ 200,00 (custo de conformidade).

Já o Estado, nessa **situação 1**, teria uma receita líquida de: **R\$ 900,00** = R\$ 1.000,00 (valor do tributo pago) – R\$ 100,00 (custo com cobrança e fiscalização). A **situação 1** apresenta um **custo operacional** de: **R\$ 300,00** = R\$ 200,00 (custo de conformidade do contribuinte) + R\$ 100,00 (custo com a cobrança e fiscalização).

Agora, considere que o Estado pudesse (**situação 2**), caso unificasse o sistema de dois de seus órgãos, **diminuir o custo do contribuinte de R\$ 200,00 para R\$ 50,00**.

Suponha ainda que o **custo adicional** do Estado com essa operação fosse de **R\$ 50,00** por contribuinte, o que faria que o **custo de cobrança e fiscalização do Estado** passasse a ser de **R\$ 150,00**. Nesse caso (**situação 2**), o **custo de conformidade do contribuinte seria de R\$ 50,00** e o **custo do Estado para cobrar seria de R\$ 150,00**. Nessa hipótese, os **custos operacionais passariam a ser R\$ 200,00 (diminuição em R\$ 100,00 face à situação 1)**.

Estabelecido esse panorama, restaria escolher o que fazer com o valor economizado (R\$ 100,00), ou seja, onde alocar o benefício decorrente da diminuição dos custos operacionais.

O contribuinte, na situação inicial, tinha um custo de R\$ 1.200,00 (valor nominal do tributo R\$ 1.000,00 + custo de conformidade R\$ 200,00) e o Estado uma receita de R\$ 900,00 (valor do tributo cobrado R\$ 1.000,00 – custo operacional R\$ 100,00).

Assim, qualquer situação que vertesse ao Estado mais de R\$ 900,00 e que estabelecesse o gasto do contribuinte em patamar inferior R\$ 1.200,00 seria vantajosa para ambos.

Por exemplo, o Estado poderia decidir que o valor economizado (R\$ 100,00) seria partilhado igualmente com o contribuinte. Deste modo, bastaria que o valor do tributo fosse estabelecido em R\$ 1.100,00. O contribuinte, que tivera seu custo de conformidade diminuído de R\$ 200,00 para R\$ 50,00, com o novo valor de tributo passaria a gastar R\$ 1.150,00, ou seja, R\$ 50,00 a menos do que pagava anteriormente, e o Estado, que tivera aumentado seu custo de R\$ 100,00 para R\$ 150,00, passaria a receber líquidos R\$ 950,00, também R\$ 50,00 a mais do que recebia antes. Esse é apenas um exemplo das inúmeras possibilidades de alocação do valor economizado.

A tabela a seguir sintetiza o raciocínio aqui exposto comparando as duas situações descritas:

Tabela 1 – Ilustração de Custos Operacionais Tributários

	SITUAÇÃO 1	SITUAÇÃO 2
VALOR NOMINAL DO TRIBUTO	R\$1.000,00	R\$1.100,00
CUSTO DO ESTADO PARA COBRAR	R\$100,00	R\$150,00
CUSTO DE CONFORMIDADE DO CONTRIBUINTE	R\$200,00	R\$50,00
CUSTO OPERACIONAL (ESTADO + CONTRIBUINTE)	R\$300,00	R\$200,00
VALOR TOTAL GASTO PELO CONTRIBUINTE	R\$1.200,00	R\$1.150,00
VALOR EFETIVAMENTE RECEBIDO PELO ESTADO	R\$900,00	R\$950,00

Fonte: O Autor

O exemplo acima deixa muito claro que o que importa para o contribuinte é o valor que efetivamente estiver desembolsando (valor do tributo somado aos gastos de conformidade) e para o fisco interessa o que realmente estiver ingressando nos cofres públicos (valor pago pelos contribuintes menos os custos de cobrança), de modo que, havendo diminuição nos custos operacionais, poderá haver ganho para ambos.

Ocorre que o fisco brasileiro aparenta optar sempre, sem fazer qualquer estudo prévio de custo-benefício, por diminuir seus custos administrativos, repassando toda a sorte de obrigações aos contribuintes, sem identificar se essa alternativa realmente é a mais eficiente.

3.2 CONCLUSÃO

Defende-se aqui que, quando o Estado necessitar de determinada informação ou prestação, primeiramente verifique quem poderá produzi-las com menor custo, se o Estado ou se os contribuintes, pois somente assim haverá alocação eficiente desses custos. A alocação eficiente dos custos consiste na imputação dos encargos àquele que, com menor custo, pode cumpri-los.

Como dito, quanto menor for o custo do Estado para arrecadar, mais proveito líquido ele terá dos tributos, ou seja, mais recursos estarão disponíveis nos cofres públicos, o que pode parecer uma ótima solução para a sociedade. Contudo, essa pode ser uma visão míope da questão se não for analisado o custo social total dessa opção estatal, pois, caso a diminuição de despesas do Estado para obter determinadas informações ou prestações se dê à custa do repasse desses encargos para os contribuintes, e caso o custo desses encargos seja maior para os contribuintes do que seria para o Estado, a sociedade empobrece com essa opção.

É importante registrar que a União já promoveu avanços no sentido da diminuição do custo de conformidade, a exemplo da instituição do SIMPLES, e, recentemente, sinalizou importante passo: a previsão de extinção até 2014 da Declaração de Imposto de Renda – Pessoa Jurídica (DIPJ) e de mais sete documentos atualmente exigidos⁶⁷. Na oportunidade, o atual Secretário de Receita Federal versou que: “Não justifica mais a gente exigir do contribuinte uma declaração sobre algo que já temos”.

A assertiva acima do Secretário de Receita confere a impressão de que os administradores estão gradativamente compreendendo que o Estado é um gestor dos negócios da sociedade e que o custo das atividades não deve ser aferido somente sob a ótica interna da máquina estatal (custo privado do Estado), mas, sim, deve ser sopesado o custo social total, nele compreendidos os custos de conformidade dos contribuintes.

Ademais, a tributação nada mais é do que uma transferência de riquezas dos contribuintes para o Estado, em razão de um pacto social. Deste modo, quanto mais recursos são desperdiçados nesse percurso, mais pobre fica a sociedade.

A principal razão da existência do Estado é justamente a sua capacidade de, com menor custo, prover mais benefícios aos integrantes da sociedade. Tal eficiência, em grande medida, se deve à possibilidade de ganho em escala que tem o Estado. Certamente, se os

⁶⁷DECLARAÇÃO de IR de empresa acaba até 2014. **Folha.com**, São Paulo, 06 dez. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1017024-declaracao-de-ir-de-empresa-acaba-ate-2014.shtml>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

indivíduos pudessem, sozinhos, tutelar com maior eficiência suas relações, a conveniência de o Estado existir seria questionável. Esta é a razão, adotando-se exemplo mais simples, da existência de sindicatos e associações de classe, qual seja a viabilização, com o menor custo individual, de ações judiciais e de lutas coletivas.

Desse modo, toda postura do Estado de imposição de exigências aos contribuintes, sem a verificação prévia da possibilidade de ele mesmo obter ou realizar, com menor custo, as informações ou prestações exigidas, estará tornando a sociedade mais pobre e contribuindo também para que diversos contribuintes fiquem à margem do sistema tributário.

4 COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO: A LITIGÂNCIA TRIBUTÁRIA E A SONEGAÇÃO COMO FORMA DE FINANCIAMENTO PRIVADO

4.1 BREVES LINHAS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA

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

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

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

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

A análise conjunta dos três fatores acima referidos determinará o valor esperado da litigância. O retorno esperado do litigante será “a soma das probabilidades de cada resultado possível vezes o valor de cada um desses resultados”⁶⁸. Ilustrando esse conceito, considere que diante de uma demanda judicial o autor possa se deparar com três resultados possíveis: ganhar 100, ganhar 50, ou ganhar 0. Suponha-se ainda que a probabilidade de ele ganhar 100 seja de 20%, a de ele ganhar 50 seja de 60% e a de ele ganhar 0 seja de 20%. Considere, ainda, que o litigante tenha de pagar 10 ao seu advogado (custo da litigância). O retorno esperado do autor, então, seria igual a: $(100 - 10) \cdot (0,2) + (50 - 10) \cdot (0,6) + (0 - 10) \cdot (0,2)$. Logo, o retorno esperado do autor nessa ação seria igual a 40.

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

⁶⁸ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 65.

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

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

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

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

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

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

Pode-se dizer, então, que, quanto mais intensa a assimetria de informações entre as partes e entre as partes e o juiz, mais difícil será a tarefa de avaliar o custo-benefício de

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

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

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

4.1.1 O custo de litigar

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

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

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

Registre-se que, para ajuizar essa demanda no Juizado Especial, não seria necessário o pagamento de custas judiciais, nem o cidadão precisaria constituir advogado. Na prática, os

únicos custos existentes seriam as despesas com deslocamentos e o custo de oportunidade, ou seja, a segunda opção que o indivíduo teria para empregar seu tempo, caso não tivesse optado por utilizá-lo em prol do processo judicial em referência.

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

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

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

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

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

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

Outro ponto que não se deve deixar de mencionar em uma análise econômica da litigância são os custos estatais para manter o Poder Judiciário. Embora essas despesas não influenciem as decisões dos agentes no tocante ao ajuizamento de ações, a análise de tal

aspecto é de crucial importância para que o Estado avalie até que ponto é recomendável que esses custos sejam total ou quase inteiramente subsidiados, ou seja, até que ponto é recomendável que as custas judiciais representem uma irrisória parcela dos reais gastos do Estado com a tutela das demandas judiciais.

Na Justiça Estadual, a média da arrecadação dos estados com as custas judiciais representa 19% da despesa⁶⁹. Por outro lado, na Justiça Federal a arrecadação com custas judiciais representa apenas 1,1% da efetiva despesa⁷⁰.

Essa pequena arrecadação da Justiça Federal se deve ao fato de que as custas cobradas têm valor verdadeiramente simbólico se comparadas ao gasto da União com os respectivos processos. Por exemplo, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, Tribunal que abrange a maior parte dos estados brasileiros e o Distrito Federal, as custas são cobradas no percentual de 1% sobre o valor da causa e o valor máximo delas é de R\$ 957,69⁷¹.

É sabido que o Poder Judiciário já é custeado pelos impostos pagos por todos os contribuintes. Entretanto, é notório também que nem todos os contribuintes utilizam o Judiciário com a mesma intensidade, ou seja, na prática há um subsídio cruzado, ou seja, aqueles que não utilizam ou que utilizam menos o Judiciário terminam por financiar aqueles que litigam com maior intensidade. Não se está aqui falando apenas daqueles que utilizam o Poder Judiciário como autores, mas também dos agentes que frequentemente figuram como réus, a exemplo dos bancos, das empresas de telefonia, das concessionárias de energia e água e do próprio Estado; este último, conforme estudo recente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é o principal litigante⁷².

Retomando-se o exemplo da cobrança indevida de R\$ 300,00, em que foi analisado o custo dos agentes para ingressarem com ação visando a ressarcimento, indaga-se agora qual seria o custo do Estado para tutelar uma demanda desse tipo no Juizado Especial? Esse custo, somado ao custo dos litigantes para estar em juízo, compõe o custo social dessa demanda, ou seja, o custo total da demanda para a sociedade. Avaliada a questão sobre essa ótica, é possível afirmar que as empresas que mais figuram como réus no Judiciário terminam por ter

⁶⁹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2010**: Justiça Estadual. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf>. Acesso em 22 out. 2011.

⁷⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, op. cit.

⁷¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Cálculo de custas e despesas processuais na 1^a e 2^a instâncias da 1^a Região**. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Processos/CalculoDeCustas/index.php>>. Acesso em: 24 set. 2011.

⁷² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 23 out. 2011.

suas atividades subsidiadas pela sociedade. Não se deve olvidar, no entanto, que embora haja esse tipo de subsídio aos maiores litigantes privados, grande parte das verbas injetadas no Poder Judiciário se prestam, na prática, a custear as demandas do próprio Estado, quando figura como réu ou como autor, por ser ele (Estado) o maior litigante, conforme já visto.

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

Não é computado nos custos dessas empresas, eis aí uma externalidade negativa, o custo do Estado em tutelar as demandas judiciais oriundas das relações de fornecimento de serviços e de produtos dessas empresas. Esse custo termina por ser bancado não apenas pelos sujeitos das relações que originaram as demandas judiciais (fornecedores e consumidores), mas também por toda a sociedade, por meio dos impostos pagos. Destarte, o preço cobrado pelos produtos e serviços fornecidos termina por ser menor do que eles realmente custam, em razão de não fazer parte da planilha de custo das empresas fornecedoras o custo do Poder Judiciário com as demandas judiciais geradas por falhas nos produtos e serviços fornecidos.

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

4.2 COMPORTAMENTO RACIONAL DO CONTRIBUINTE

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

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

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

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

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

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

Quanto ao tempo de duração dos processos administrativos tributários na esfera federal, relatório do Núcleo de Estudos Fiscais da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas concluiu que o tempo médio de tramitação desse tipo de processo é de **cinco anos**⁷³. Quanto à esfera judicial, estudo do IPEA⁷⁴ identificou que o tempo médio de tramitação de uma execução fiscal é de aproximadamente **oito** anos. Adota-se como pressuposto metodológico que o tempo médio de tramitação de um processo judicial tributário movido pelos contribuintes (contribuinte como autor) na Justiça Federal seja semelhante ao tempo médio de tramitação de uma execução fiscal (quando o contribuinte é réu), que é, segundo estudo do IPEA já mencionado, de aproximadamente **oito anos**.

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

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

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

Tabela 2 - Comparativo entre a Taxa de Mercado PJ e Taxa Selic (últimos 13 anos)

Ano	Taxas para PJ	SELIC	Diferença
1998	68,10	29,29	38,81
1999	64,37	25,98	38,39

⁷³O relatório considerou o tempo médio desde o protocolo da impugnação, na primeira instância administrativa (Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJs), até o julgamento pela segunda instância (Conselhos de Contribuintes – atualmente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF) e a efetiva baixa do processo administrativo para o órgão originário da Receita Federal do Brasil. (SANTI, 2009).

⁷⁴O tempo médio encontrado foi de 8 anos, 2 meses e 9 dias (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011).

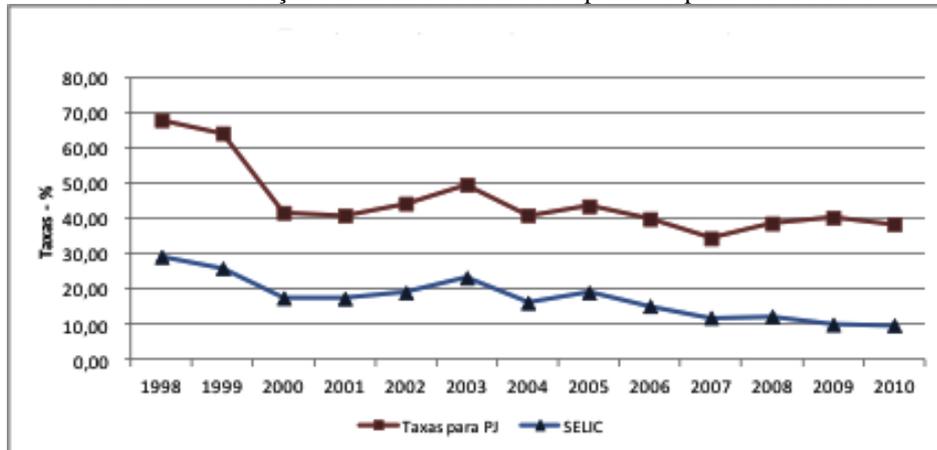
2000	41,80	17,58	24,22
2001	41,03	17,46	23,57
2002	44,40	19,10	25,30
2003	49,77	23,32	26,45
2004	41,11	16,24	24,87
2005	43,66	19,12	24,54
2006	40,01	15,27	24,75
2007	34,50	11,98	22,52
2008	38,78	12,35	26,43
2009	40,38	10,05	30,33
2010	38,54	9,80	28,74
Média	44,81	17,37	27,44

Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central⁷⁵

Os índices anteriormente referidos são ilustrados no gráfico a seguir:

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



Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central⁷⁶

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

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

⁷⁵ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

⁷⁶ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

4.2.1 Dos encargos incidentes sobre os tributos federais

Sobre a obrigação tributária principal ou acessória⁷⁷ não cumprida tempestivamente podem incidir três espécies de encargos: **a) juros e correção monetária; b) multas e c) encargo legal.**

Como já foi visto, o índice de juros e correção monetária⁷⁸ aplicável aos débitos tributários federais é a **Selic**. Frise-se que ela incide não só sobre o débito principal como também sobre as multas e sobre o encargo legal.

Quanto às **multas**, elas podem ser divididas em três tipos⁷⁹: **a) multa de mora; b) multa de ofício e c) multa de ofício qualificada.**

A **multa de mora** está prevista no art. 61 da Lei n.º 9.430/96⁸⁰ e é de 0,33% por dia de atraso até o limite de 20%. Assim, com 60 dias de atraso do débito, a multa moratória já é aplicada em seu percentual máximo de 20%.

A **multa de ofício**, por sua vez, tem como fundamento legal o art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/96⁸¹ e é de 75%⁸². Leandro Paulsen versa o seguinte sobre as multas de ofício:

⁷⁷As obrigações tributárias acessórias, embora constituam, nos termos do CTN, “prestações positivas ou negativas [...] no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”, ou seja, obrigações não pecuniárias, a partir do seu descumprimento e da aplicação da respectiva penalidade (multa isolada), passam a constituir obrigação de pagar e sofrem a incidência dos encargos aplicáveis às obrigações principais. Assim, sobre o débito apurado em virtude de multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória incidirão a correção monetária (Selic), o encargo legal e inclusive a multa de mora, caso o valor da multa não seja pago até o seu vencimento.

⁷⁸ A taxa Selic compreende não só correção monetária, mas também juros, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça. A título de exemplo, ver Brasil (2011): “A taxa SELIC abrange juros e correção monetária, não pode ser cumulada a nenhum outro índice que exprima tais consectários”.

⁷⁹Existe um quarto tipo que é a multa isolada. Como a própria terminologia aponta, essa penalidade é aplicada isoladamente, ou seja, sem a cumulação com a obrigação do pagamento de débito principal. Em sua maioria, é aplicada nos casos de descumprimento de obrigação tributária acessória. A multa isolada não é considerada neste item em virtude de que, embora depois de aplicada se torne uma obrigação principal (obrigação de pagar), não incide sobre as demais obrigações tributárias principais, como ocorre com os outros tipos de multas.

⁸⁰Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1.º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§2. O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (BRASIL, 1996).

⁸¹Art. 44.Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (BRASIL, 1996).

⁸²A multa de ofício pode ser também de 50%, com fundamento no art. 44, II da Lei n.º 9.430/96, nos casos de falta de antecipação de tributos sujeitos a ajustes, contudo como não é o caso mais frequente de aplicação da multa de ofício, para fins de simplificação, essa hipótese não é considerada neste estudo.

aquelas aplicadas pela própria autoridade através de auto de infração quando apurado tributo devido que não apenas não tenha sido pago pelo contribuinte, total ou parcialmente, mas que sequer tenha sido declarado ou confessado pelo mesmo. São, assim, as multas aplicáveis na situação em que o Fisco não dispõe de declaração do contribuinte capaz de permitir a direta inscrição em dívida ativa de montante devido⁸³.

A **multa de ofício qualificada**, por sua vez, é de 150% do débito apurado, está prevista no art. 44, §1.º, da Lei n.º 9.430/96⁸⁴, e será imposta nos casos de ação ou omissão dolosa do contribuinte que configure, nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64, hipótese de sonegação, fraude ou conluio⁸⁵. É importante ressaltar que não é qualquer conduta que justifica a aplicação da multa qualificada. Neste sentido, transcrevem-se as Súmulas n.º 14 e n.º 25 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

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

SÚMULAS CONSOLIDADAS/APROVADAS PELO PLENO EM SESSÃO DE 08/12/2009 Súmula CARF n.º 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64. SÚMULAS VINCULANTES Portaria MF n.º 383 DOU de 14/07/2010⁸⁶.

A **multa de ofício** e a **multa de ofício qualificada** podem ser majoradas em **50%**, conforme previsão do art. 44, § 2.º, da Lei n.º 9.430/96⁸⁷, passando a ser respectivamente **112,5%** e **225%** do valor do débito. Por simplificação, tais hipóteses de majoração não serão

⁸³ PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 1106.

⁸⁴ Lei n.º 9.430/96

Art. 44.....

§ 1. O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis (BRASIL, 1996).

⁸⁵ Lei n.º 4.502/64

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

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

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

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

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72 (BRASIL, 1964).

⁸⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). **Institucional**. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>>. Acesso em: 25 set. 2011.

⁸⁷ Lei n.º 9.430/96

Art. 44

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

I - prestar esclarecimentos;

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

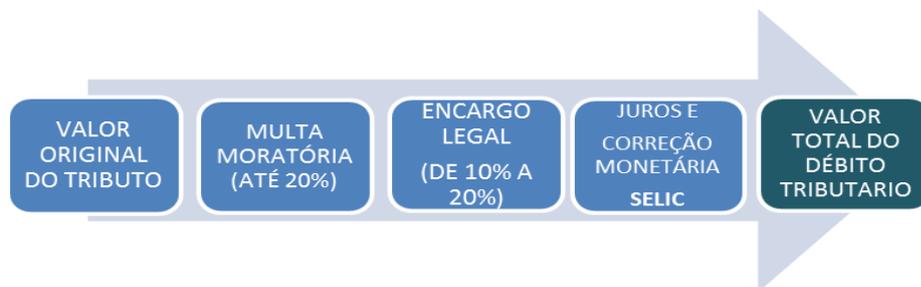
III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei (BRASIL, 1996).

consideradas no estudo dos retornos do comportamento estratégico do contribuinte, a ser tratado no próximo tópico.

O **encargo legal**, por sua vez, tem fundamento no Decreto-Lei n.º 1.025/69⁸⁸ e no Decreto-Lei n.º 1.569/77⁸⁹ e é de 10% sobre o valor do débito, caso a dívida não tenha sido ajuizada, e de 20% caso a dívida já tenha sido ajuizada. O encargo legal é calculado sobre o montante do débito, inclusive multas, e é destinado a atender a despesas com o Programa de Incentivo à Arrecadação da Dívida Ativa da União, a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional⁹⁰.

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

Figura 1 – Custos em caso de não ter havido sonegação



Fonte: O autor

Figura 2 – Custos em caso de ter havido sonegação



Fonte: O Autor

⁸⁸DECRETO-LEI N.º 1.025/69.

Art 1.º É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei n.º 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1.º, inciso II, da Lei n.º 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União (BRASIL, 1969).

⁸⁹DECRETO-LEI N.º 1.569/77.

Art. 3.º O encargo previsto no art. 1.º do Decreto-lei n.º 1.025, de 21 de outubro de 1969, calculado sobre o montante do débito, inclusive multas, atualizado monetariamente e acrescido dos juros e multa de mora, será reduzida para 10% (dez por cento), caso o débito, inscrito como Dívida Ativa da União, seja pago antes da remessa da respectiva certidão ao competente órgão do Ministério Público, federal ou estadual, para o devido ajuizamento. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 2.163, de 1984) (BRASIL, 1977).

⁹⁰Para maior aprofundamento sobre os contornos legais e a arrecadação do encargo legal, ver SINPROFAZ – Sindicato dos Procuradores da Fazenda Nacional (SANT’ANA; ALMEIDA, 2009).

4.2.2 Dos custos do contribuinte para litigar

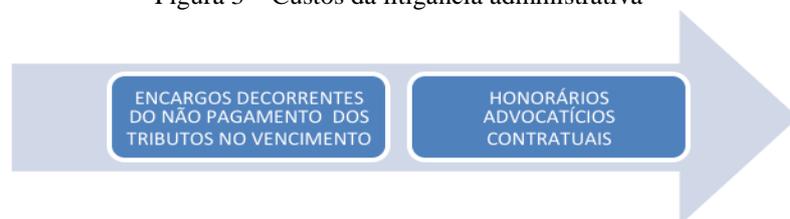
Passa-se agora a analisar quais são os custos dos contribuintes para discutir administrativa ou judicialmente os tributos que lhes são cobrados. A presente análise terá como base os tributos cobrados pela União e a respectiva discussão administrativa e judicial na esfera federal.

No caso de **discussão administrativa**, os custos dos contribuintes para litigarem correspondem basicamente ao custo com **honorários advocatícios contratuais**, caso tenham contratado advogado⁹¹, e com os encargos decorrentes do não pagamento em dia do tributo, os quais foram analisados no tópico anterior.

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

No caso de **discussão judicial**, o contribuinte, além dos gastos com os encargos de impontualidade e com honorários de seu advogado, caso perca a ação terá de arcar com as custas judiciais⁹² e com os honorários de sucumbência. As custas judiciais que devem ser adiantadas pelo contribuinte-autor ao ingressar com a ação lhe serão ressarcidas pela União caso se sagra vitorioso na ação. Já os honorários advocatícios de sucumbência serão pagos pelo perdedor da ação e são estabelecidos caso a caso pelo magistrado ou tribunal sob a forma de percentual do valor da causa ou valor nominal. **Finaliza-se este tópico com os seguintes resumos gráficos dos custos da litigância administrativa e judicial tributária:**

Figura 3 – Custos da litigância administrativa



Fonte: O autor

⁹¹ A contratação de advogado para a atuação na defesa administrativa dos contribuintes, embora seja recomendável, não é obrigatória.

⁹² No sistema processual brasileiro, as custas são adiantadas pelo autor e pagas/ressarcidas, ao final, pelo perdedor da ação.

Figura 4 – Custos da litigância judicial



Fonte: O Autor

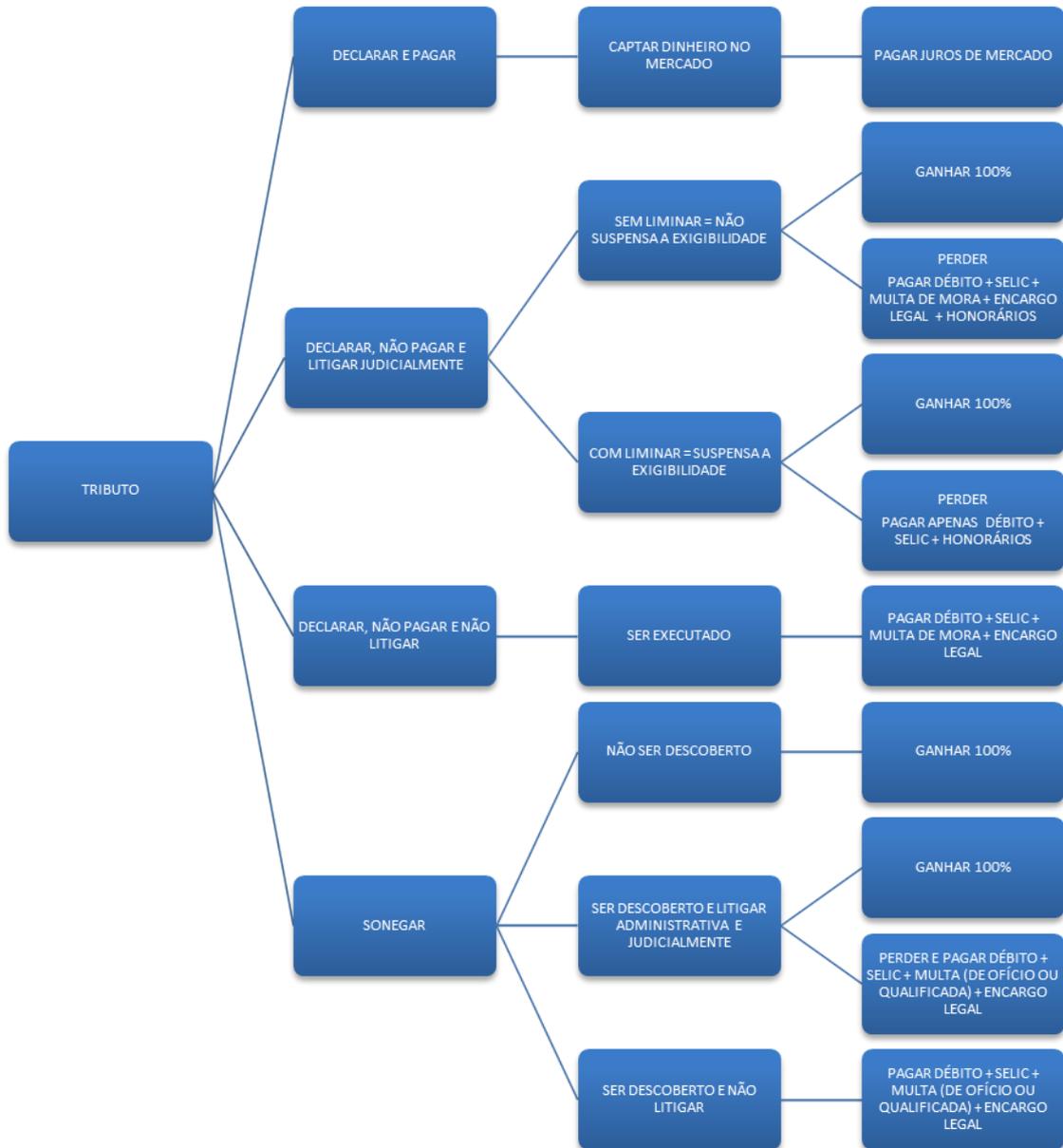
4.3 O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DOS CONTRIBUINTES E SEUS RETORNOS

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

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

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

Figura 5 - Diagrama de retornos dos contribuintes



Fonte: O Autor

4.3.1 Retorno da opção de pagar o tributo e captar dinheiro no mercado financeiro

Caso o contribuinte opte pela **primeira alternativa**, pagar os **tributos devidos**, e necessite de recursos para investimento ou para capital de giro, terá de angariar recursos no

mercado financeiro. Essa opção lhe custará, além do valor do principal do empréstimo requerido, o dever do pagamento de juros de mercado.

A seguir, apresenta-se tabela que demonstra o comportamento de empréstimo de R\$ 100.000,00 reajustados pela taxa média de juros aplicada pelas instituições financeiras ao longo de 13 anos⁹³:

Tabela 3 - Demonstrativo de evolução de empréstimo bancário no valor de R\$ 100.000,00 em 13 anos

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

Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central⁹⁴

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

4.3.2 Retorno da opção de declarar o tributo, não o pagar e litigar judicialmente

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

⁹³O prazo de **13 anos** utilizados advém do pressuposto utilizado neste estudo de que as alternativas disponíveis aos contribuintes terão duração média de: **5 anos** (prazo médio de tramitação dos processos administrativos tributários); **8 anos**, (prazo médio das execuções fiscais e outros processos judiciais tributários) e **13 anos**, (somatório dos prazos médios anteriormente referidos — caso o contribuinte resolva discutir administrativamente e depois seja executado, ou promova ação judicial contra o fisco).

⁹⁴ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

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

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

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

Na hipótese de o contribuinte perder a demanda, os encargos com os quais terá de arcar dependerão do seguinte: **a)** se durante o trâmite da ação judicial promovida pelo contribuinte, for intentada execução fiscal, ele terá de arcar com os encargos decorrentes da execução, que serão analisados em tópico específico mais adiante; **b)** se o débito ainda não tiver sido executado, nem inscrito em dívida⁹⁵, arcará com o pagamento do débito, acrescido de multa de mora de 20%, sendo esse valor reajustado pela Selic do período.; **c)** se tiver obtido liminar suspendendo a exigibilidade do crédito durante o trâmite de sua ação judicial, o contribuinte poderá se beneficiar da regra do art. 63, §2.º, da Lei n.º 9.430/96 que será detalhada a seguir.

4.3.3.1 Obtenção de Liminar pelo Contribuinte

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

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

⁹⁵ Caso o contribuinte pague o débito apenas após a inscrição em dívida ativa, sobre o débito haverá incidência de encargo legal, que será de 10% antes de ajuizada a respectiva execução fiscal, e de 20% após o ajuizamento da execução.

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

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

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

Apresenta-se a seguir tabela e gráfico que demonstram a **diferença de resultados entre a opções de captar R\$ 100.000,00 no mercado financeiro à taxa de mercado e a opção de se utilizar de liminar como fonte de financiamento dos mesmos R\$ 100.000,00 à taxa Selic**. Faz-se a modelagem de um a oito anos considerando que a liminar, caso deferida, pode perdurar poucos dias, na hipótese de ser rapidamente cassada pelo tribunal respectivo, ou pode permanecer hígida até a última instância, o que, considerando a média de tempo de tramitação dos processos fiscais, levaria aproximadamente 8 anos.

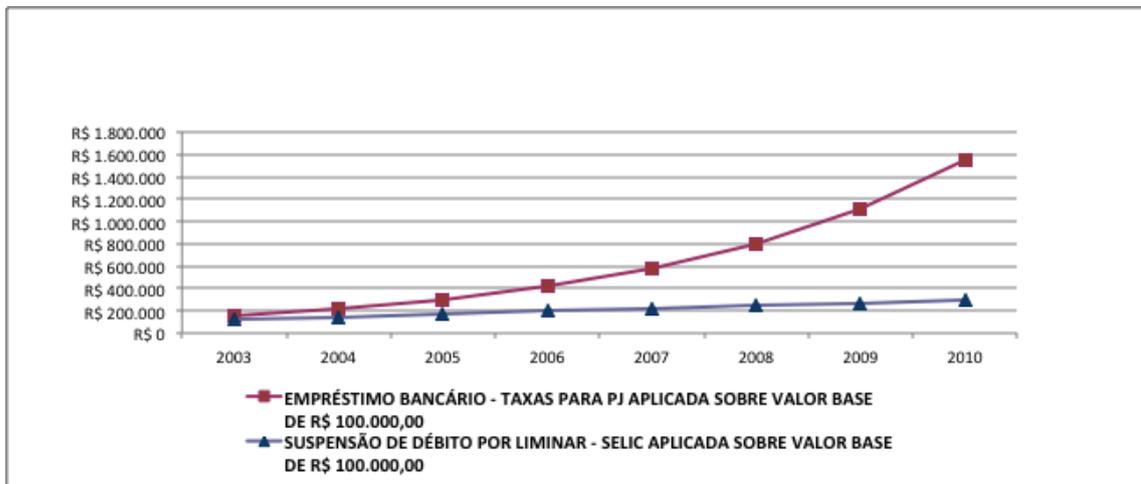
Tabela 4 - Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de utilização do benefício gerado pela suspensão de exigibilidade do débito por liminar – período de 8 anos

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

Fonte: O Autor / Nota: Os dados foram retirados de Banco Central⁹⁶

⁹⁶ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

Gráfico 2 – Comparativo entre a opção de empréstimo e a utilização de liminar para suspensão de exigibilidade do débito tributário



Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central⁹⁷

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

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

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

⁹⁷ Id. Ibid.

obter recursos remunerados pela Selic do que recursos remunerados pelas taxas de juros cobrados pelas instituições financeiras.

4.3.3 Retorno da opção de declarar, não pagar e aguardar ser executado

Agora, analise-se a **hipótese de o contribuinte que resolveu declarar o tributo não o pagar e aguardar a execução**. Neste caso, o mesmo valor de R\$ 100.000,00 sofreria a incidência de **20% de multa de mora**, mais **20% a título de encargo legal**⁹⁸, o que faria com que o valor base do débito a ser executado ainda sem correção pela Selic, passasse a ser de **R\$ 144.000,00**.

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

Tabela 5 - Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de aguardar a execução – período de 8 anos

ANO	TAXAS PARA PJ	SELIC	DIFERENÇA
	APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 100.000,00	APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 144.000,00	
2003	R\$ 141.109	R\$ 177.585	R\$ (27.812)
2004	R\$ 202.716	R\$ 206.430	R\$ 4.913
2005	R\$ 283.833	R\$ 245.905	R\$ 57.710
2006	R\$ 381.747	R\$ 283.454	R\$ 141.651
2007	R\$ 529.772	R\$ 317.406	R\$ 254.349
2008	R\$ 743.702	R\$ 356.607	R\$ 436.849
2009	R\$ 1.030.299	R\$ 392.447	R\$ 721.419
2010	R\$ 1.491.967	R\$ 430.902	R\$ 1.112.208

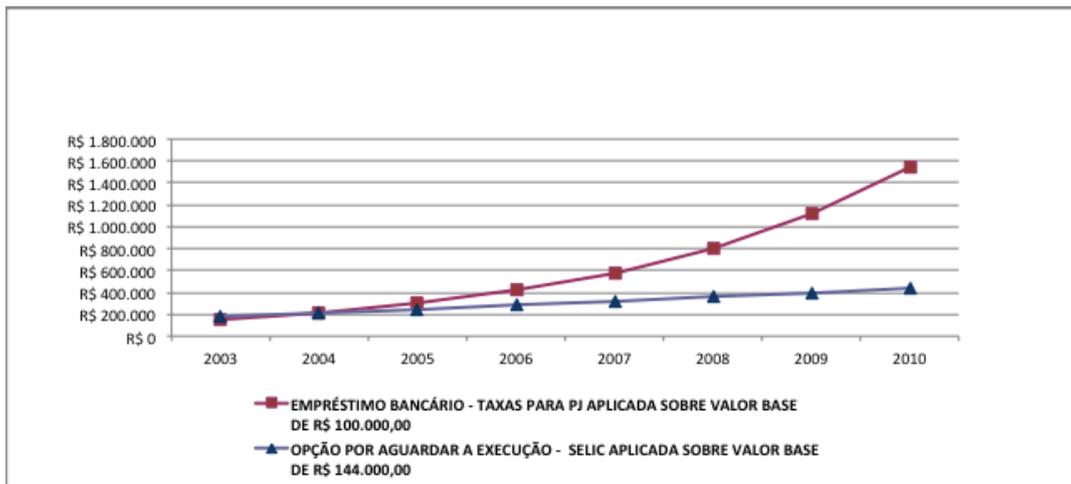
Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central⁹⁹

⁹⁸ Ressalte-se que o encargo legal incide tanto sobre o débito principal, como também sobre a multa de mora.

⁹⁹ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

Gráfico 3 – Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de aguardar a execução – Período de 8 anos



Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹⁰⁰

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

4.3.4 Os retornos da sonegação

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

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

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

¹⁰⁰ Id. Ibid.

No caso da adoção da primeira opção (sonegar) e na hipótese de o contribuinte não ser descoberto, o retorno dessa escolha frente à alternativa de buscar financiamento dos R\$ 100.000,00 para serem pagos em cinco anos, no mercado financeiro, seria de R\$ 508.247,00 (R\$ 100.000,00 referente ao valor principal + 408.247,00 referente aos juros em cinco anos a uma taxa média de juros 38,43% ao ano).

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

Antes de o débito ser ajuizado, em virtude da sonegação, o contribuinte teria de arcar com a **multa de ofício, que é de 75%** do valor do tributo (que pode ser majorada para 150%¹⁰¹), mais **10% a título de encargo legal**, mais a correção de todo o débito pela taxa Selic. Tais encargos fariam que o débito de R\$ 100.000,00, ainda sem a incidência da Selic, passasse a ser de no mínimo **R\$ 192.500,00** (caso aplicada a multa de 75% em vez da de 150%).

Noutro giro, caso o débito já estivesse em execução, o contribuinte, em vez de pagar 10% a título de encargo legal, teria de pagar 20%, o que faria com que o débito, ainda sem reajuste pela Selic, passasse a ser R\$ 210.000,00 (**valor do tributo + multa de ofício 75% + encargo legal 20%**¹⁰²). Registre-se que, caso lhe fosse aplicada a multa de ofício qualificada, que é de 150%, hipótese que será melhor analisada mais adiante, o débito total para uma sonegação de R\$ 100.000,00, antes da correção pela Selic, seria de R\$ 300.000,00.

Pode-se dizer, ainda, que, caso haja sonegação e o contribuinte opte por discutir administrativamente o débito e as penalidades aplicadas e, depois de encerrada a discussão administrativa de forma desfavorável ao contribuinte, a Fazenda Nacional ajuíze execução fiscal, ter-se-ia, desde a descoberta da sonegação até a finalização da execução, um período de treze anos¹⁰³, isso sem computar o período desde a sonegação até a descoberta pelo fisco, que, para fins de simplificação, não é contabilizado neste estudo.

Frise-se que **o contribuinte tem grande incentivo de**, ao ser autuado, **formular impugnação administrativa** uma vez que a exigibilidade do débito tributário fica suspensa (o contribuinte não pode ser inscrito em dívida ativa, muito menos executado), até o

¹⁰¹ A depender da conduta realizada pelo contribuinte, pode ser-lhe aplicada multa de ofício qualificada, cujo percentual é de 150% do débito sonogado.

¹⁰² O encargo legal incide sobre o valor total do débito, ou seja, sobre o principal mais as multas.

¹⁰³ Levando-se em conta os tempos médios de tramitação do processo administrativo (cinco anos) e do processo judicial (oito anos), já mencionados.

juízo final na esfera administrativa, cujo trâmite leva em média 5 anos, conforme já visto.

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

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

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

Tabela 6 - Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de sonegação, caso descoberta e aplicada multa de ofício de 75% - período de 13 anos

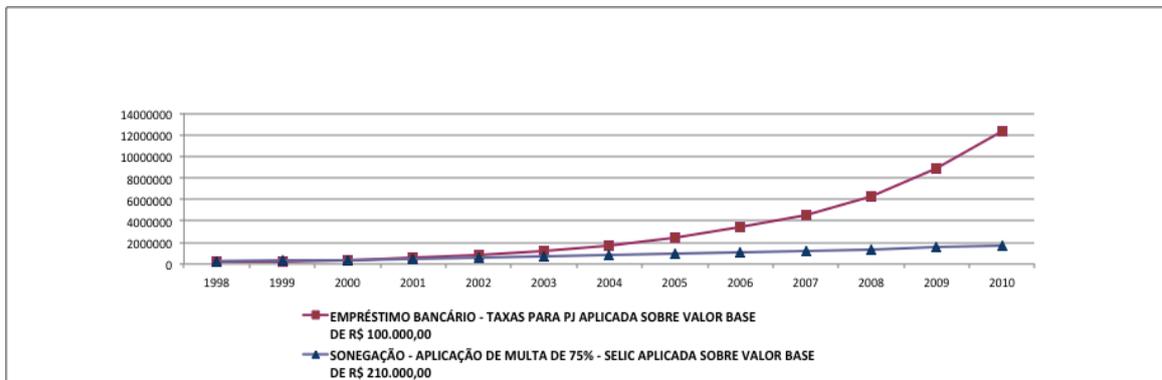
Ano	Taxas para PJ APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 100.000,00	SELIC APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 210.000,00	Diferença
1998	R\$ 168.097	R\$ 271.500	R\$ (103.403)
1999	R\$ 276.305	R\$ 342.041	R\$ (65.736)
2000	R\$ 391.814	R\$ 402.183	R\$ (10.369)
2001	R\$ 552.565	R\$ 472.388	R\$ 80.177
2002	R\$ 797.902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

Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹⁰⁴

¹⁰⁴ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

Gráfico 4 – Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de sonegação, caso descoberta e aplicada multa de ofício de 75% - período de 13 anos



Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹⁰⁵

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

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

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

Tabela 7 - Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de sonegação, caso descoberta e aplicada multa de ofício qualificada de 150% - período de 13 anos

Ano	Taxas para PJ APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 100.000,00	SELIC APLICADA SOBRE VALOR BASE DE R\$ 300.000,00	Diferença
1998	R\$ 168.097	R\$ 387.858	R\$ (219.760)
1999	R\$ 276.305	R\$ 488.630	R\$ (212.325)
2000	R\$ 391.814	R\$ 574.548	R\$ (182.733)
2001	R\$ 552.565	R\$ 674.840	R\$ (122.276)

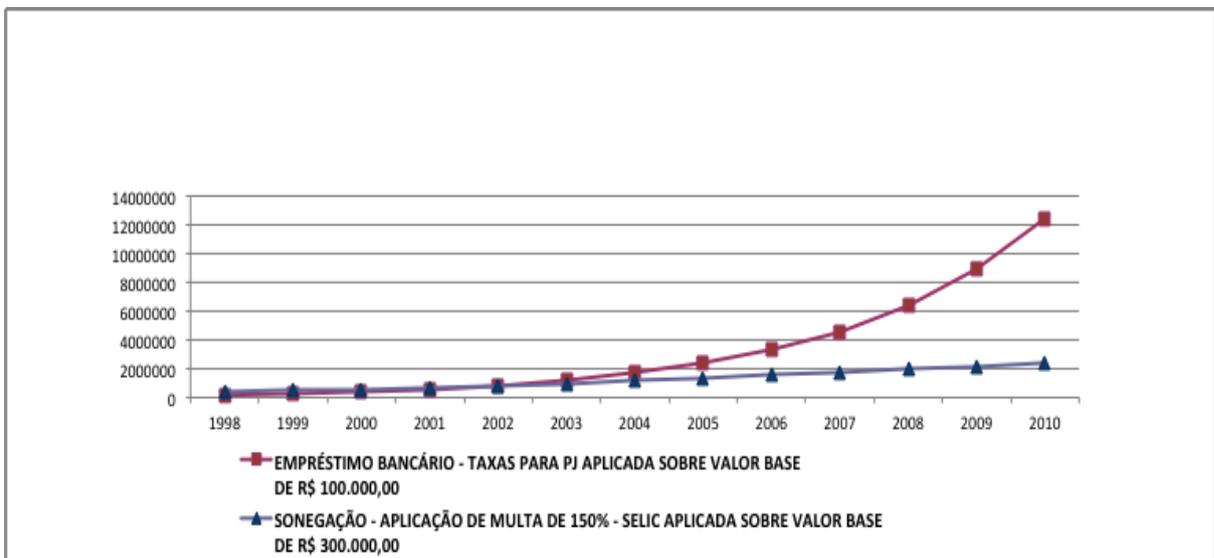
¹⁰⁵ Id. Ibid.

2002	R\$ 797.902	R\$ 803.757	R\$ (5.855)
2003	R\$ 1.195.043	R\$ 991.215	R\$ 203.828
2004	R\$ 1.686.312	R\$ 1.152.219	R\$ 534.092
2005	R\$ 2.422.546	R\$ 1.372.554	R\$ 1.049.992
2006	R\$ 3.391.928	R\$ 1.582.142	R\$ 1.809.786
2007	R\$ 4.562.041	R\$ 1.771.646	R\$ 2.790.395
2008	R\$ 6.331.004	R\$ 1.990.453	R\$ 4.340.551
2009	R\$ 8.887.561	R\$ 2.190.499	R\$ 6.697.062
2010	R\$ 12.312.515	R\$ 2.405.146	R\$ 9.907.369

Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹⁰⁶

Gráfico 5 – Comparativo entre a opção de empréstimo e a opção de sonegação, caso descoberta e aplicada multa de ofício qualificada de 150% – período de 13 anos



Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹⁰⁷

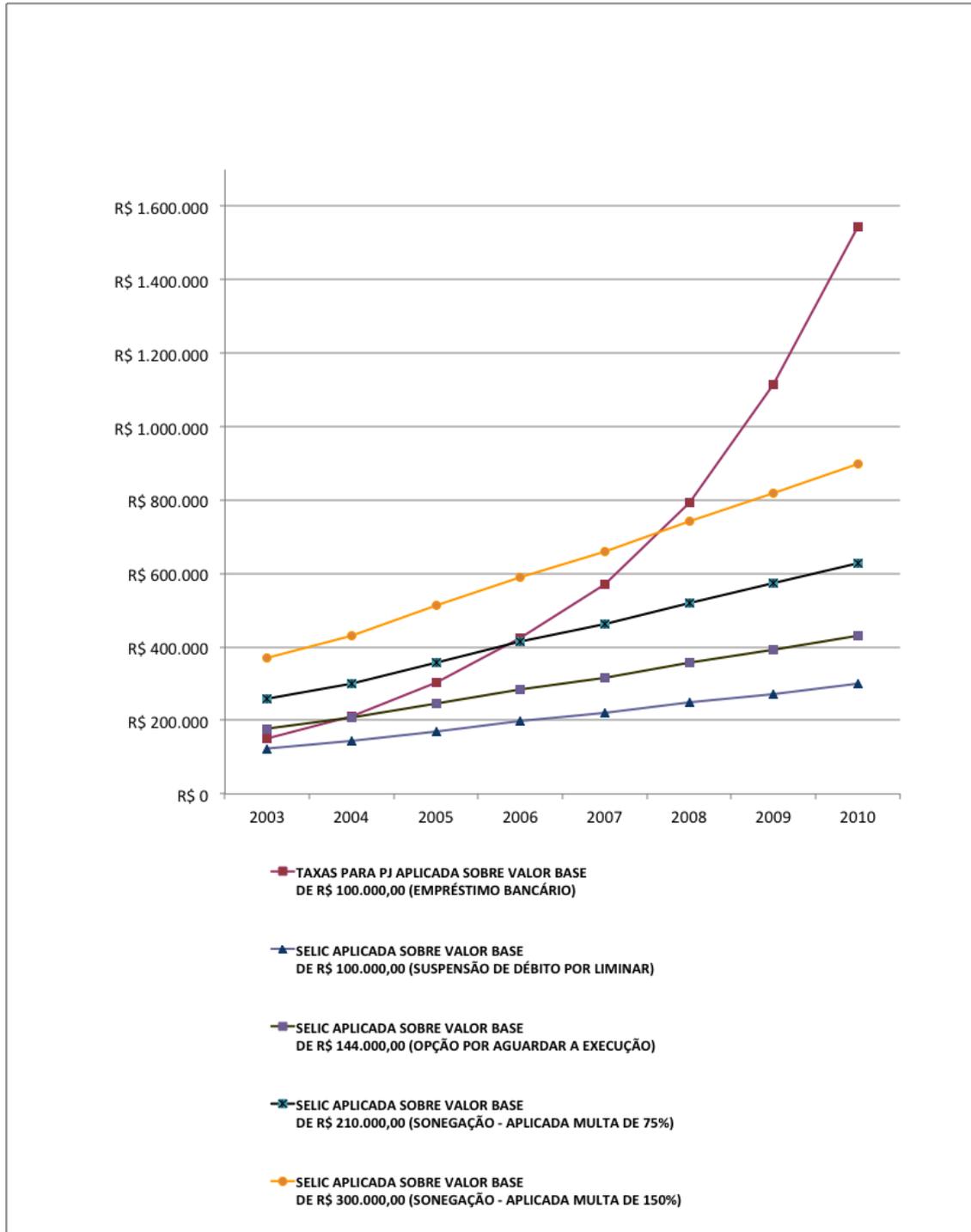
A tabela e o gráfico anteriormente trazidos demonstram que, mesmo nos casos da aplicação da multa de ofício qualificada de 150%, a partir do **sexto ano**, a sonegação apresentaria mais vantagem do que a opção de captação no mercado financeiro do mesmo valor sonegado.

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

¹⁰⁶ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

¹⁰⁷ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012..

Gráfico 6 – Comparativo de Retornos de todas as opções em 8 anos



Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹⁰⁸

¹⁰⁸ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

4.4 CONCLUSÃO

Os elementos trazidos neste estudo demonstram que os elevadíssimos índices das taxas de juros cobrados pelo sistema financeiro do Brasil, aliados às regras tributárias existentes e somados à morosidade tanto dos órgãos administrativos como também dos órgãos judiciais de solução de demandas tributárias, criam conjuntura prenhe de incentivos ao não pagamento e à litigância tributária como meio de financiamento privado.

Diante desse panorama, três providências poderiam desestimular esse comportamento estratégico dos contribuintes: 1) a diminuição do tempo de tramitação dos processos administrativos e judiciais tributários; 2) o incremento das multas de mora, de ofício e de ofício qualificada; e 3) a igualação do índice de reajuste dos débitos tributários à taxa média de juros do mercado.

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

Ressalte-se, ainda, que a implementação de medidas no sentido de diminuir o tempo de resposta do aparelho estatal aos processos administrativos e judiciais tributários, além de diminuir o retorno esperado dos contribuintes que se utilizam da litigância como forma de financiamento, atuam de forma a incentivar a inadimplência tributária, uma vez que demonstram aos contribuintes que o Estado, com rapidez, executará seus devedores.

Ressalte-se, contudo, que, em vez de buscar medidas no sentido de diminuir o retorno esperado da inadimplência tributária, a União tem caminhado em sentido oposto. Os programas de parcelamento de débitos tributários, que serão abordados do próximo capítulo, tornaram a inadimplência tributária opção ainda mais atraente, seja como forma de autofinanciamento das empresas, seja como alternativa para o aumento da margem de lucro.

Frise-se que, tanto para os casos de sonegação, como também para as hipóteses de inadimplência de tributos declarados, os programas de parcelamento têm apresentado benefícios extremamente atraentes e incentivadores da inadimplência tributária, conforme se verá.

5 PROGRAMAS DE PARCELAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS E A CRISE DE CONFIANÇA NO ESTADO: RISCO MORAL

5.1 INTRODUÇÃO

Ao longo das décadas de 1990 e 2000, a carga tributária bruta brasileira (CTBB) vem aumentando progressivamente¹⁰⁹¹¹⁰¹¹¹, e a arrecadação de impostos e contribuições bateu recordes sucessivos. A carga tributária, que, segundo estudo¹¹² do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), representava, em 1995, 26% do Produto Interno Bruto (PIB), progressivamente foi alargada, tendo atingido o percentual de 34,2% do PIB em 2006. Em 2008, a carga tributária representou 34,41% do PIB e, no ano de 2009, correspondeu a 34,28%¹¹³.

Não obstante o gradativo aumento da arrecadação tributária, nas últimas duas décadas o Governo Federal se deparou com uma substancial inadimplência dos créditos tributários¹¹⁴. Como consequência, foram introduzidos diversos programas de refinanciamento e reestruturação de débitos tributários. No âmbito da União, o primeiro deles foi o REFIS – Programa de Recuperação Fiscal (2000). Posteriormente, foram implementados o PAES – Parcelamento Especial (2003), o Parcelamento Simples (2004), o PAEX – Parcelamento Excepcional (2006), o Parcelamento Simples Nacional (2007) e o denominado novo REFIS (2009) ou “Refis da Crise”.

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Análise da arrecadação das Receitas Federais**. Brasília, dez. 2008. Disponível em:

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2008/Analisemensaldez08.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

¹¹⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Análise da arrecadação das Receitas Federais**. Brasília, dez. 2009. Disponível em:

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2009/Analisemensaldez09.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011

¹¹¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Análise da arrecadação das Receitas Federais**. Brasília, dez. 2010. Disponível em:

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2010/Analisemensaldez10.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011

¹¹² SANTOS, Cláudio Hamilton dos et al. **A evolução da carga tributária bruta brasileira no período 1995-2007: tamanho, composição e especificações econométricas agregadas**. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1350.pdf>. Acesso em: 10 ago 2011.

¹¹³ GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. **Estimativa da carga tributária entre 2002 e 2009**. Brasília: IPEA, 2010. (Nota Técnica, n. 16). Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100312_nt16dimac_cargatributria.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2010.

¹¹⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Balanço Geral da União-2009**. Brasília, [2010]. Disponível em: <http://www.pgfn.gov.br/divida-ativa-da-uniao/dados-estatisticos/dados_estatisticos.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

Os referidos programas tiveram como principal justificativa o incentivo aos contribuintes para a quitação de débitos tributários, devido à redução da dívida, por meio da concessão de desconto nas multas e juros devidos, além da possibilidade de suspensão e da ulterior extinção da pretensão punitiva do Estado, nos casos de transgressões sujeitas a sanções penais. Com isso, a União teve a intenção de melhorar a arrecadação tributária e diminuir o estoque da dívida tributária.

É bem verdade que o esforço na recuperação de débitos inscritos em dívida ativa é atuação desejável do Estado. Entretanto, tal tarefa deve ser exercida sem se descuidar dos efeitos que essas medidas possam desencadear, uma vez que os agentes econômicos podem mudar sua conduta em virtude da edição reiterada de regras especiais que mitiguem os efeitos das penalidades pela sonegação ou pelo recolhimento em atraso de tributos.

Na tabela a seguir, demonstram-se os valores arrecadados com cada um dos programas de parcelamento nos últimos três anos (2008 a 2010), e o percentual da arrecadação total da União e do estoque da Dívida Ativa da União que a receita decorrente de tais parcelamentos representou.

Tabela 8 - Arrecadação com os programas de parcelamento tributário

	Valores em Milhões de Reais		
	2008	2009	2010
REFIS 2001	779	599	359
PAES	3.479	2.007	949
PAEX	2.167	1.465	351
NOVO REFIS LEI 11.941/09		4.739	7.690
ARRECAÇÃO TOTAL COM PARCELAMENTOS	6.425	8.810	9.349
ARRECAÇÃO TOTAL DA UNIÃO	705.124	774.449	845.096
ESTOQUE DA DÍVIDA DA UNIÃO	741.028	827.824	880.059
PERCENTUAL DA ARRECAÇÃO TOTAL CORRESPONDENTE À ARRECAÇÃO COM OS PROGRAMAS DE PARCELAMENTO	0,91%	1,14%	1,11%
PERCENTUAL DO ESTOQUE DA DÍVIDA FEDERAL CORRESPONDENTE À ARRECAÇÃO COM OS PROGRAMAS DE PARCELAMENTOS	0,86%	1,06%	1,06%

Fonte: O Autor

Nota: Dados retirados de Receita Federal¹¹⁵¹¹⁶ e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional¹¹⁷

¹¹⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Análise da arrecadação das Receitas Federais**. Brasília, dez. 2008. Disponível em: < <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2008/Analismensaldez08.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

¹¹⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Análise da arrecadação das Receitas Federais**. Brasília, dez. 2009. Disponível em:

A tabela anteriormente transcrita demonstra que, nos anos analisados, foi pouco expressiva a arrecadação com os programas de parcelamento, a qual correspondeu a aproximadamente 1% do estoque da dívida ativa.

Registre-se, ainda, que os programas de parcelamento, além de anistiar multas e diminuir os juros cobrados, mitigaram os efeitos das regras penais previstas, pois passaram a permitir a suspensão da pretensão punitiva do Estado quando da adesão aos parcelamentos e a extinção da própria punibilidade nos casos de pagamento integral do tributo antes do trânsito em julgado do processo penal¹¹⁸.

O entendimento que será detalhado a seguir é o de que os programas de parcelamento instituídos pelo Governo Federal, apesar de objetivarem a diminuição do estoque da dívida, incentivam os contribuintes a sonegar ou a postergar o pagamento de tributos em razão de transmitirem a mensagem de que a transgressão das regras tributárias, caso descobertas, não trarão consequências (penalidades) muito graves.

Não é objetivo desta explanação aferir se a arrecadação da União teria sido maior ou menor na ausência dos mencionados programas de parcelamento. O norte aqui adotado, conforme dito, foi o de estudar a potencial influência desses programas especiais na conduta dos contribuintes.

5.2 A INFLUÊNCIA DO APARATO DE PUNIÇÃO ESTATAL NO COMPORTAMENTO HUMANO

Os mecanismos utilizados pelo Estado para garantir que suas leis sejam cumpridas (*enforcement of law*) é tema recorrente ao longo dos tempos. Diversos autores se debruçaram sobre a matéria. Na história menos recente, podem-se citar as contribuições de MONTESQUIEU¹¹⁹, BECCARIA¹²⁰ e BENTHAM¹²¹. Já no passado mais próximo, tem-se o manuscrito de Gary Becker¹²², que tem influenciado diversos autores desde então.

< <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2009/Analisemensaldez09.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

¹¹⁷BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Balanco Geral da União-2009**. Brasília, [2010]. Disponível em: < http://www.pgfn.gov.br/divida-ativa-da-uniao/dados-estatisticos/dados_estatisticos.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

¹¹⁸ Este entendimento é fruto da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao art. 9.º e § 2.º da Lei n.º 10.684/03, que, ao contrário do que era disposto no art. 15, § 3.º, da Lei n.º 9.964/2000, que previa a extinção da punibilidade apenas nos caso de pagamento antes do recebimento da denúncia, passou a não mais prever termo limite para o pagamento. Assim o STF tem o atual entendimento de que “o pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário”. (BRASIL, 2004).

¹¹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Scondat. **O Espírito das Leis**. Fernando Henrique Cardoso (Trad.). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POLINSKY e SHAVELL¹²³ ressaltam que são **quatro as escolhas públicas normalmente tomadas quanto à repressão aos transgressores das leis**. A primeira escolha diz respeito ao **tipo de pressuposto** adotado pelo Estado para atribuir responsabilidade a determinado cidadão pelo descumprimento de regra de Direito, se o pressuposto da responsabilidade objetiva ou se o fundamento da responsabilidade subjetiva. O segundo ponto a ser considerado é **se a sanção será monetária ou não monetária, ou se haverá a mescla dos dois tipos de sanção**. A terceira escolha a ser feita, segundo os autores, diz respeito ao **quantum da pena**. E a quarta e não menos importante escolha pública diz respeito à **probabilidade de detectar e de efetivamente punir os transgressores**. Esta última variável está diretamente relacionada ao montante de recursos que o Estado está disposto a empregar para encontrar e efetivamente punir aqueles que descumprirem as leis.

Todas as quatro escolhas públicas citadas por POLINSKY e SHAVELL influenciam diretamente no retorno esperado do transgressor, ou seja, no proveito que o agente tira do descumprimento da lei.

Embora as quatro variáveis anteriormente referidas sejam igualmente importantes, as sanções certamente são a vertente que mais tem recebido atenção no transcorrer dos tempos. Os Estados têm modulado ao longo da história os mais variados tipos de penalidades, desde sanções pecuniárias a sacrifícios corporais e penas de morte.

Contudo, é importante registrar que nada adianta o tipo de pena e sua quantidade, se a probabilidade de o sujeito ser descoberto e efetivamente punido for irrisória ou quase nula.

Assim, a capacidade de dado sistema estatal de garantir índice maior ou menor de *conformidade* de seus cidadãos às leis dependerá, em princípio, da correlação entre as sanções aplicáveis (modalidade e *quantum*) e a probabilidade de descoberta dos infratores e de sua efetiva punição.

Por sua vez, o infrator racional calcula o valor esperado (benefício) do seu ilícito observando o montante do seu ganho menos a pena, multiplicada pela probabilidade de ser pego e condenado. Dessarte, o benefício ou o valor esperado do agente com a transgressão de determinada regra jurídica pode ser resumido por meio do seguinte modelo:

¹²⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. José Cretella Júnior (Trad.). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹²¹ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

¹²² BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment: an economic approach 1976. **The Journal of Political Economy**, n. 2, p. 169-217, mar./abr.1968.

¹²³ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of law and economics**. North-Holland: Amsterdam, 2008. p. 406-407.

$$b = g(1 - p) - s.p$$

Nesse modelo b é o benefício esperado da atividade transgressora, g é o ganho do transgressor em não cumprir determinada regra jurídica, s é a sanção pelo não cumprimento e p é a probabilidade de ser descoberto e punido. A variável g que representa o ganho do infrator é multiplicada por $(1 - p)$ justamente por este termo da fórmula representar a probabilidade de o infrator não ser punido.

Assim, o benefício esperado pelo transgressor por não cumprir determinada regra jurídica é calculado com base no ganho que será obtido com a transgressão, multiplicado pela probabilidade de não ser descoberto e punido, subtraído do produto entre a sanção e a probabilidade de ser descoberto e punido.

No Brasil, não é incomum o Congresso Nacional, ao se deparar com o aumento da incidência de determinado tipo de crime, ou mesmo em virtude de um ato criminoso isolado, mas de grande repercussão, concentrar todos os esforços numa pronta resposta à sociedade por meio do aumento da pena aplicável àquele delito. Contudo, ao analisarmos tal ação do Poder Legislativo à luz do raciocínio explicitado anteriormente, verifica-se que o aumento de pena altera apenas uma das variáveis que compõem o cálculo do benefício esperado pelos criminosos.

Nesta linha, a depender das outras variáveis, o aumento da pena pode não interferir de forma substancial na conduta dos criminosos. Para explicar isso, adote-se a hipótese de ser majorada de 12 para 16 anos a pena mínima de determinado delito. Aplicando-se o raciocínio aqui ressaltado, assumamos que a probabilidade de o criminoso ser descoberto e punido seja de 40%. Multiplicando-se o aumento de pena de quatro anos pela probabilidade de o agente ser descoberto e punido (40%) e adotando-se o pressuposto de racionalidade dos criminosos, pode-se afirmar que a real sensação de aumento de pena para os criminosos seria de 1,6 anos, isto é, menos da metade do quanto realmente foi aumentado.

Assim, o aumento do custo do delito para os criminosos, ou seja, o aumento do potencial gravame que lhes será imposto em caso de transgressão da norma pode ser alterado não só com o aumento da penalidade, mas também com o incremento da probabilidade de identificação e punição dos transgressores.

Repise-se, ainda, que, se a probabilidade de identificação e punição dos infratores for muito pequena, não fará muita diferença o *quantum* da penalidade. Exemplo elucidativo dessa

questão foi trazido por Alencar e Gico Júnior¹²⁴, quando analisaram a probabilidade de condenação cível e criminal pelo Judiciário brasileiro de servidores públicos demitidos em processos administrativos disciplinares pelo cometimento de ilícito contra a Administração Pública. Os mencionados autores ressaltam que, no que se refere aos crimes contra a Administração Pública, a variável probabilidade de punição é mais importante no desincentivo à criminalidade do que o *quantum* da penalidade estabelecida.

A amostra levantada pelos autores foi a de casos em que servidores foram demitidos pela Administração e a demissão não foi invalidada pelo Poder Judiciário. Assim, os autores, mesmo levando em conta que as instâncias administrativa, cível e penal são independentes, adotaram a premissa de que, se os servidores em processo administrativo válido foram demitidos por cometimento de ilícito contra a administração pública e a demissão não foi invalidada pelo Judiciário, havia alta probabilidade de esses servidores terem cometido os ilícitos a eles imputados e, portanto, os autores adotaram, para os fins do trabalho, o pressuposto de que seriam efetivamente culpados. Diante desse panorama, os números encontrados pelos mencionados autores são muito emblemáticos, sobretudo quando se verifica que da amostra referida (servidores demitidos por cometimento de ilícito penal contra a Administração que não foram reintegrados judicialmente) somente 3,17% foram efetivamente condenados criminalmente e apenas 1,59% responsabilizado civilmente por dano ao erário.

É importante frisar que a porcentagem de condenações encontrada no estudo de Alencar & Gico se referem apenas aos fatos que foram efetivamente descobertos. E quanto aos fatos que sequer são descobertos? Assim, se computados os atos de corrupção que sequer são descortinados pelo Estado, o índice de efetiva punição dos transgressores denota-se ainda menor. O mesmo ocorre com os casos de sonegação fiscal, que, da mesma maneira que a corrupção, também se dá de modo sub-reptício, contribuindo, assim, para a diminuição do índice de descoberta dos sonegadores.

É bem verdade que, quanto mais o Estado investe em sua estrutura de repressão aos transgressores, maior é a probabilidade de detecção e punição das infrações. Contudo, essa não é uma tarefa fácil e apresenta custos elevados. E quanto maior for o índice de detecção e punição dos transgressores que o Estado tiver alcançado, proporcionalmente mais custoso será alcançar índices mais elevados de eficiência da máquina repressora.

¹²⁴ALENCAR, Carlos H. R.; GICO JUNIOR, Ivo T. When crime pays: measuring judicial performance against Corruption in Brazil. **Revista Direito FGV**, v. 7, p. 77-98, 2011.

Os Estados procuram primeiramente investir nos meios menos dispendiosos de detectar e punir os transgressores, o que faz que os primeiros percentuais de aumento de eficiência do aparato estatal custem bem menos ao Estado. O aparato menos complexo termina por descortinar os ilícitos executados de forma mais simplória, ou aqueles que tenham deixado vestígios mais evidentes.

Noutro giro, para que transgressões mais sofisticadas sejam descobertas, é necessário investimento mais elevado em treinamento especializado dos servidores públicos e na aquisição de equipamentos mais modernos, o que diminui o ganho marginal do Estado no alcance de índices mais elevados de eficiência na identificação e punição dos transgressores, considerando-se ainda que os recursos do Estado são limitados. Por conta disso é que não se tem conhecimento de que algum país possua sistema de repressão capaz de identificar e punir cem por cento dos transgressores.

Com o fim de garantir o adimplemento tributário, a legislação federal prevê dois tipos de sanção aos transgressores: **sanções penais** e **sanções pecuniárias**. Serão abordados, neste estudo, os efeitos adversos da mitigação das sanções pecuniárias e outros encargos pelos programas de parcelamento de débitos tributários editados pela União nos últimos anos.

As sanções ou encargos pecuniários, conforme visto no capítulo anterior, podem ser de três espécies: **a) juros e correção monetária; b) multas; e c) encargo legal**.

Como já foi mencionado, o índice de juros e correção monetária aplicável aos débitos tributários federais é a **Selic**. Quanto às **multas**, elas podem ser divididas em três tipos¹²⁵: **a) multa de mora; b) multa de ofício; e c) multa de ofício qualificada**.

Os percentuais e valores das multas variam a depender do tipo de infração, mas são substancialmente maiores (150% do valor do tributo sonegado) nos casos de **fraudes e ardis com o fim de sonegar tributos**, podendo chegar a 225% nos casos em que o contribuinte se nega a fornecer determinados dados requeridos pelo fisco. O Estado busca aplicar sanções maiores nos casos de fraudes e ardis com o fim de sonegar, por conta de serem condutas ilícitas (contrárias à legislação) que têm como desiderato o não pagamento ou a diminuição do tributo a ser pago ao fisco. Embora o planejamento tributário ou elisão fiscal também tenham como desiderato a diminuição da incidência tributária, nestes casos o contribuinte se utiliza de meios **lícitos** com o fim de diminuir o montante de tributos a pagar.

¹²⁵ Existe um quarto tipo que é a multa isolada, como já foi mencionado anteriormente.

5.3 HISTÓRICO E CONTEÚDO DOS PROGRAMAS FEDERAIS DE PARCELAMENTO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

Em primeiro lugar, registre-se a grande frequência com que a União lançou mão dos programas especiais de parcelamento, em nove anos (2000 a 2009); foram seis edições, conforme quadro a seguir:

Quadro 1 - Edições dos Programas de Parcelamento no âmbito da União

2000	REFIS – Programa de Recuperação Fiscal	Lei n.º 9.964/2000
2003	PAES – Parcelamento Especial	Lei n.º 10.684/ 2003
2004	Parcelamento do Simples	Lei n.º 10.925/2004
2006	PAEX – Parcelamento Excepcional	MP n.º 303/2006
2006	Parcelamento do Simples Nacional	Leis Complementares n.º 123/2006, n.º 127/2007 e n.º 128/2008
2009	“REFIS DA CRISE”	Lei n.º 11.941/2009

Fonte: O Autor

Os trechos a seguir demonstrarão que os programas especiais de parcelamento atenuaram bastante as regras voltadas a coibir as transgressões ao sistema tributário, e isso aumentou o retorno esperado da sonegação e da inadimplência (dos tributos declarados).

O conjunto de programas especiais de parcelamento tiveram, em síntese, os seguintes tipos de benesses pecuniárias: a) anistia total ou parcial de multas; b) prazos alongados para pagamento dos débitos; c) desconto na Selic aplicada no reajuste do valor total do débito; e d) regras mais benéficas de atualização das parcelas da dívida (utilização de índices menos onerosos que a SELIC).

Embora o sistema tributário brasileiro possua penalidades austeras para aqueles que descumprem a legislação, o intenso abrandamento de tais sanções, promovido pelas diversas edições dos programas de parcelamento, geram fortes incentivos para que os contribuintes a transgridam.

No quadro a seguir, faz-se panorama dos principais benefícios ofertados aos contribuintes quando da adesão aos programas de parcelamento¹²⁶.

¹²⁶ Deixa-se de fazer referência às regras estabelecidas nos parcelamentos do Simples e do Simples Nacional por não terem sido tão abrangentes como os outros.

Quadro 2 - Benefícios veiculados nos Programas de Parcelamento da União

MEDIDAS	REFIS (2000) Lei n.º 9.964/2000	PAES (2003) Lei n.º 10.684/ 2003	PAEX (2006) MP n.º 303/2006	REFIS DA CRISE (2009) Lei n.º 11.941/2009
Atualização dos Débitos	<u>Aplicação da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) para atualização das parcelas do débito consolidado. A referida taxa tem índice inferior à SELIC, normalmente utilizada para a correção de débitos tributários.</u>	IDEM	IDEM	<u>SELIC</u>
Redução de Encargos	Os valores da multa de ofício tiveram redução de 40%, quando da consolidação dos débitos devidos ao Fisco;	<u>Redução de 50% da multa de mora ou da multa de ofício; Redução adicional na razão de 0,25% sobre o valor remanescente da multa, para cada ponto percentual do saldo liquidado até 31/08/2003</u>	<u>Redução de 50% da multa de mora ou da multa de ofício;</u> <u>Em caso de opção pelo parcelamento em seis meses, possibilidade de redução em 30% dos juros de mora e em 80% da multa de mora ou de ofício</u>	<u>Redução de 60% até 100% (cem por cento) das multas de mora ou da multa de ofício</u> <u>Redução de 20% até 40% das multas isoladas,</u> <u>Redução de 25% até 45% dos juros de mora</u> <u>Redução de 100% do valor do encargo legal;</u>
Parcelamento	O número de parcelas restou vinculado a um percentual do faturamento, que variou entre 0,3% e 1,5%, sem tempo determinado para quitar a dívida, excetuando-se as empresas que escolheram o parcelamento alternativo com 60 parcelas fixas;	<u>Possibilidade de escolher o menor valor de parcela entre 1/180 do valor da dívida e um percentual da receita bruta do mês anterior ao do pagamento da parcela. Limite máximo de 180 meses para pagar o parcelamento.</u>	<u>Parcelamento em até 130 meses</u>	<u>Parcelamento em até 180 meses</u>

Fonte: O Autor

5.4 DOS EFEITOS ADVERSOS DA ANISTIA DE JUROS E MULTAS PROMOVIDA PELOS PROGRAMAS DE PARCELAMENTO

Já foi mencionado aqui que os agentes racionais agem conforme os custos e benefícios de suas condutas. Foi analisado, ainda, que o Estado influi na conduta dos agentes quando calibra as sanções pelo descumprimento das leis e a probabilidade de os agentes serem descobertos e punidos.

Como visto, os programas de parcelamento abrandaram substancialmente as penalidades pecuniárias pelo descumprimento das leis tributárias, por meio da anistia total ou parcial das sanções aplicadas. Essa conduta do Estado, por um lado, dá àqueles que não pagaram os tributos devidos atestado de que compensa sonegar no Brasil.

Noutro giro, essas anistias incentivam (risco moral) que outros contribuintes também venham a não mais cumprir as normas tributárias em razão da esperança de não serem descobertos e sob a quase certeza, haja vista a edição frequente dos programas de parcelamento, de que, se forem descobertos, terão boa parte ou a integralidade das sanções perdoadas.

Diante do pressuposto de que os contribuintes são racionais maximizadores de riquezas, ou seja, que tenderão a adotar as condutas que lhes tragam maiores benefícios, os elementos a seguir expostos deixarão indene de dúvidas que os programas de parcelamento de débitos tributários podem gerar incentivo potencial para os contribuintes alterarem sua conduta no sentido de não mais pagar seus tributos.

5.4.1 *Refis da Crise*: mais uma contribuição do Estado para a sonegação

Os programas de parcelamento, embora tenham guardado algumas peculiaridades passíveis de distingui-los, no essencial adotaram formato semelhante. Assim, para fins de ilustração, serão analisados, neste tópico, especificamente os benefícios outorgados pelo mais recente programa de parcelamento, o denominado *Refis da Crise*, que foi instituído pela Lei n.º 11.941/2009.

A mencionada lei, no *caput* do art. 1.º, previu o parcelamento dos débitos em **até 180 meses (15 anos)**, e o art. 1.º, § 3.º, concedeu os seguintes benefícios:

§ 3.º Observado o disposto no art. 3.º desta Lei e os requisitos e as condições estabelecidos em ato conjunto do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Secretário da Receita Federal do Brasil, a ser editado no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da data de publicação desta Lei, os débitos que não foram objeto de parcelamentos anteriores a que se refere este artigo **poderão ser pagos ou parcelados da seguinte forma:**

I – pagos a vista, com **redução de 100%** (cem por cento) das **multas de mora e de ofício**, de **40%** (quarenta por cento) das **isoladas**, de **45%** (quarenta e cinco por cento) **dos juros de mora** e de **100%** (cem por cento) sobre o valor do **encargo legal**;

II – parcelados em até 30 (trinta) prestações mensais, com **redução de 90%** (noventa por cento) das **multas de mora e de ofício**, de **35%** (trinta e cinco por cento) **das isoladas**, de **40%** (quarenta por cento) dos **juros de mora** e de **100%** (cem por cento) sobre o valor do **encargo legal**;

III – parcelados em até 60 (sessenta) prestações mensais, com **redução de 80%** (oitenta por cento) das **multas de mora e de ofício**, de **30%** (trinta por cento) **das isoladas**, de **35%** (trinta e cinco por cento) dos **juros de mora** e de **100%** (cem por cento) sobre o valor do **encargo legal**;

IV – parcelados em até 120 (cento e vinte) prestações mensais, com **redução de 70%** (setenta por cento) das **multas de mora e de ofício**, de **25%** (vinte e cinco por cento) **das isoladas**, de **30%** (trinta por cento) dos **juros de mora** e de **100%** (cem por cento) sobre o valor do **encargo legal**; ou

V – parcelados em até 180 (cento e oitenta) prestações mensais, com **redução de 60%** (sessenta por cento) das **multas de mora e de ofício**, de **20%** (vinte por cento) das **isoladas**, de **25%** (vinte e cinco por cento) dos **juros de mora** e de **100%** (cem por cento) sobre o valor do encargo legal¹²⁷.

Para avaliar melhor os incentivos gerados pelos programas de parcelamento tributário, retome-se o modelo de benefício esperado dos transgressores, trazido anteriormente:

$$b = g(1 - p) - s.p$$

Lembra-se que, nessa equação, b é o benefício esperado da atividade transgressora, g é o ganho do transgressor em não cumprir determinada regra jurídica, s é a sanção pelo não cumprimento e p é a probabilidade de ser descoberto e punido.

Considere-se então que determinado contribuinte esteja avaliando se deve ou não sonegar o **montante de R\$ 100.000,00** e que esse **será seu ganho (g)**, caso não descoberto. Considere ainda que o contribuinte está ciente de que lhe poderá ser aplicada nesse caso a multa de ofício qualificada de 150% e adicionado encargo legal no percentual de 20% (no caso de execução da dívida), o que faria que o débito, ainda sem a incidência da Selic, passasse a ser de R\$ 300.000,00.

¹²⁷ BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 maio 2009. p. 3. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm>. Acesso em: 13 nov. 2011.

No presente exemplo, em virtude da sonegação, seriam adicionados R\$ 200.000,00 ao valor base do débito de R\$ 100.000,00, portanto, **R\$ 200.000,00 seriam o valor da sanção (s) pela sonegação.**

Considere-se, ainda, que a **probabilidade (p) de o sonegador ser descoberto fosse de 40%.**

Assim, aplicados esses elementos ao modelo anteriormente referido, teríamos: $b = 100.000,00.(1 - 0,4) - 200.000,00.(0,4)$. Assim, neste exemplo, o benefício esperado do contribuinte seria de (-) R\$ 20.000,00, ou seja, seria negativo. Diante deste panorama, os contribuintes não teriam incentivos a sonegar.

Entretanto, **os programas de parcelamento têm reduzido as sanções pela sonegação a patamares quase nulos.** Para demonstrar isso, tomem-se como exemplo as anistias concedidas pelo art. 1.º, § 3.º, I, da Lei n.º 11.941/2009. Com base no mencionado dispositivo legal, o contribuinte que fosse descoberto e optasse pelo pagamento à vista de seu débito teria **redução de 100% na multa de ofício e no encargo legal.**

Retomando-se o modelo utilizado, **a variável sanção (s),** que antes era de R\$ 200.000,00, **com o refis passou a ser zero.** Aplicando-se esse novo valor para *s* no modelo anteriormente mencionado, ter-se-ia o seguinte: $b = R\$ 100.000,00.(1 - 0,4) - 0.(0,4)$. Deste modo, o **benefício esperado** pelos contribuintes com a sonegação de R\$ 100.000,00 passaria a ser de **R\$ 60.000,00**, resultado que geraria potencial incentivo à sonegação.

O exemplo acima ilustra que, quando um programa de parcelamento concede anistia integral das penalidades aplicadas, faz que a variável sanção passe a ser zero. **Diante de sanção com valor zero, a sonegação sempre trará retorno positivo aos contribuintes, desde que a probabilidade de ser descoberto seja menor do que 100%.**

Ilustrando tal assertiva, considere-se uma probabilidade de descoberta de sonegação de 90%, índice absolutamente imaginário e fora dos padrões de qualquer país do mundo, por mais eficiente que seja seu aparato de repressão. Mesmo com a probabilidade de descoberta nesse patamar (90%), diante de uma sanção de valor zero, a sonegação de R\$ 100.000,00 ainda traria um retorno esperado de R\$ 10.000,00 para o contribuinte, conforme se extrai da aplicação do modelo: $R\$ 100.000,00.(1 - 0,9) - 0.(0,9) = R\$ 10.000,00$.

Considerando a anistia de multas, juros e encargo legal instituída pelo *Refis da Crise*, a seguir, passa-se a comparar o retorno daquele contribuinte que tenha optado por sonegar, com o retorno do contribuinte que optou por pagar o tributo e contrair empréstimo no mesmo montante do tributo recolhido.

5.4.1.1 Análise de retorno entre as alternativas de sonegar (com e sem as benesses do Refis) e a opção por contrair empréstimo bancário a taxas de mercado

O contribuinte que tenha sonegado o valor de R\$ 100.000,00 e tenha sido autuado com aplicação de multa de ofício qualificada de 150%, diante do ajuizamento do débito, em virtude do acréscimo de 20% a título de encargo legal, teria de pagar o montante de R\$ **300.000,00** [(R\$ 100.000,00 + multa de ofício qualificada 150%) + encargo legal 20%], valor este ainda sem a incidência da Selic.

Considere-se que a autuação tenha se dado no início do ano de 2002 e que no final do ano de 2009, 8 anos após a autuação, quando a execução ainda estava em trâmite, o contribuinte tenha aderido às regras especiais do refis e resolvido pagar o débito à vista.

Já foi demonstrado que, nos pagamentos à vista, o contribuinte teria redução de 100% na multa de ofício e no encargo legal. Assim, o débito, que, com os acréscimos decorrentes da sonegação, antes da correção pela Selic, teria o valor de R\$ 300.000,00, retornaria ao seu valor-base de R\$ 100.000,00. Registre-se, ainda, que o Refis trouxe outra benesse além da anistia das multas e do encargo legal: concedeu desconto de 45% nos juros, ou seja, na Selic do período.

Diante do exemplo, **passam-se a comparar 3 situações no período de 8 anos (2002-2009):**

- 1) Contribuinte que precisa de R\$ 100.000,00 para aplicar em seu empreendimento que optou por pagar o tributo e **tomar empréstimo bancário remunerado por taxas de mercado.**
- 2) Contribuinte que **sonegou R\$ 100.000,00**, foi descoberto e teve dívida executada no **valor de R\$ 300.000,00** (R\$ 100.000,00 + multa de ofício qualificada 150% + encargo legal 20%).
- 3) Contribuinte que **sonegou R\$ 100.000,00**, foi descoberto, teve dívida executada no **valor de R\$ 300.000,00** (R\$ 100.000,00 + multa de ofício qualificada 150% + encargo legal 20%), mas **aderiu ao refis, optou pelo pagamento à vista, teve redução integral da multa e do encargo legal**, o que fez que o **débito-base retornasse ao valor de R\$ 100.000,00, tendo ainda desconto de 45% nos juros (Selic) do período.**

Os retornos das hipóteses anteriormente referidas, no final do período de 8 anos (2002-2009), seriam os seguintes: na **situação 1**, o valor do débito (**empréstimo bancário**) seria de **R\$ 1.608.420,00**; na **situação 2**, o valor do débito (**débito sonegado sem refis**) seria de **R\$ 973.786,00**; na **situação 3**, o valor do débito (**débito sonegado com refis**) seria de **R\$ 223.527,00**. **A tabela e o gráfico a seguir deixam ainda mais clara a substancial vantagem do refis frente às outras duas opções.**

Tabela 9 - Comparativo entre a opção de empréstimo, a opção de sonegação e a opção de sonegar e depois aderir ao Refis.

ANO	(EMPRÉSTIMO BANCÁRIO) - TAXAS PARA PJ APLICADA SOBRE VALOR-BASE DE R\$ 100.000,00	(DÉBITO SONEGADO SEM REFIS) SELIC APLICADA SOBRE VALOR-BASE DE R\$ 300.000,00	(DÉBITO SONEGADO COM REFIS) VALOR-BASE DE R\$ 100.000,00
2002	R\$ 144.400	R\$ 357.310	R\$ 119.103
2003	R\$ 216.272	R\$ 440.644	R\$ 146.881
2004	R\$ 305.179	R\$ 512.219	R\$ 170.740
2005	R\$ 438.419	R\$ 610.168	R\$ 203.389
2006	R\$ 613.852	R\$ 703.341	R\$ 234.447
2007	R\$ 825.612	R\$ 787.585	R\$ 262.528
2008	R\$ 1.145.749	R\$ 884.855	R\$ 294.952
2009	R\$ 1.608.420	R\$ 973.786	R\$ 324.595
Valor a Pagar	R\$ 1.608.420	R\$ 973.786	*R\$ 223.527¹²⁸

*Foi aplicado o desconto de 45% na Selic conforme previsto na Lei do *Refis da Crise*

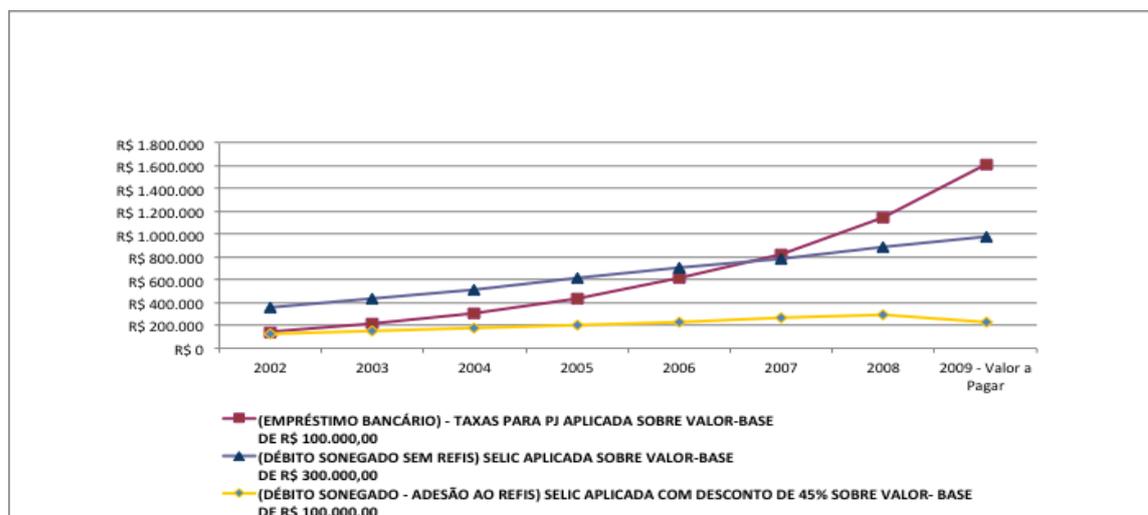
Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹²⁹

¹²⁸ A metodologia de cálculo aplicada foi a correção do débito pela taxa Selic integral do período e posterior decote de 45% do valor dos juros. Caso se aplicasse o desconto de 45% mês a mês no próprio índice da taxa Selic, o valor do débito ao final seria menor, apresentaria o montante de R\$ 195.450,00.

¹²⁹ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

Gráfico 7 – Comparativo entre a opção de empréstimo, a opção de sonegação, caso descoberto e aplicada multa de ofício qualificada de 150% e a opção de sonegar e depois aderir ao refis



Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹³⁰

Foi demonstrado no capítulo anterior que, mesmo naqueles casos em que o contribuinte foi descoberto e lhe foi aplicada multa de ofício qualificada, a partir do sexto ano, a opção de sonegar demonstrou-se mais vantajosa do que captar dinheiro no mercado financeiro.

Noutro giro, diante da tabela e do gráfico anteriormente transcritos, resta evidenciado que a situação do sonegador descoberto, que ainda é melhor que a daquele que resolveu pagar o tributo e obter empréstimo, **fica quase cinco vezes melhor diante da adesão ao refis**, lembrando-se que: **aquele que obteve dinheiro emprestado, após 8 anos, terá de pagar R\$ 1.608.420,00; aquele que sonegou terá de pagar R\$ 973.786,00; e aquele que sonegou, mas aderiu ao refis terá de pagar apenas R\$ 223.527,00.**

5.4.1.2 Retorno da opção de sonegar, aplicar o dinheiro sonegado no mercado financeiro e posteriormente aderir ao Refis na modalidade de pagamento à vista

Já foi ressaltado que o *Refis da Crise*, além de ter perdoado integralmente a multa de mora, a multa de ofício e o encargo legal, previu o desconto de 45% nos juros (Selic) dos débitos daqueles contribuintes que optassem pelo pagamento à vista. Foi demonstrado também que, em virtude de o Refis ter perdoado 100% das sanções decorrentes da

¹³⁰ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

sonegação¹³¹, o benefício esperado dos sonegadores sempre será positivo, salvo se a probabilidade de descoberta da sonegação for de 100%, hipótese na qual o benefício será zero ou indiferente.

Ressaltou-se, ainda, que, mesmo no caso de a sonegação ser descoberta, a alternativa de o contribuinte sonegar seria mais vantajosa do que a opção de captar no mercado financeiro o mesmo valor sonegado. Registre-se que essa vantagem fica muito maior diante da inclusão do débito sonegado no Refis.

Agora, será demonstrado que as benesses do Refis tornaram vantajosa, inclusive, a hipótese de o contribuinte sonegar o tributo com o fim de aplicar o valor sonegado no mercado financeiro. Em regra, as aplicações financeiras conservadoras (que não envolvam riscos de diminuição do valor aplicado) não apresentam remuneração superior à Selic.

Assim, como os débitos tributários são reajustados por este último índice, em tese, exceto nos casos de sonegação não descoberta, não haveria vantagem em deixar de pagar tributos com a finalidade exclusiva de aplicar no mercado financeiro o dinheiro não recolhido.

Contudo, em face de o Refis ter concedido desconto de 45% nos juros incidentes sobre os débitos tributários, a alternativa de sonegar o tributo com o fim de aplicar no mercado financeiro o valor não recolhido, mesmo nas hipóteses de a sonegação ser descoberta, denota-se alternativa com retorno positivo aos contribuintes.

Verifique-se, na tabela e nos gráficos a seguir, a comparação entre a evolução dos seguintes valores de 2002 a 2009 (8 anos):

- 1) débito tributário de R\$ 100.000,00, com a concessão de desconto de 45% nos juros (benesse do Refis);
- 2) R\$ 100.000,00 aplicados na poupança;
- 3) R\$ 100.000,00 aplicados em fundos de renda fixa;
- 4) R\$ 100.000,00 aplicados em títulos públicos federais, ou seja, emprestados ao próprio Governo.

¹³¹ No caso de adesão ao pagamento à vista.

Tabela 10 - Evolução de 2002 a 2009 de R\$ 100.000 Corrigidos por SELIC vs CDB vs Poupança vs REFIS (Selic – 45%)

ANO	TAXAS PARA SELIC (TÍTULO PÚBLICO PÓS-FIXADO) APLICADA SOBRE VALOR-BASE DE R\$ 100.000,00	TAXA DE RENDA FIXA (CDB) APLICADA SOBRE VALOR-BASE DE R\$ 100.000,00	JUROS DE POUPANÇA APLICADO SOBRE VALOR-BASE DE R\$ 100.000,00	DÉBITO SONEGADO - ADESÃO AO REFIS - DESCONTO DE 45% NA SELIC APLICADA SOBRE VALOR-BASE DE R\$ 100.000,00
2002	R\$ 119.103	R\$ 118.797	R\$ 109.143	R\$ 119.103
2003	R\$ 146.881	R\$ 144.462	R\$ 121.261	R\$ 146.881
2004	R\$ 170.740	R\$ 166.731	R\$ 131.082	R\$ 170.740
2005	R\$ 203.389	R\$ 197.000	R\$ 143.110	R\$ 203.389
2006	R\$ 234.447	R\$ 225.564	R\$ 155.033	R\$ 234.447
2007	R\$ 262.528	R\$ 249.527	R\$ 166.973	R\$ 262.528
2008	R\$ 294.952	R\$ 278.477	R\$ 180.170	R\$ 294.952
2009 - Valor a Pagar/Receber	R\$ 279.676	R\$ 263.470	R\$ 192.639	R\$ 223.527

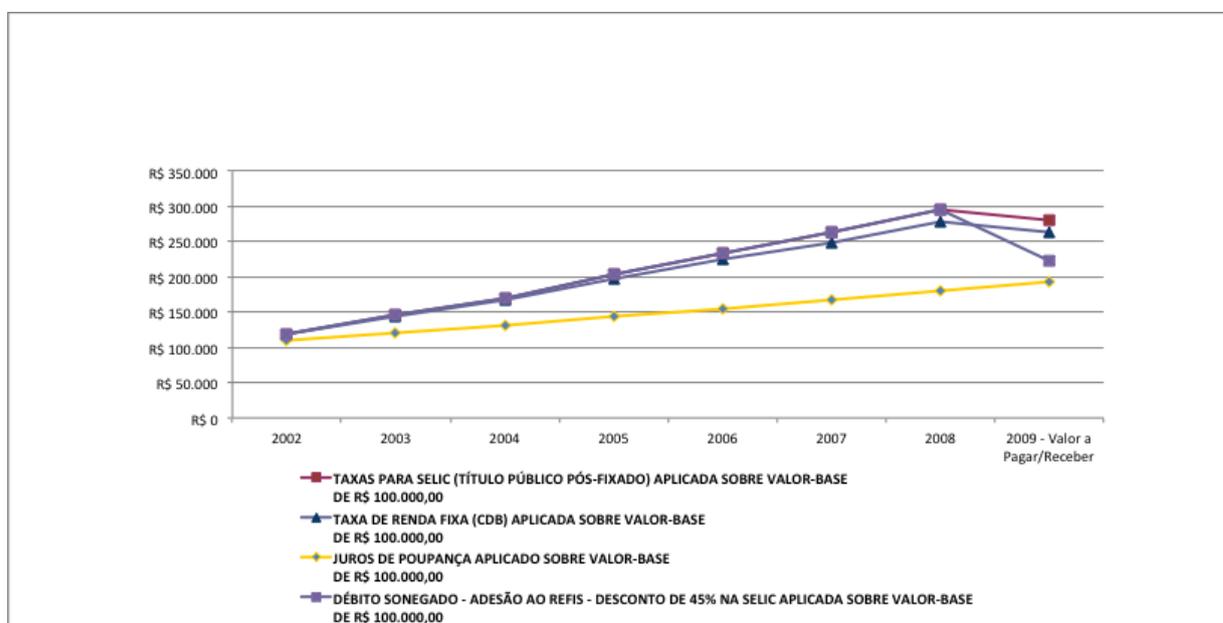
Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹³²

Sobre o valor acumulado da CDB e da aplicação em títulos públicos foram descontados 20% de imposto de renda.

Sobre o valor acumulado da Selic foi aplicado desconto de 45% conforme disposto no Refis

Gráfico 8 – Evolução de 2002 a 2009 de R\$ 100.000 Corrigidos por SELIC vs CDB vs Poupança vs REFIS (Selic – 45%)



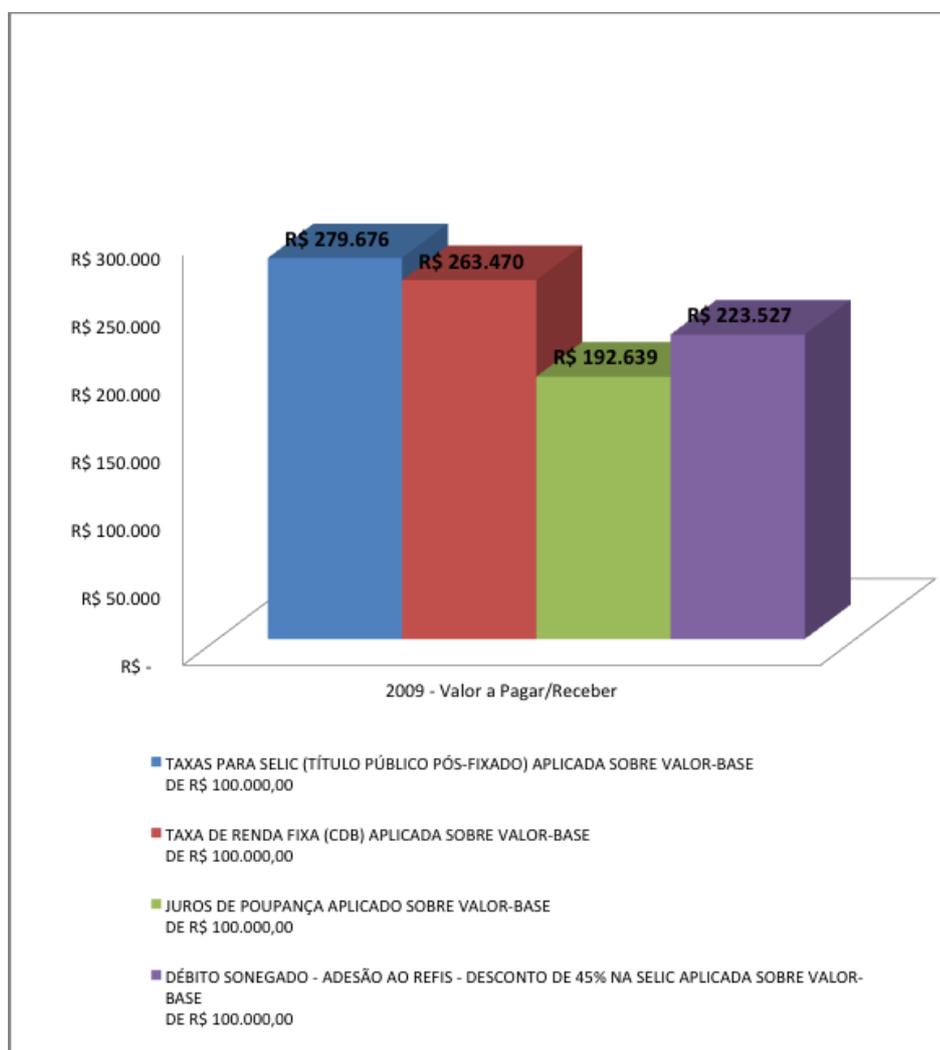
Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹³³

¹³² BANCO CENTRAL (BRASIL). Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

¹³³ Id. Ibid.

Gráfico 9 – Saldo Acumulado de 2002 a 2009 de R\$ 100.000 Corrigidos por SELIC vs CDB vs Poupança vs REFIS (Selic – 45%)



Fonte: O Autor

Nota: Os dados foram retirados de Banco Central¹³⁴

Diante da análise da tabela e dos gráficos anteriormente transcritos, depreende-se que apenas no caso de aplicação em poupança não seria mais vantajoso ao contribuinte sonegar e aplicar o valor sonegado no mercado financeiro.

A **opção por sonegar, aplicar o dinheiro em títulos públicos federais e posteriormente pagar o débito por meio de adesão ao Refis geraria um benefício**, já descontado o valor do imposto de renda, de **R\$ 56.148,82**.

¹³⁴ BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

Por sua vez, a opção por sonegar e aplicar o dinheiro em CDB para posteriormente pagar o débito por meio de adesão ao Refis geraria um benefício, também já descontado o valor do imposto de renda, de **R\$ 39.942,74**.

É importante ressaltar, ainda, que o caso hipotético em estudo mostra o rendimento para as situações em que o sonegador é descoberto, pois, nos casos em que ele não é descoberto, o seu benefício equivale ao montante total do valor sonegado acrescido do rendimento obtido em cada umas das aplicações.

5.5.2 Consolidação dos débitos tributários: mora do Estado em favor dos inadimplentes

Além das anistias já analisadas, que representaram o perdão de até 100% das penalidades aplicadas, **os contribuintes inadimplentes se depararam com outra grande benesse**.

Em virtude da mora da administração tributária em consolidar os débitos dos contribuintes que requereram parcelamento nos termos da Lei n.º 11.941/2009, **foi permitido** a todos aqueles contribuintes que não estivessem inscritos em outro programa de parcelamento¹³⁵ **obterem certidão positiva de débito com efeito de negativa**, bastando, para tanto, **o pagamento da parcela de R\$ 100,00 mensais, não importando o valor devido, se mil reais ou se cem milhões de reais**¹³⁶.

A Lei n.º 11.941/2009 previu, em seu art. 1.º, § 6.º, que a dívida objeto de parcelamento seria consolidada na data do requerimento do contribuinte¹³⁷. Entretanto, a administração tributária verificou que não teria condições de cumprir essa disposição da lei, ou seja, consolidar os débitos dos contribuintes no exato momento do requerimento.

¹³⁵ Aqueles contribuintes que já tivessem outro parcelamento, enquanto seus débitos não fossem consolidados, teriam de continuar pagando no mínimo 85% da parcela do programa especial anterior.

¹³⁶ A possibilidade de pagamento de parcela módica de R\$ 100,00 foi divulgada em diversos meios de comunicação, a exemplo do Jornal Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/785071/parecer-regula-emissao-de-certidoes>>. Acesso em 28 jan 2012.

¹³⁷ Lei n.º 11.941/2009

Art. 1.º

§ 6.º Observado o disposto no art. 3.ª desta Lei, a dívida objeto do parcelamento **será consolidada na data do seu requerimento** e será dividida pelo número de prestações que forem indicadas pelo sujeito passivo, nos termos dos §§ 2.º e 5.º deste artigo, não podendo cada prestação mensal ser inferior a:

I - R\$ 50,00 (cinquenta reais), no caso de pessoa física; e

II - R\$ 100,00 (cem reais), no caso de pessoa jurídica (BRASIL, 2009).

Diante disso, quando a mencionada lei foi regulamentada por meio da Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 6, de 22 de julho de 2009¹³⁸, restou estabelecido que a consolidação dos débitos dos contribuintes optantes pelo parcelamento somente se daria a partir do fornecimento por eles de informações necessárias à consolidação. Restou consignado também que o fisco divulgaria o momento em que seria aberto prazo para que as informações fossem prestadas pelos contribuintes, conforme se extrai da redação do art. 15, *caput* e §§ 2.º e 3.º, da portaria em referência:

Art. 15. Após a formalização do requerimento de adesão aos parcelamentos, **será divulgado**, por meio de ato conjunto e nos sítios da PGFN e da RFB na Internet, o **prazo para que o sujeito passivo apresente as informações necessárias à consolidação do parcelamento**.

.....
 § 2.º No momento da consolidação, o sujeito passivo que aderiu aos parcelamentos previstos nesta Portaria deverá indicar os débitos a serem parcelados, o número de prestações e os montantes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL a serem utilizados para liquidação de valores correspondentes a multas, de mora ou de ofício, e a juros moratórios.

§ 3.º O sujeito passivo que aderiu aos parcelamentos previstos nesta Portaria que não apresentar as informações necessárias à consolidação, no prazo estipulado em ato conjunto referido no *caput*, terá o pedido de parcelamento cancelado, sem o restabelecimento dos parcelamentos rescindidos, em decorrência do requerimento efetuado¹³⁹.

Diante da impossibilidade de ser feita a imediata consolidação dos débitos e, com isso, a verificação do montante devido por cada um dos contribuintes, a Administração, em agosto de 2009¹⁴⁰, entendeu que, como a mora era do próprio Estado, não poderia ser impingido prejuízo aos contribuintes e, assim, deveria ser expedida certidão de regularidade fiscal para todos os contribuintes que estivessem inscritos no parcelamento e adimplentes com as prestações.

Ocorre que somente em 7 de junho de 2011, mais de dois anos após a publicação da Lei n.º 11.941/2009, é que a Receita Federal do Brasil publicou em seu sítio na internet mensagem acerca do início do prazo para prestação de informações visando à consolidação dos débitos¹⁴¹.

¹³⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. Portaria Conjunta PGF/RFB n.º 6, de 22 de julho de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 jul. 2009. Disponível: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Portarias/2009/PortariaConjunta/portconjuntaPGFNRF006.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2012>.

¹³⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. Portaria Conjunta PGF/RFB n.º 6, de 22 de julho de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 jul. 2009. Disponível: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Portarias/2009/PortariaConjunta/portconjuntaPGFNRF006.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2012>.

¹⁴⁰ Ver Parecer PGFN CAT n.º 1.787/09 cujo extrato está disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-11/advogados-simples-adesao-refis-impeca-penhora-bens>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

¹⁴¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Entre junho e julho, 359.335 mil pessoas jurídicas optantes pelo Refis da Crise devem indicar débitos que desejam parcelar**. Brasília, 07 jun. 2007. Disponível em:

Registre-se que por mais de dois anos os contribuintes inscritos no “Refis da Crise” que não tinham outro parcelamento pagaram somente R\$ 100,00 mensais, obtiveram certidão de regularidade fiscal e tiveram eventuais execuções suspensas.

É importante frisar também que, até janeiro de 2012, passados quase três anos da edição do programa de parcelamento em referência, a situação anteriormente narrada se mantinha para diversos contribuintes, uma vez que não se tinha notícia de a administração tributária ter concluído a consolidação de todos os débitos.

Ressalte-se, ainda, que a parcela de R\$ 100,00 mensais era para ser a parcela mínima (piso de cobrança) do parcelamento¹⁴², contudo, em virtude da mora da administração em apurar o montante devido por cada contribuinte, o mencionado valor se tornou, na prática, o valor máximo (teto) cobrado dos contribuintes que aderiram ao Refis e que não tinham outro parcelamento.

Esse prazo de carência que foi concedido aos contribuintes para que iniciassem o pagamento das parcelas reais de seus respectivos parcelamentos foi mais um elemento que contribuiu para o aumento do retorno esperado daqueles que declararam seus tributos e não os pagaram, ou simplesmente sonegaram.

5.6 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, resta claro que a edição de programas de anistia de penalidades e de juros pelo Estado instaura ambiente prenhe de risco moral, uma vez que incentiva os contribuintes a alterarem seus comportamentos, no sentido oposto ao desejado pelo Estado. Aqueles que antes pagavam seus tributos têm o incentivo de não mais os recolherem e, por sua vez, aqueles que já sonegavam são incentivados a incrementar a sonegação.

Os potenciais efeitos adversos dos programas de parcelamento sobre o comportamento dos contribuintes são ressaltados inclusive pela própria administração tributária, conforme se

<http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2011/06/07/2011_06_07_14_57_34_844148837.html>.

Acesso em: 26 jan. 2012.

¹⁴² Lei n.º 11.941/2009

Art. 1.º

§ 6. Observado o disposto no art. 3.º desta Lei, a dívida objeto do parcelamento será consolidada na data do seu requerimento e será dividida pelo número de prestações que forem indicadas pelo sujeito passivo, nos termos dos §§ 2.º e 5.º deste artigo, não podendo cada prestação mensal ser inferior a:

I - R\$ 50,00 (cinquenta reais), no caso de pessoa física; e

II - R\$ 100,00 (cem reais), no caso de pessoa jurídica (BRASIL, 2009).

pode extrair das palavras do secretário da Receita Federal, quando afirmou: o chamado "Refis da Crise" foi o último, trata-se de um expediente que induz o comportamento do contribuinte, que deixa de pagar porque sabe que será acolhido em um novo parcelamento especial¹⁴³.

Mesmo diante de assertivas como a do Secretário de Receita Federal do Brasil, não se tem qualquer elemento de convicção que afaste a confiança dos contribuintes de que brevemente haverá outra edição do Refis. Enquanto isso, as regras dos programas passados se prestarão como fortes incentivos à sonegação e à inadimplência tributária.

¹⁴³ OLIVEIRA, Ribamar; VILLAVERDE, João. Não haverá mais nenhum Refis, afirma secretário. **Valor Econômico**, Brasília, 21 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/impreso/economia/nao-havera-mais-nenhum-refis-afirma-secretario>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

6 CONCLUSÃO

Utilizou-se neste estudo o ferramental teórico da AED que toma emprestadas da economia teorias e metodologias próprias para o juízo de prognose das consequências geradas pelas leis e decisões judiciais e para estudar como os agentes sociais respondem a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos.

O presente trabalho teve dois objetivos. O primeiro deles foi identificar os principais contornos e alguns efeitos da **assimetria de informações** na relação entre a administração tributária e os contribuintes. Já o segundo objetivo consistiu em analisar a **potencial interferência das regras tributárias no comportamento dos contribuintes**.

A assimetria de informações é problema presente em qualquer administração tributária, uma vez que não é possível aos Estados terem o mesmo conhecimento que seus contribuintes acerca das transações por eles realizadas (venda de mercadorias, prestação de serviços, salários recebidos, etc.), eis a razão de o Estado ter de monitorar seus contribuintes, seja por meio de fiscalização, seja pela imposição de obrigações acessórias.

Ao analisar a atividade de monitoramento dos contribuintes, este estudo não se limitou a dissertar sobre a natureza jurídica das obrigações acessórias ou a discutir os limites da atividade fiscalizatória; fez-se, sim, ampla análise do papel desse monitoramento, de sua eficiência e dos custos envolvidos. Demonstrou-se que os custos do sistema tributário não se restringem ao valor dos tributos cobrados e aos gastos administrativos do Estado com fiscalização e cobrança. Explicitou-se que devem ser considerados também no custo social total do sistema tributário os **custos de distorções dos tributos** (peso morto) e os custos dos contribuintes para estarem em conformidade com as regras editadas pelo Estado (**custos de conformidade**).

Quanto aos **custos de distorção**, explicitou-se que determinadas regras tributárias criam peso morto, ou seja, incentivam a alocação ineficiente de recursos e, portanto, destroem riquezas.

Ainda no que se refere ao monitoramento dos contribuintes, este trabalho não se limitou ao senso comum de afirmar ser demasiada a quantidade de **obrigações acessórias**, mas buscou demonstrar que tais obrigações deveriam ser alocadas com eficiência, ou seja, **deveriam ser imputadas àquele que com menor custo pudesse cumpri-las, às vezes será o contribuinte, e em outras vezes será o Estado**.

Demostrou-se assim que, caso o Estado possa obter determinada informação com menos custo do que aqueles que os contribuintes terão para prestá-la, e mesmo assim opte por alocar tal encargo aos contribuintes, essa opção estatal será ineficiente. Essa ineficiência aumentará o custo social total do sistema tributário, tornando mais pobre a sociedade.

Não obstante isso, o fisco brasileiro aparenta optar sempre, sem fazer qualquer estudo prévio de custo-benefício, por diminuir seus custos administrativos, repassando toda a sorte de obrigações aos contribuintes, sem identificar se essa alternativa realmente é a mais eficiente.

Não parece estar claro para a administração tributária inexistirem interesses antagônicos do fisco e dos contribuintes no que se refere ao custo da arrecadação tributária. Ressalte-se que, quanto menor o custo operacional tributário (custo do Estado para arrecadar + custo do contribuinte para cumprir obrigações), mais sobrarão riquezas que poderão se prestar a que o Estado aumente os gastos nas finalidades públicas, ou a que o contribuinte pague menos tributos, ou ambos.

Este estudo demonstrou que a administração tributária tem grande preocupação em diminuir a assimetria de informações quanto aos fatos geradores de tributos, embora não faça, é bem verdade, a alocação eficiente das obrigações acessórias. Entretanto, quanto ao conhecimento do potencial comportamento de seus contribuintes diante das regras tributárias, a atenção não aparenta ser a mesma, sobretudo quando se depara com os fortes incentivos à litigância e à sonegação tributárias identificados neste trabalho.

Restou assentado que os contribuintes, por serem agentes racionais maximizadores de utilidade, tenderão a se comportar de forma estratégica diante do sistema tributário com o fim de obter o maior retorno possível de suas condutas.

Aprofundando o estudo do comportamento dos contribuintes, foi feita análise econômica da litigância e da sonegação, sob o pressuposto de que, quando o retorno esperado do contribuinte com determinada conduta for positivo, ele tenderá a realizá-la, pois, com isso, estará maximizando a sua utilidade. Nesse ponto do trabalho, avaliaram-se as alternativas e os respectivos retornos de uma empresa que precisasse investir em sua atividade determinado montante de recursos e que tinha obrigação tributária no mesmo valor que pretendia captar.

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

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

Diante de todos os fatores analisados, concluiu-se que os elevadíssimos índices de taxa de juros cobrados pelo sistema financeiro às empresas e a morosidade tanto dos órgãos administrativos quanto dos órgãos judiciais de solução de demandas tributárias tornam o financiamento privado por meio da postergação do pagamento de tributos ou simplesmente pela a sonegação, inclusive nos casos em que ela é descoberta, opção substancialmente mais vantajosa para os contribuintes do que a obtenção de empréstimos bancários.

Por sua vez, a implementação de medidas para diminuir o tempo de resposta do aparelho estatal aos processos administrativos e judiciais tributários seria alternativa eficiente para diminuir o retorno esperado dos contribuintes que se utilizam da litigância e da sonegação como formas de financiamento privado.

Por fim, foi realizada análise econômica dos programas de parcelamento de débitos tributários lançados pelo governo federal. Verificou-se que em nove anos houve seis edições desse tipo de programa. Depreendeu-se que, não obstante a intenção da edição de tais programas, segundo o governo federal, ter sido melhorar a arrecadação e diminuir o estoque da dívida tributária, a arrecadação com esses programas de parcelamento demonstrou-se pouco expressiva, tendo correspondido a aproximadamente 1% do estoque da dívida ativa nos anos de 2008 a 2010.

A principal benesse veiculada nesses programas de parcelamento foi o perdão total ou parcial de penalidades. Para avaliar os potenciais efeitos dessa anistia sobre o comportamento dos contribuintes, tomou-se emprestado da análise econômica do crime o modelo de retorno esperado dos criminosos.

Empregou-se o referido modelo para analisar as benesses veiculadas no mais recente programa de parcelamento (*Refis da Crise*). Este último programa estabeleceu perdão de 100% para as multas de mora e de ofício e para o encargo legal, nos caso de pagamento à vista do débito. Em virtude do perdão de 100% das penalidades e diante de uma probabilidade

de descoberta da sonegação usualmente inferior a 100%, concluiu-se que o benefício esperado pelos sonegadores que aderirem ao Refis sempre será positivo.

Ressalte-se, ainda, que o mencionado programa, além de ter perdoado as penalidades, concedeu desconto de 45% nos juros incidentes sobre o débito daqueles que optassem pelo pagamento à vista, tornando rentável, inclusive, a opção por sonegar e aplicar o dinheiro sonegado em títulos públicos, ou seja, emprestar para o próprio Governo o dinheiro sonegado, ou ainda aplicar o dinheiro em investimentos de renda fixa como o CDB.

Não há dúvidas, portanto, de que a edição de programas de anistia de penalidades e de juros pelo Estado instaura **ambiente prenhe de risco moral**, uma vez que incentiva os contribuintes a alterarem seus comportamentos, no sentido oposto ao desejado pelo Estado. Aqueles que antes pagavam seus tributos têm o incentivo de não mais os recolherem e, por sua vez, aqueles que já sonegavam são incentivados a incrementar a sonegação.

Diante de tudo que foi analisado, depreende-se que a União tem três grandes desafios: **1)** diminuir os custos operacionais tributários e alocar de forma mais eficiente os encargos necessários à diminuição da assimetria de informações; **2)** empreender medidas no sentido de diminuir o tempo de resposta do aparelho estatal aos processos administrativos e judiciais tributários; e **3)** editar regras tributárias que gerem mais confiança no Estado e menos efeitos adversos na conduta dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

AGGARAWAL, Rimijhim M.; LICHTENBERG, Erik. Pigouvian taxation under double moral hazard. **Journal of Environmental Economics and Management**, v. 49, p.301-310, 2005.

AKERLOF, George A. The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, p. 488-500, Ago. 1970.

ALBANESI, Stefania; SLEET, Christopher. Dynamic optimal taxation with private information. **Review of Economic Studies**, v. 73, p. 1-30, 2006.

ALENCAR, Carlos H. R.; GICO JUNIOR, Ivo T. When crime pays: measuring judicial performance against Corruption in Brazil. **Revista Direito FGV**, v. 7, p. 77-98, 2011.

ALM, James. **Tax compliance and administration**. Boulder: University of Colorado, 1998. (Working Paper n. 98-12).

_____. Uncertain tax policies, individual behavior, and welfare. **The American Economic Review**, v. 78, p. 237-245, 1988.

AMARAL, Gilberto Luiz et al. **Quantidade de normas editadas no Brasil: 22 anos da Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, 2010. Disponível em:
<http://ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13873&pagina=0> . Acesso em: 31 out 2011.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. **Legística: qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

ANTELO, Manel; LOUREIRO, Maria. Asymmetric information, signaling and environmental taxes in oligopoly. **Ecological Economics**, n. 68, p 1430-1440, 2009.

ATKINSON, A.B.; STIGLITZ, J. E. The design of tax structure: direct versus indirect taxation. **Journal of Public Economics**, v. 6, p. 55-75, 1976.

BANCO CENTRAL (BRASIL). **Sistema Gerenciador de Séries Temporais – v2.1.**

Disponível em: <

<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 23 jan. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. 3 tir. São Paulo: Saraiva, 2006. 427 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Coord. Ives Gandra Martins. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. José Cretella Júnior (Trad.). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Augusto Alfredo. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment: an economic approach 1976. **The Journal of Political Economy**, n. 2, p. 169-217, mar./abr.1968.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

BERTOLUCCI, Aldo Vincenzo. **Os custos de administração dos Tributos Federais no Brasil**: comparações internacionais e propostas para aperfeiçoamento. 2005. 110 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade – Universidade de São Paulo São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-19012006-091616/>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

BIERBRAUER, Felix; SAHM, Marco. Optimal democratic mechanisms for taxation and public good provision. **Journal of Public Economics**, v. 94, p. 453-466, 2010.

BOADWAY, R.; GAHVARI, F. Optimal taxation with consumption time as a leisure or labor substitute. **Journal of Public Economics**, v. 90, p.1851–1878, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRANDLY, Mark. **Austrians and their precursors on taxation**. Disponível em: <<http://mises.org/pdf/asc/brandly.PDF>>. Acesso em: 19 jun. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 23 out. 2011.

_____. **Justiça em Números 210: Justiça Estadual**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf>. Acesso em 22 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969. **Diário Oficial**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1025.htm>. Acesso em: 1 out. 2011.

_____. Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 ago. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1569.htm>. Acesso em: 1 out. 2011.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 23 mar. 1964. p. 2745. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 14 jul. 2010.

_____. Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov. 1964. Supl. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4502.htm>. Acesso em: 25 set. 2011.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 out. 1966. p. 12452. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 1 jun. 2010.

_____. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. **Diário Oficial**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 dez. 1996. p. 28805. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.430-1996?OpenDocument>. Acesso em: 25 set. 2011.

_____. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 maio 2003. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leis/2003/lei10684.htm>>. Acesso em 17 jun. 2011.

_____. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 maio 2009. p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111941.htm>. Acesso em: 13 nov. 2011.

_____. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 jul. 2011. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm>. Acesso em: 22 jan. 2012

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). **Institucional**. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>>. Acesso em: 25 set. 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Balço Geral da União-2009**. Brasília, [2010]. Disponível em: <http://www.pgfn.gov.br/divida-ativa-da-uniao/dados-estatisticos/dados_estatisticos.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Análise da arrecadação das Receitas Federais**. Brasília, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2008/Analisemensaldez08.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011

_____. **Análise da arrecadação das Receitas Federais**. Brasília, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2009/Analisemensaldez09.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. **Análise da arrecadação das Receitas Federais**. Brasília, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2010/Analisemensaldez10.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. **Análise da arrecadação das Receitas Federais**. Brasília, nov. 2011. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2003/Analisemensaldez03.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

_____. **Entre junho e julho, 359.335 mil pessoas jurídicas optantes pelo Refis da Crise devem indicar débitos que desejam parcelar.** Brasília, 07 jun. 2007. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2011/06/07/2011_06_07_14_57_34_844148837.html>. Acesso em: 26 jan. 2012.

_____. **Receita tece comentários sobre estudo do Banco Mundial.** Brasília, 29 nov. 2007. (Nota Técnica, n. 42). Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFSinot/2007/11/29/2007_11_29_18_46_28_957347139.html>. Acesso em: 13 jul. 2010.

_____. Portaria Conjunta PGF/RFB nº 6, de 22 de julho de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 jul. 2009. Disponível: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Portarias/2009/PortariaConjunta/portconjuntaPGFNRFB006.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Relatório de gestão:** exercício 2009. Brasília, [2010]. Disponível em: <http://www3.pgfn.fazenda.gov.br/institucional/relatorio-de-gestao/gestao_2009.pdf> . Acesso em: 14 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº EDcl no REsp 953460 / MG de Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, 09 de Agosto de 2011. Ator: Banco Santander do Brasil S/A/. HH Picchioni S/A Corretora de Câmbio e Valores Imobiliários. Demandado: Os mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 19 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 81.929. Rel. p/ o Acórdão: Min. Cezar Peluso. Ementa: AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. **Jurisprudência, n. 38, 10 mar. 2004. Disponível em:** <http://ccr2.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_decisoes_trib/stf/acao_penal.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Cálculo de custas e despesas processuais na 1ª e 2ª instâncias da 1ª Região.** Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Processos/CalculoDeCustas/index.php>>. Acesso em: 24 set. 2011

BRUNETTI, Lucas. **Assimetria de informação no mercado brasileiro de saúde suplementar:** testando a eficiência dos planos de cosseguro. 2010. 108 f. Dissertação

(Mestrado) - Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, ESALQ, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2010.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **Yale Law Journal**, p. 499-533, 1961.

CARMO, Cláudio Roberto da Silva. **O problema da assimetria de informações nas atividades da Receita Federal do Brasil**. 50 f. Dissertação (Mestrado em Teoria Econômica) – Universidade de São Paulo. 1º lugar no 4º Prêmio Schöntag, Secretaria da Receita Federal, 2005. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/schontag/Monografias_premiadas_arquivos/monografia/monografias%204º/1º%20lugar%20CLAUDIO%20ROBERTO%20DA%20SILVA%20CARMO.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2011.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3., p. 1-44, Oct. 1960.

_____. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, 19 Feb. 2007. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x/pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. 559 p.

CRISTO, Alessandro. Adesão ao Refis pode impedir penhora, dizem advogados. **Consultor Jurídico**, 11 out. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-11/advogados-simples-adesao-refis-impeca-penhora-bens>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

DECLARAÇÃO de IR de empresa acaba até 2014. **Folha.com**, São Paulo, 06 dez. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1017024-declaracao-de-ir-de-empresa-acaba-ate-2014.shtml>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

DIRER, A. The taxation of life annuities under adverse selection. **Journal of Public Economics**, v. 94, n.1-2, p.50-58, 2010.

EGGERT, Wolfgang. The taxation of financial capital under asymmetric information and the tax-competition paradox. **Scandinavian Journal of Economics**, v. 106, n. 1, p. 83-105, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Obrigação tributária acessória e limites de Imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria Geral da Obrigação Tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRANCO, Gustavo H. B. O Judiciário e a economia. In: _____. **Crônicas da convergência ensaios sobre temas já não tão polêmicos**. Rio de Janeiro: Top Books, 2006. p. 206-211.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças públicas: teoria e Prática no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

_____. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2006.

GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. **Estimativa da carga tributária entre 2002 e 2009**. Brasília: IPEA, 2010. (Nota Técnica, n. 16). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100312_nt16dimac_cargatributria.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Transação tributária: introdução à Justiça Fiscal Consensual**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 168 p.

GRESHAM'S LAW. In: ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/245850/Greshams-law?anchor=ref725642>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

HACK, Érico; DALLAZEM, Dalton Luiz. **Parcelamento do crédito tributário**. Curitiba: Juruá, 2008.

HASHIMZADE, Nigar et al. Country characteristics and preferences over tax principles. **Int Tax Public Finance**, v. 18, p. 214-232, 2011.

HO, Wai-Hong. Factor income taxation and growth under asymmetric information, **Journal of Public Economics**, v. 91, p. 775-789, 2007.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

IGNÁCIO, Laura. Parecer regula emissão de certidões. **Valor Econômico**, São Paulo, 25 set. 2009. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/arquivo/785071/parecer-regula-emissao-de-certidoes>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal**: variações relevantes. Brasília, 19 abr. 2011. (Comunicados IPEA, n. 87). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110419_comunicadoipea87.pdf>. Acesso em: 23 set. 2011.

ISSALYS, Pierre. Curso de logística comparada. Entrevistadora: **Revista da Faculdade de Direito do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 49, p. 313-318, Jul./Dez. 2006.

JEON, Doh-Shin; LAFFONT, Jean-Jacques. The efficient mechanism for downsizing the public sector. **The World Bank Economic Review**, v. 13, n. 1, p. 67-88, 1999.

KANBUR, Ravi. Moral hazard, income taxation and prospect theory. **The Scandinavian Journal of Economics**, v. 110, n. 2, p. 321-337, 2008.

KEUCHNIGG, Christian; NIELSEN, Soren Bo. Progressive taxation, moral hazard, and entrepreneurship. **Journal of Public Economic Theory**, v. 6, p. 471-490, 2004.

KORNHAUSER, Lewis A. Economic rationality in the analysis of legal rules and institutions. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Ed.). **The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell, 2005.

KREPS, David M. **A course in microeconomic theory**. Princeton: Princeton University, 1990.

LAN, Yanfei; ZHAO, Ruiqing; TANG, Wansheng. A bilevel fuzzy principal-agent model for optimal nonlinear taxation problems. **Fuzzy Optimization and Decision Making**, Sept. 2011.

- LEE, Sang-Ho; KIM, Iltae. Self-selection and optimal nonlinear effluent charges. **Environmental and Resource Economics**, v. 16, 2000.
- LEROUX, Marie-Louise. Endogenous differential mortality, non contractible effort and non-linear taxation. **Int Tax Public Finance**, v.18, p. 56-73, 2011.
- LIMA, Edilberto Carlos Pontes. **Reforma tributária no Brasil: entre o ideal e o possível**. Brasília: IPEA, 1999. (Texto para Discussão IPEA, n. 666).
- MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões a respeito da obrigação tributária acessória. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria Geral da Obrigação Tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 294-310.
- MARTINEZ-COLL J.; HIRSHLEIFER J. The limits of reciprocity. **Rationality and Society**, v. 3, p. 35-64. 1991.
- MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, propriedade, e igualdade fiscal: sob elementos de direito & economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- MIGLO, A. A note on corporate taxation, limited liability, and asymmetric information. **Journal of Economics**, Netherlands, v. 92, n. 1, p. 11-19, 2007.
- MISES, Ludwig Von. **Socialism: an economic and sociological analysis**. Alburn: The Ludwig Von Mises Institute, 1951. p. 492.
- MONTESQUIEU, Charles de Scondat. **O Espírito das Leis**. Fernando Henrique Cardoso (Trad.). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORESI, Serg, Optimal taxation and firm formation: a model of asymmetric information. **European Economic Review**, v. 42, p. 1525-1551, 1998.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. As vicissitudes do crédito previdenciário em face das obrigações acessórias. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 86, p. 30-39, abr. 2008.
- NISHIMURA, Yukihiro. Redistributive taxation and social insurance under adverse selection in the insurance market. **Int Tax Public Finance**, v. 19, p. 176-197, 2009.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University, 2007. 152 p.

OLIVEIRA, Ribamar; VILLAVERDE, João. Não haverá mais nenhum Refis, afirma secretário. **Valor Econômico**, Brasília, 21 nov. 2011. Disponível em: <<<http://www.valor.com.br/impreso/economia/nao-havera-mais-nenhum-refis-afirma-secretario>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

OSMUNDSSEN, Petter et al. Personal income taxation under mobility, exogenous and endogenous welfare weights, and asymmetric information. **Journal of Population Economics**, v. 13, p. 623-637, 2000.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of law and economics**. North-Holland: Amsterdam, 2008.

PYNDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

RIBEIRO, Roberto Name; BUGARIN, Mirta Noemi Sataka. Fatores determinantes e evolução da economia submersa no Brasil. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 33, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://www.usp.br/estecon/index.php/estecon/article/view/365/122>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do Direito**. Almedina: Coimbra, 2007.

ROEMER, Jonh E. The political economy of income taxation under asymmetric information: the two-type case. **Journal of The Spanish Economic Association**, Feb. 2011.

RUSSO, Gerard. Optimal commodity taxation with moral hazard and unobservable outcomes. **International Journal of Health Care Finance and Economic**, Netherlands, v. 3, p. 53-71, 2003.

SALANIÉ, Bernard. **The economics of taxation**. Massachusetts: MIT, 2003.

SANDFORD, Cedric. **Minimising administrative and compliance costs in more key issues in tax reform**. Bath: Fiscal Publications, 1995.

SANT'ANA, Tânia Paula; ALMEIDA, Roberto de. **Encargo legal e honorários de sucumbência**: Auditoria do FUNDAF. Brasília: Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional, 2009. Disponível em:
<<http://www.sinprofaz.org.br/s/galeria/publicacoes>>. Acesso em: 1 out. 2011.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Relatório final NEF 2009**: reforma do Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF)/CARF: excelência, celeridade e eficiência. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009. Disponível em:
<<http://invente.com.br/nef/files/upload/2011/05/19/relatorio-final-completo-nef-2009-v-1-0.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2011.

SANTOS, Cláudio Hamilton dos et al. **A evolução da carga tributária bruta brasileira no período 1995-2007**: tamanho, composição e especificações econométricas agregadas. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em:
<http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1350.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2011.

SAUTER, Nicolas; WINTER, Joachim. Do investors respond to tax reform? Evidence from a natural experiment in Germany. **Economics Letters**, v.108, p.193–196, 2010.

SCHONS, Regina Cezar. Proposta de redução da carga tributária diminuindo as obrigações acessórias. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 11, maio 2006. Disponível em:<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/regina_schons.htm> Acesso em: 04 jul. 2010.

SHUGHART II, Willim F. (Ed.). **Taxing Choice**: The Predatory Politics of Fiscal Discrimination. New Brunswick: TransactionPublishers, 1997.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. São Paulo: Madras, 2009.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

STIGLITZ, Joseph E. **Economics**. New York: Norton & Company, 1997.

STRAND, Jonh. Efficient environmental taxation under moral hazard. **European Journal of Political Economy**, v. 15, p. 73-88, 1999.

THE LECTRIC LAW LIBRARY. **McCulloch v. Maryland, 1819**. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/files/case15.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Regulatory tobacco tax framework a feasible solution to a global health problem**. Belo Horizonte: Forum, 2010.

VIOL, Andrea Lemgruber; RODRIGUES, Jefferson José. **Tratamento tributário da micro e pequena empresa no Brasil**. Brasília: Secretaria da Receita Federal, Coordenação-Geral de Estudos Econômico-Tributários, 2000. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/09TratamentoTributarioMicroPequenaEmpresa.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

WESTERHOUT, E. W. M. T. The capital tax and welfare effects from asymmetric information on equity markets, International. **Tax and Public Finance**, v. 9, n. 3, p. 219-233, 2002.

WEYMARK, Jonh A. Comparative static properties of optimal nonlinear income taxes. **Econometrica**, v. 55, n. 5, p. 1165-1185, set. 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1911266>> Acesso em: 26 jan. 2012.

WORLD BANK; PRICEWATERHOUSECOOPERS. **Paying taxes 2010**: the global picture. Washington, DC, 2009. p. 10. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/reports/~media/FDKM/Doing%20Business/Documents/Special-Reports/DB10-Paying-Taxes.pdf>> Acesso em: 1 nov. 2011