

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

BRUNO SARMENTO BARBOSA

**ANÁLISE ECONÔMICA DAS NORMAS CONCEDENTES DE INCENTIVOS
FISCAIS E SUA APTIDÃO PARA PROVER DIREITOS SOCIAIS: UM ESTUDO
SOBRE A EFICIÊNCIA DO PRODESIN**

Maceió
2014

BRUNO SARMENTO BARBOSA

**ANÁLISE ECONÔMICA DAS NORMAS CONCEDENTES DE INCENTIVOS
FISCAIS E SUA APTIDÃO PARA PROVER DIREITOS SOCIAIS: UM ESTUDO
SOBRE A EFICIÊNCIA DO PRODESIN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Adrualdo de Lima Catão

Maceió
2014

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Dilma Maria dos Santos Cunha

B239a Barbosa, Bruno Sarmiento.

Análise econômica das normas concedentes de incentivos fiscais e sua aptidão para prover direitos sociais : um estudo sobre a eficiência do PRODESIN / Bruno Sarmiento Barbosa, 2014.

165 f.

Orientador: Adualdo de Lima Catão.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2014.

Bibliografia: f. 162-165.

1. Análise econômica do Direito. 2. Incentivos fiscais. 3. PRODESIN. I. Título.

CDU: 346.1



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO FINAL

Em sessão pública, no dia primeiro de agosto de dois mil e quatorze, às quatorze horas, no miniauditório da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA / UFAL, deu-se início a Defesa de DISSERTAÇÃO FINAL DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, com área de concentração em Fundamentos Constitucionais dos Direitos, do aluno Bruno Sarmento Barbosa, orientando do Prof. Dr. Adualdo De Lima Catão, intitulada: “**Análise Econômica das Normas concedentes de incentivos fiscais e sua aptidão para prover direitos sociais: um estudo sobre a eficiência do PRODESIN**”, como requisito para a obtenção do título de MESTRE. A banca examinadora foi constituída pelos seguintes membros: Prof. Dr. Gabriel Ivo (UFAL), presidente da banca; Prof. Dr. Manoel Cavalcante (UFAL) e como convidado externo, Henrique Ribeiro Cardoso (convidado externo/UFS) A defesa constituiu de uma apresentação oral de 20 (vinte) minutos, seguida de inquirições de 20 (vinte) minutos para cada um dos examinadores e das respostas; e foi assistida pelas pessoas que se fizeram presentes. Ao final, a Banca Examinadora reuniu-se reservadamente e decidiu em atribuir ao conteúdo do trabalho e à defesa a menção: 8,5 (oitos e meio), com base no art. 45 do Regimento Interno do Curso. Nada mais tendo a tratar, deu-se por encerrada a defesa, e para constar, eu, Sara Regina Albuquerque França [assinatura], Secretária do Curso de Mestrado em Direito da FDA, lavrei a ATA, que para produzir os efeitos legais, vai por mim assinada e pelos componentes da Banca Examinadora.

Prof. Dr. Gabriel Ivo [assinatura]
(UFAL/AL) - Presidente da Banca

Prof. Dr. Manoel Cavalcante [assinatura]
(UFAL/AL)

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso [assinatura]
(UFS)

FDA/UFAL – Maceió/AL, 01 de agosto de 2014.

[assinatura]
Sara Regina A. França
Secretaria de Mestrado - FDA/UFAL
SIAPE 1940798

AGRADECIMENTOS

Ao professor Dr. Adrualdo de Lima Catão, pela amizade, pelos ensinamentos, pelo apoio e pela dedicação.

À minha esposa Sofia, pela ajuda imprescindível, pela paciência e compreensão, pelo amor demonstrado em cada palavra de conforto, em cada iniciativa para tornar minha caminhada mais suave.

À minha família, pelo apoio e pela confiança.

Aos professores do mestrado, pelas lições enriquecedoras.

Aos colegas de jornada, especialmente, Antonio Alves, Bruno Leitão e Vitor Andrade, pela solidariedade, pelos momentos de catarse em meio à turbulência, pelas demonstrações de sincera amizade.

Aos funcionários da Secretaria, pelo trabalho irretocável e pelo tratamento cordial e sempre solícito aos mestrandos.

Aos professores Cícero Péricles e Fábio Guedes, da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade – UFAL, pela gentileza e por indicarem caminhos, no até então desconhecido universo das ciências econômicas.

RESUMO

Os incentivos fiscais são utilizados pelos Estados como a panaceia para todos os problemas sociais e econômicos. Ocorre que não há uma análise apropriada das particularidades de cada ente da federação, tampouco em relação ao impacto da desoneração fiscal. Sabe-se que os direitos têm custos e esses custos são arcados pela sociedade. Os Estados ao adotarem medidas de incentivo e benefício às empresas como forma de atraí-las, devem ter em consideração este fato. Uma norma que concede incentivos para ser considerada eficiente deve ser capaz de induzir o comportamento das corporações, além de criar condições para que as vocações do Estado possam ser desenvolvidas e incentivadas, com a consequência necessária de que haja um efetivo retorno em arrecadação, assim como, uma evolução em indicadores econômicos e sociais dos cidadãos que arcam com os custos dos incentivos. Diante desse cenário o método pragmático, voltado para o futuro, preocupado com as consequências das escolhas públicas, das decisões judiciais e das normas jurídicas, se mostra útil e recomendado para a análise e aconselhamento quanto à adoção de medidas de incentivo. Neste sentido, adota-se neste trabalho o pragmatismo desenvolvido por Richard Posner que preocupado com as consequências práticas das medidas tomadas, defende a aplicação do aparato da Economia como forma de auxiliar do Direito. Posner entende que o Direito deve ser mais empírico e que a economia possui as ferramentas para tanto. Neste sentido, o presente trabalho fará uma Análise Econômica da Lei nº. 5.671/95, do Estado de Alagoas, que instituiu o Programa de Desenvolvimento Integrado – PRODESIN, a fim de aferir, se aludida lei foi e é capaz de atingir os objetivos a que se propôs e se é eficiente a ponto de, na ponderação entre custos impostos à sociedade pelas desonerações e benefícios esperados, trazer ao Estado uma efetiva evolução nos indicadores econômicos e sociais.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Incentivos Fiscais; Prodesin.

ABSTRACT

Tax incentives are used by states as the solution for all social and economic problems. However there is not an appropriate analysis of the particularities of each entity of the federation, or in relation to the impact of tax relief. It is known that the rights have costs and these costs are borne by society. States should take this fact into account to adopt measures to encourage and benefit businesses as a way to attract them. A standard that provides incentives to be considered must be able to efficiently induce the behavior of corporations, and create conditions for the vocations of the state to be developed and encouraged with the necessary consequence that is an effective return on storage, as well as an evolution in economic and social indicators of citizens who bear the costs of the incentives. In this scenario the pragmatic method, future-oriented, concerned about the consequences of the public choices, judicial decisions and legal standards, is useful and recommended for analysis and advice on the adoption of incentive measures. In this sense , it is adopted in this work the pragmatism developed by Richard Posner worried about the practical consequences of the measures taken, supports the application of the apparatus of economics as a way to assist the law. Posner believes that the law should be more empirical and that the economy has the tools to do so. In this sense , this work will make an Economic Analysis of Law . 5.671/95, from the State of Alagoas, which established the Integrated Development Program - PRODESIN in order to assess if the law has been alluded to and is It is able to achieve the goals it has set itself and if it is efficient to the point, in the weighing costs imposed on society by the exemptions and benefits expected to bring the state an effective progress in economic and social indicators.

Key Words: Economic Analysis of Law; Tax Incentives; Prodesin.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Gráfico da influência da Tributação na Oferta e na Demanda	122
Figura 2: Gráfico da evolução do estoque de empregos formais em Alagoas, total e indústria de transformação.....	143

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Opinião dos Empresários Quanto ao Desempenho do Judiciário Brasileiro, com Destaque para os Custos	54
Tabela 2: Frequência com que as partes recorrem ao Judiciário para postergar o cumprimento de suas obrigações. Destaque para as áreas trabalhista e tributária ..	55
Tabela 3: Reação das organizações diante da ineficiência do Judiciário.....	56
Tabela 4: Empresas Beneficiadas pelo Prodesin e Local de Instalação	131
Tabela 5: Empresas Beneficiadas pelo Prodesin e projeção de empregos gerados	140
Tabela 6: Evolução do estoque de empregos formais em Alagoas - 2007/2012.....	144
Tabela 7: Evolução do número de consumidores por classe econômica 2007/2012	146
Tabela 8: Evolução do consumo total por classe econômica 2007/2012 (gwh)	147
Tabela 9: Renúncia fiscal em 2012	148

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 O direito segundo o pragmatismo.....	14
1.2 O Pragmatismo Filosófico e o “Clube Metafísico”	17
1.3 O Pragmatismo Jurídico.....	20
2 O PRAGMATISMO SEGUNDO RICHARD POSNER	25
2.1 A Insuficiência das Teorias de Justiça	30
2.1.1 A Justiça Corretiva de Aristóteles.....	31
2.2 Crítica à Justiça Distributiva de Aristóteles	34
2.2.1 Crítica à Justiça Distributiva de John Rawls.....	35
2.3 A Filosofia Moral e o Direito	37
2.4 Contribuição da Filosofia Moral para o Direito, Segundo Richard Posner	42
3 A ABORDAGEM ECONÔMICA DO DIREITO OU ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	46
3.1 Pressupostos para o Surgimento da AED.....	46
3.2 Um conceito de Análise Econômica do Direito	47
3.3 A AED como Instrumento do Direito	48
3.4 A Incipiente AED.....	56
3.5 A Epistemologia da AED.....	59
3.5.1 AED Positiva	60
3.5.2 A AED Normativa	64
3.6 A Metodologia da AED.....	65
3.7 AED e Ronald Coase.....	69
3.8 Análise Econômica do Direito Segundo Richard Posner	71
3.8.1 Pressupostos da Aplicação da AED Segundo Posner	71
3.9 Principais Críticas à Análise Econômica de Richard Posner	77
3.10 A Eficiência em Richard Posner	83
3.11 A AED e o Direito Tributário	88
3.12 Os limites para a utilização de argumentos consequentialistas.....	94
4 ANÁLISE ECONÔMICA DOS INCENTIVOS FISCAIS: UM ESTUDO SOBRE O PRODESIN	98

4.1 Tributação e Desenvolvimento.....	98
4.2 Tributação e Extrafiscalidade.....	103
4.2.1 Funções fiscal e extrafiscal da tributação.....	103
4.2.2 Limites à Utilização da Extrafiscalidade	104
4.2.3 Restrições ao poder de tributar e a relação com a extrafiscalidade	108
4.2.4 Princípio Constitucional da Proibição do Confisco	109
4.2.5 Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva.....	111
4.3 Restrições ao Poder de Isentar.....	113
4.4 Espécies de Benefícios ou Incentivos Fiscais.....	115
4.4.1 Não Incidência Tributária.....	115
4.4.2 As Imunidades.....	116
4.4.3 Outras Espécies de Benefícios ou Incentivos Fiscais: Subvenções e Subsídios; Créditos Presumidos, Diferimento, Alíquota Zero e Reduções da Base de Cálculo	116
4.5 Aspectos Gerais sobre as Isenções Fiscais.....	119
4.5.1 Um Conceito de Isenção Fiscal.....	119
4.5.2 Fiscalidade e Extrafiscalidade da Concessão de Benefícios Fiscais	120
4.5.3 A Concessão de Benefícios de Caráter Extrafiscais: Normas Indutoras	121
5 A AED DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS – O PRODESIN	
ALAGOANO	127
5.1 O PRODESIN e seus Objetivos	127
5.2 O tipo de abordagem sobre a Lei e o Programa	128
5.3 A Análise Econômica da Lei 5.671/95 de Alagoas – Prodesin.....	130
5.3.1 Da Interiorização da Industrialização	133
5.3.2 Do Incentivo às Micro e Pequenas Empresas.....	133
5.3.3 Do Incentivo à Indústria do Turismo	135
5.4 O Prodesin e o Custo do Benefício Fiscal.....	136
5.4.1 Renúncia fiscal, industrialização e geração de empregos em Alagoas	140
6 CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS.....	162

1 INTRODUÇÃO

O objetivo principal do presente trabalho é realizar uma análise econômica da Lei nº. 5.671, de 1º de fevereiro de 1995, do estado de Alagoas, que instituiu o Programa de Desenvolvimento Integrado – Prodesin, voltado à concessão de incentivos, notadamente fiscais, no sentido de verificar sua aptidão para alcançar os objetivos a que se propõe, assim como sua capacidade para prover direitos sociais, ou melhorar indicadores sociais e econômicos, como forma de compensar o custo pago pela sociedade pelos aludidos benefícios. É dizer, pretende-se analisar a referida lei sob o ponto de vista da eficiência, conforme definida por Richard A. Posner.

A referida análise será feita, portanto, de acordo com a sistematização de Richard A. Posner, responsável pela aplicação do instrumental analítico da economia aos diversos ramos do direito, método conhecido como Análise Econômica do Direito, ou, simplesmente, direito e economia.

A análise terá caráter positivo, ou seja, pretende-se descrever a realidade e mostrar as consequências práticas da referida norma. Não é pretensão imediata e direta do presente trabalho empreender também uma análise normativa, é dizer, não se tem como objetivo expresso a proposição ou a recomendação de medidas diversas da estudada. Eventualmente, observações ou críticas advindas da análise econômica podem suscitar recomendações. Porém, este não é o escopo do trabalho, reitere-se.

Para que o estudo seja feito, serão expostos os principais contornos do pensamento de Richard A. Posner. Para tanto, serão examinadas as características do pragmatismo filosófico, que em certa medida influenciou o pragmatismo jurídico e consequentemente a forma de pragmatismo adotada por Posner. A abordagem do pragmatismo filosófico será feita pelo estudo das principais ideias de seus maiores expoentes: William James, John Dewey e Charles Sanders Peirce.

Seguindo na sedimentação teórica do trabalho, examinar-se-á a vertente jurídica do pragmatismo segundo as ideias mais destacadas e emblemáticas de seus principais representantes: Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, Roscoe Pound e o próprio Richard A. Posner.

O pragmatismo de Posner terá destaque, na forma da Análise Econômica do Direito, por ele sistematizada. Serão analisados os fundamentos de sua teoria, tais como a ideia de que as pessoas são maximizadores racionais de riqueza e fazem escolhas neste sentido, a exigência de escolhas derivadas da constatação de que os recursos são escassos, a ideia de que a necessidade de escolhas faz com que as pessoas reajam a incentivos e mudem seus comportamentos em função de incentivos, e que as normas jurídicas são capazes de incentivar e modificar o comportamento das pessoas e das corporações. A tese de que as normas jurídicas, em especial as tributárias, têm o potencial de influenciar e modificar comportamentos fundamenta esta pesquisa, no sentido em que se está a tratar de uma norma que pretende atrair investimentos por meio de benefícios fiscais por ela previstos.

A aplicação da economia ao direito será defendida, porquanto seus instrumentos de análise servem como ferramentas para que o legislador faça escolhas mais eficientes, mais condizentes com as necessidades da sociedade, assim como para que os juízes possam tomar decisões mais seguras, não se limitando à verificação da correspondência com o ordenamento jurídico, como proposto e propugnado pelo positivismo. Além disso, será demonstrado que até mesmo na necessidade de escolhas entre princípios constitucionais concorrentes, fato recorrente em casos difíceis, a economia pode auxiliar com o seu aparato empírico.

Neste diapasão, serão expostas as críticas à Análise Econômica do Direito, segundo Posner, com as respectivas respostas e desmistificações do autor. Terão destaques as críticas relativas à impossibilidade de utilização da economia para além dos mercados, a limitação da economia em prever situações e propor soluções, a ideia da maximização de riqueza e da eficiência como pressupostos éticos do direito, a incompatibilidade entre campos do saber tão distintos quanto a economia e o direito.

Com efeito, ver-se-á que todas as críticas tiveram um contraponto à altura, exceto a relativa à maximização de riqueza como fundamento ético do direito. Como será ressaltado, esta crítica foi responsável por uma mudança de rumo no pensamento de Posner, que passou a considerar a maximização de riqueza e a

eficiência como mais um dos fatores a serem considerados pelo direito, ao lado de outros. Como não poderia deixar de ser, pretende-se demonstrar e afastar equívocos sobre a concepção de eficiência de Posner, muito criticada, muito propalada, porém compreendida de forma superficial e tendenciosa.

Uma vez que se abordará uma norma que concede benefícios fiscais, será analisada a possibilidade e em que medida a Economia pode servir ao direito tributário. Será visto que o direito tributário tem uma natureza interdisciplinar, se serve e precisa se servir de disciplinas as mais variadas para que seja mais bem aplicado. Com efeito, procurar-se-á demonstrar por meio de exemplos como a economia pode auxiliar o direito tributário.

Ao tratar da aplicação de ferramentas da Economia para auxiliar na tomada de decisões, procura-se antever as consequências das aludidas decisões. Neste sentido, será desenvolvido estudo com relação à utilização de argumentos consequencialistas nas tomadas de decisões, deixando claro que a adoção de argumentos consequencialistas não significa, em absoluto, o menoscabo pelo ordenamento jurídico, ou pelas normas jurídicas. Será demonstrado o caminho a ser seguido, desde a escolha da norma aplicável ao caso até a efetiva utilização das consequências como justificação da escolha. Neste passo, será adotado o entendimento de Neil MacCormick¹ a respeito de argumentos consequencialistas válidos.

A extrafiscalidade ou função extrafiscal da tributação será examinada e definida. Será demonstrado que há tributos com especial vocação extrafiscal, mas que não se mostra viável estabelecer a dicotomia entre aqueles com função fiscal e outros com função extrafiscal.

Os limites para a utilização da extrafiscalidade serão delineados, e expostas as duas teses clássicas: a primeira, de Paulo de Barros Carvalho², segundo a qual as limitações da extrafiscalidade são as mesmas do direito tributário; a segunda, de Casalta Nabais³, segundo a qual as limitações à extrafiscalidade estão,

¹ MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford university Press, 2005.

² CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário – 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

³ NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

principalmente, nos princípios do direito econômico. Será apresentado um entendimento que reúne uma gama mais ampla de ferramentas de controle: controle principiológico amplo; controle normativo; controle lógico; e controle feito pelas especificidades do mercado.

A função extrafiscal do direito tributário será examinada na forma das normas indutoras, forma de intervenção do Estado na economia, por meio da concessão de incentivos ou benefícios fiscais que visam a influenciar escolhas e alterar comportamentos com os mais diversos fins.

Neste sentido serão expostas e explicadas as formas de incentivos fiscais, assim como suas características. Além disso, pretende-se demonstrar as limitações à utilização de referidos incentivos fiscais e a relação destes com as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Ao final, pretende-se, diante dos dados coletados e à disposição, examinar, segundo os ditames da análise econômica e de acordo com Posner, a lei instituidora do Programa de Desenvolvimento Integrado do Estado de Alagoas. Serão destacados alguns objetivos mencionados pela própria lei, para verificação da capacidade do dispositivo legal a realizar o que se propõe. Além disso, pretende-se examinar a eficiência da aludida norma jurídica, bem como do programa por ela criado, de prover direitos sociais, melhorar os indicadores sociais e econômicos do Estado, como forma de compensar o custo dos benefícios fiscais concedidos, uma vez que se trabalha com a premissa de que os direitos têm custos e que os incentivos e os benefícios são pagos pela sociedade, já que a desoneração de um grupo de privilegiados, necessariamente, poderá provocar, ainda que temporariamente, aumento de custos para os demais, e, talvez, diminuição de arrecadação. Neste sentido, a eficiência será aferida pelo confronto entre custos e benefícios, ou possíveis benefícios, além do critério de Kaldor-Hicks, também explicado no decorrer do trabalho, segundo o qual há eficiência mesmo que uma das partes tenha sua posição piorada, porém seja possível compensá-la.

Os dados utilizados serão a arrecadação de ICMS por setor da economia, a evolução da geração de empregos por setor, a evolução do consumo de energia elétrica por setor, assim como o aumento do número do consumo de energia elétrica por setor, as empresas incentivadas em um dado intervalo de tempo, com as

respectivas previsões de criação de postos de trabalho, e o valor da renúncia fiscal de Alagoas com os incentivos fiscais. Por fim, serão explicitadas as conclusões de um estudo a respeito dos impactos dos incentivos fiscais sobre a arrecadação de ICMS do Ceará, que apresenta intensa semelhança com as externalidades provocadas pelo Prodesin em Alagoas.

1.1 O direito segundo o pragmatismo

O presente trabalho, a despeito do forte traço empirista, facilmente depreendido do problema a que se propõe resolver, ou, ao menos, direcionar luzes, consiste, fundamentalmente, em se perquirir o que seja o direito, particularmente, o que seja o direito para Richard Posner, e, principalmente, o que pode a sua visão de pragmatismo oferecer ao direito. O pragmatismo de Posner, não se furtando às raízes deste método de análise das decisões e da legislação, apresenta particularidades, razão pela qual recebeu algumas denominações, tais como: praticismo, consequencialismo, eficientismo. Entretanto, como será visto com vagar mais adiante, a vertente associada à Posner e que será mais detidamente trabalhada neste estudo é a AED, ou Análise Econômica do Direito, ou *Economic Analysis of Law*, ou simplesmente, Direito e Economia. Antes, porém, vejamos o pragmatismo no que há de essencial.

O pragmatismo, e sua forma peculiar de enxergar o Direito, reflete com fidelidade a concepção e a vontade predominantes da sociedade norte-americana do século XIX, em busca de uma identidade, à procura de um genuíno “*american way of life*”, marcadamente apartado do eurocentrismo reinante.

O pragmatismo, portanto, foi e é uma filosofia estimulada pelo contexto da sociedade americana, em oposição ao Velho Mundo. Apresenta-se como uma contraposição ao saber escolástico, notadamente o saber dito neoescolástico, que representou uma revitalização da metafísica medievá. É uma forma de pensar que procura superar os dualismos europeus.

Maneira de pensar os problemas de uma forma prática, em forte contraposição às formas idealistas. Os próprios pragmatistas não se consideram

pertencentes a uma escola, em face da plêiade de vertentes existentes. A diversidade, porém, não desnatura o método, uma vez que há um núcleo duro que se mostra recorrente, não importa a ênfase que seja dada.

Com efeito, Posner demonstra um traço de preocupação ao tratar de estabelecer os limites dentro dos quais ainda se pode falar em pragmatismo ou que alguém é, efetivamente, pragmatista. Estas são suas palavras:

O problema básico é que o pragmatismo é mais uma tradição, atitude e ponto de vista do que um corpo de doutrina. Ele tem afinidades mais do que extensão. Então, em vez de começar com os pragmatistas americanos clássicos e seguir adiante em círculos concêntricos até que a maior parte da tradição filosófica ocidental tenha sido trazida sob o domínio do pragmatismo, será melhor reconhecer que, conforme sugerido na citação de James que forma a epígrafe deste capítulo, há um *tom* pragmático, que é antigo e que, a partir de suas raízes antigas, deu origem a um ramo de uma filosofia do pragmatismo (que daí ramificou nos últimos anos) e a uma prática cotidiana do pragmatismo.⁴

A citação de James (William James), a que se referiu Posner, tem imensa importância, por advir de um dos “pais” do pragmatismo e por bem demonstrar a postura de um pragmatista diante de questões que atormentam outros filósofos e com as quais estes não conseguem lidar, das quais não conseguem se desvencilhar, exatamente porque não as encaram de forma prática, de forma pragmática. Eis a aludida citação no original:

[...] A pragmatist turns his back resolutely and once for all upon a lot of inveterate habits dear to professional philosophers. He turns away from abstraction and insufficiency, from verbal solutions, from bad a priori reasons, from fixed principles, closed systems, and pretended absolutes and origins. He turns towards concreteness and adequacy, towards facts, towards action, and towards power. That means the empiricist temper regnant, and the rationalist temper sincerely given up. It means the open air and possibilities of nature, as against dogma, artificiality and the pretence of finality in truth.⁵

Há, por conseguinte, uma manifesta dificuldade em se definir com precisão o que seja o pragmatismo, assim como é tarefa árdua precisar quando esse método

⁴ POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*; Tradução DIAS CARNEIRO, Teresa. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 20

⁵ JAMES, William. *Pragmatism: A New Name For Some Old Ways of Thinking*. 1907. p. 16.

“Um pragmatista vira as costas resolutamente e para sempre para muitos hábitos arraigados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e da insuficiência, de soluções verbais, de razões ruins *a priori*, de princípios fixos, sistemas fechados e origens e absolutos fingidos. Volta-se para a concretude e a adequação, para os fatos, para a ação e para o poder. Isso representa tornar reinante o temperamento do empiricista e abandonar sinceramente o temperamento do racionalista. Significa ar livre e possibilidades junto à natureza, oposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade.”

surgiu e quem primeiro aplicou seus fundamentos ciente de que estava fazendo isso. Aliás, o próprio título do livro de William James, “*Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*”, sugere que o pragmatismo não foi inventado por ele ou por seus colegas, já existiria, já havia sido praticado, digamos, sem a denominação.

Outrossim, esses fatos não passaram despercebidos pela sempre arguta análise de um dos maiores estudiosos do pragmatismo em nosso país, o Professor George Browne Rego, que oferece solução para o impasse, da forma que segue:

[...] Quais pensadores tiveram originalmente, um papel relevante na formulação dessa lógica e quais são as suas principais características? Não é uma tarefa fácil determinar historicamente qual foi o primeiro pensador a cogitar do método pragmático e dos pressupostos lógicos que lhe deram sustentação. Há autores que, mesmo não sendo propriamente pragmáticos, a exemplo de Hume e Quine preocuparam-se com a problemática do dualismo e desenvolveram concepções lógicas bastante semelhantes às do pragmatismo. Parece mais prudente que, se procure identificar a origem dessa lógica no berço da tradição pragmática americana que teve o seu ponto de partida no século XIX, através do chamado clube metafísico de Boston. E, sem dúvida, é possível identificar como um dos seus principais expoentes o filósofo Charles Sanders Peirce.⁶

Efetivamente, há um relativo consenso de que o pragmatismo como o conhecemos hodiernamente, com os contornos e as características propaladas, surgiu no século XIX nos Estados Unidos da América, em Boston, com os integrantes do ironicamente denominado “clube metafísico”.

Não obstante o consenso aventado, é interessante ressaltar, com Posner, a presença do “tom pragmático” em tempos idos. O citado autor registra traços pragmáticos na obra *Odisseia*, poema de Homero, de tradição oral, provavelmente tendo sido fixado no século VIII a.C. Posner define o herói Odisseu como um pragmático. Ao se referir a Odisseu, o filósofo e juiz norte-americano assevera:

[...] Diferentemente de Aquiles na *Ilíada*, que é dado à reflexão, principalmente sobre a própria ética heroica, Odisseu é pragmático. Ele é um argumentador instrumental e não especulativo. [...] A piedade de Odisseu é pragmática porque sua religião é naturalística – é simplesmente o meio mais eficaz conhecido por sua sociedade para controlar o ambiente,

⁶ BROWNE REGO, George. *O Pragmatismo Como Alternativa à Legalidade Positivista: O Método Jurídico-Pragmático de Benjamin Nathan Cardozo*. In. BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coord.). *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 68-69.

assim como a ciência e a tecnologia são os meios mais eficazes pelos quais as pessoas controlam seu ambiente.⁷

Para que a especulação não se torne extensa em demorado a ponto de desnaturar o principal objetivo do trabalho, fixaremos, efetivamente, o estudo do pragmatismo a partir das manifestações e das construções dos integrantes do “clube metafísico”, desde o século XIX.

Com efeito, mesmo sem descurar da premissa acima firmada, há que se registrar, com Richard Posner⁸, que aquilo que o pragmatismo combate e desafia nada mais é do que a tradição que tem como raiz o assim chamado platonismo. Tradição essa que atribuiria à filosofia a função de, por meio do raciocínio especulativo, encontrar verdades absolutas, mediante as quais surgiriam fundações firmes e seguras para as crenças morais e políticas. Ainda segundo o multicitado filósofo, tal tradição só foi firmemente desafiada no final do século XVIII, começo do século XIX, com Hume, Hegel, e Emerson, nos Estados Unidos da América.

1.2 O Pragmatismo Filosófico e o “Clube Metafísico”

O pragmatismo como o conhecemos se deve, efetivamente, àqueles que compuseram o chamado “clube metafísico”. Este grupo de estudiosos dedicados aos mais variados campos do saber tinha em comum, na Boston do século XIX, o firme propósito de discutir e pôr em prova cânones sagrados da filosofia.

Com efeito, o que unia Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey era exatamente a radical contraposição ao que se chamou linhas acima de platonismo. Não havia, é bem certo, uma harmonia perfeita, até porque isto deparava contra o próprio sentido e orientação do grupo, que era a defesa da inexistência de verdades absolutas, de dogmas, de cânones imutáveis, indiscutíveis.

Além disso, o fato de cada qual ter uma formação acadêmica distinta, refletia na abordagem dos assuntos discutidos, e, obviamente, na forma de conceber aquilo que eles denominavam pragmatismo.

⁷ POSNER, Op. cit., p.21.

⁸ Idem, p.23.

Não obstante as peculiaridades de cada um, o que se pode verificar de traço comum e que foi legado pelo grupo em questão é uma forma de pensar os problemas contrapondo-se às *formas idealistas*, é o olhar cético, no sentido, também, de afastar o pragmatismo das formas idealistas de pensar a realidade. Em resumo, era, fundamentalmente, um estilo de pensar os problemas de forma prática, objetiva.

Como não havia, por parte destes pensadores, uma preocupação digna de nota com a academia, até porque sua produção e sua preocupação eram eminentemente voltadas à prática, as ideias pragmáticas não eram consubstanciadas, necessariamente, em livros. Não se pode afirmar que era um estilo desenvolvido a propósito, mas era exatamente o contrário da tradição europeia, com a qual eles também não concordavam, como dito linhas acima.

Com efeito, para confirmação do afirmado, tem-se que a principal obra de Charles Sanders Peirce, que propôs uma nova forma de fazer ciência, segundo a qual a verdade não deveria estar no debate científico e na qual o autor desenvolveu a ideia de “abdução”, ou raciocínio abduutivo, por meio do qual a conclusão não significa verdade, pois as verdades são construídas e frutos de convenções, o que demonstra, a toda evidência, o caráter relativo da verdade, é um *paper*, um artigo.⁹

Peirce, aliás, estabelece que o único propósito do pensamento, incitado pelo desassossego provocado pela dúvida, é tão somente a produção da crença, não da verdade, que, como dito alhures, é fruto de convenções. Esta afirmação denota, claramente, o caráter relativo e de impossível apreensão da verdade, para Charles Sanders Peirce. Neste sentido, o autor aduz:

Os princípios desenvolvidos na primeira parte deste ensaio conduziram-nos, de imediato, a um método de alcançar uma clareza de pensamento de grau superior à "distinção" dos lógicos. Apurou-se aí que a acção do pensamento é excitada pela irritação da dúvida, e que cessa quando se atinge a crença; de modo que a produção da crença é a única função do pensamento.¹⁰

Peirce, seguindo na crítica ao racionalismo de que Descartes é o grande expoente, notadamente por seu *Discurso Sobre o Método*, infere a necessária

⁹ PEIRCE, Charles Sanders. *Como Tornar as Ideias Claras*. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>.

¹⁰ Op. cit., p.6.

superação do que ele chama “ornamento da lógica”, que seria a doutrina da clareza e da distinção, por algo mais adequado aos costumes modernos.¹¹

E, demonstrando a forma através da qual ele (Peirce) entende deve ser feita a ciência, a nova forma por ele defendida afirma que “Independentemente do modo como a dúvida é suscitada, ela estimula a mente a uma actividade que pode ser fraca ou enérgica, calma ou turbulenta”¹².

Ainda em relação a Charles Sanders Peirce, e num claro relato a respeito das características comuns ao pragmatismo, por todos reconhecidas, este autor, perseguindo em suas contundentes críticas às formas de pensar a realidade e à própria utilização do pensamento, lança mão de inúmeros exemplos práticos, ilustrativos, e assevera que:

A essência da crença é a criação de um hábito; e diferentes crenças distinguem-se pelos diferentes modos de acção a que dão origem. Se as crenças não diferirem neste aspecto, se elas apaziguarem a mesma dúvida através da produção da mesma regra de acção, então as simples diferenças na maneira de como temos consciência delas não podem torná-las crenças diferentes, assim como o tocar de uma melodia em escalas diferentes não é o mesmo que tocar diferentes melodias. Frequentemente fazem-se distinções entre crenças que diferem somente no seu modo de expressão; – sendo, contudo, bem real a disputa que daí resulta.¹³

Desta feita, o que importa é que, partindo-se da dúvida, tem-se o pensamento, que leva a sua única função, a produção da crença. A crença, por sua vez, cria um hábito e este hábito se reveste ou é um modo de acção, que, ao final e ao cabo, para o pragmatista, é, em verdade, o que mais importa, pois que traz consigo algum traço distintivo. A consciência que temos das crenças, ou a percepção que temos das crenças, se não tiverem algum efeito prático, não farão nenhuma diferença.

Quanto a John Dewey, o último daqueles considerados “pais” do pragmatismo filosófico e membro do “clube metafísico”, vislumbra-se neles assim como nos demais, uma clara preocupação com o carácter eminentemente instrumental dos conceitos. Os conceitos para Dewey devem ter uma natureza frutífera, uma aptidão para produzir resultados ou conseqüências. Entende James que não se manter

¹¹ Op. cit., p.4.

¹² Op. cit., p.7.

¹³ Op. cit., p.9.

ilusões referenciais em relação ao direito, como quando se constrói a noção de direito em torno da ideia de justiça.¹⁴

1.3 O Pragmatismo Jurídico

O pragmatismo jurídico, *grosso modo*, pode ser visto como a aplicação dos elementos e das ideias desenvolvidas pelo pragmatismo filosófico ao direito ou ao âmbito judicial. Diz-se *grosso modo*, pois o próprio Posner reluta em reconhecer esta simples transposição, a despeito de admitir uma evidente correlação, assim como uma inescandível derivação.

A restrição de Posner à incorporação automática do pragmatismo filosófico ou da filosofia pragmática ao pragmatismo jurídico, ou mesmo ao direito, está estampada na seguinte afirmação:

Encontrei pouca coisa no pragmatismo americano clássico ou nas versões ortodoxas ou não ortodoxas da filosofia pragmática moderna que o direito possa usar. Mas o *tom* pragmático, a cultura pragmática que Tocqueville descreveu, deu ensejo a um pragmatismo diferente – que eu chamo de “pragmatismo cotidiano” – que tem muito a contribuir com o direito.¹⁵

Apesar das restrições de Posner em relação ao pragmatismo filosófico, ele não se furta a reconhecer a importância da aludida corrente filosófica para o pragmatismo jurídico, especificamente em relação à postura dos magistrados, que se tornariam menos dogmáticos e mais questionadores, por assim dizer, mais pragmáticos:

O pragmatismo filosófico e a atividade judicial pragmática têm certa relação entre si. A maioria das especulações filosóficas – e é isso que faz com que a filosofia, apesar de distante das preocupações cotidianas, seja um dos pilares da educação superior em uma sociedade liberal – tem a tendência de abalar os pressupostos de quem as estuda.[...] A filosofia, especialmente a pragmática, incita a dúvida, e a dúvida incita a investigação; assim, o magistrado torna-se um julgador menos dogmático e mais pragmático ou, pelo menos, fica com a mente mais aberta.¹⁶

¹⁴ DE MELO FREITAS, Lorena: *Um diálogo entre pragmatismo e direito: Contribuições do Pragmatismo Para Discussão da Ideologia na Magistratura*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/5715>>.

¹⁵ POSNER, Richard: *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.38.

¹⁶ POSNER, Richard A.: *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. BRANDÃO CIPOLLA, Marcelo (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 358.

Deixada essa questão menor de lado, tratemos propriamente dos contornos do pragmatismo jurídico, seus expoentes e a forma com a qual enxergavam e lidavam com o direito no seu cotidiano, uma vez que todos eles eram, acima de qualquer coisa, operadores do direito, magistrados reconhecidos e extremamente atuantes. Posner, aliás, ainda exerce seu ofício.

O próprio Posner enumera aqueles que entende os principais nomes do pragmatismo jurídico. São eles: Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo e Roscoe Pound. O primeiro, Holmes, é considerado o maior de todos eles e merece, da parte de Posner, uma posição de destaque, como se pode depreender das palavras a seguir:

O maior pragmatista do direito continua sendo Holmes, que era admirador de Emerson (amigo de sua família) e admirado por Dewey, além de amigo de William James, Charles Sanders Peirce e Nicholas St. John Green, os fundadores do pragmatismo.¹⁷

Com efeito, Posner ilustra o pensamento de Holmes ao citar o discurso feito por este quando da comemoração do centenário da nomeação de John Marshall para juiz-presidente da Suprema Corte dos EUA:

Se eu fosse pensar em John Marshall apenas em termos numéricos e quantitativos abstratos, provavelmente hesitaria em atribuir-lhe superlativos, e o mesmo aconteceria com a batalha de Brandywine se nela pensasse sem levar em conta seu lugar na linha causal dos acontecimentos históricos. Mas tal modo de pensar seria tão vazio quanto abstrato. Pensar sobre um homem sem levar em consideração suas circunstâncias efetivas é algo extremamente infrutífero.¹⁸

No discurso acima, Holmes faz uso de uma linguagem genuinamente pragmática para afirmar que os feitos pessoais têm a sua dimensão estabelecida pelo contexto, pelas circunstâncias, e, principalmente, pelas consequências. Além disso, deixa claro que as coisas não têm um sentido nelas mesmas, um sentido imanente. O sentido também é circunstancial e construído socialmente.

Por outro lado, as conquistas passadas têm sua importância medida pelas consequências e benefícios trazidos para o presente e para o futuro. E, mesmo sem mostrar qualquer tipo de desrespeito às tradições, aos antepassados, tampouco para com os precedentes, deixa claro que estes não devem ser nossos senhores, mas nossos instrumentos.

¹⁷ POSNER, Richard: *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.14.

¹⁸ Op. cit., p.14.

Não obstante alguns contornos importantes sobre a concepção pragmatista aplicada ao direito por Holmes terem sido delineados acima, não há como mencioná-lo sem fazer referência à sua clássica e tão combatida visão do direito.

Como é cediço, para Holmes o direito consiste em nada mais do que a previsão do que possam vir a decidir os tribunais. Ou seja, o direito é a previsão daquilo que os juízes farão quando estiverem diante de um caso concreto. Nessa concepção de direito, Holmes põe em evidência a postura eminentemente consequencialista, além de deixar bem marcada a separação entre direito e moral, ao afirmar que as predições servem para o homem mau, que tem como única preocupação livrar-se das “garras” do Estado, uma vez que o homem bom encontra as regras de conduta tanto na lei, quanto fora dela, em sua própria consciência:

Tome-se a questão fundamental: O que constitui o direito? Encontrar-se-ão alguns autores de textos dizendo que é alguma coisa diferente do que é decidido pelos tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, de que é um sistema de razão, de que é uma dedução a partir de princípios da ética ou ¹⁹axiomas admitidos, o que pode ou não coincidir com as decisões. Se for tomado o ponto de vista de nosso amigo, o homem mau, ver-se-á que ele pouco liga para axiomas ou deduções, mas quer efetivamente saber o que provavelmente farão de fato os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra. Eu mesmo sou muito mais dessa maneira de pensar. As profecias do que de fato farão os tribunais, e nada mais pretensioso do que isso, é o que entendo por direito.

Temos, portanto, uma amostra fidedigna do pensamento de Holmes a respeito do direito e daquilo que ele considera deva ser levado em conta no momento das decisões judiciais. Com efeito, fica evidente o consequencialismo defendido por Holmes, que, diferentemente do consequencialismo de Posner, como será visto adiante, toma por referência os mandamentos legais já existentes²⁰. Holmes, a despeito das críticas que faz ao silogismo, que segundo ele seria uma forma do Estado, desde Hobbes, para concentrar a produção do direito em suas mãos sob o pretexto de que estaria preservando a lógica, não defende a plena liberdade dos juízes para decidir com base nas consequências, a despeito da

¹⁹ WENDELL HOLMES JR., Oliver. *The Path of The Law*. BARBOSA DA SILVEIRA, Lauro Frederico et MARTÍNEZ C., Vinício (trad.) *Veredas do Direito*. p.15. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/262/126>>.

²⁰ WENDELL HOLMES JR., Oliver. *The Path of The Law. Collected Legal Papers*, 2010, p.180.

legislação existente. Seu pragmatismo, neste sentido, é mais objetivo do que o de Posner, como veremos posteriormente.²¹

Na mesma linha de Holmes, Cardozo e Pound trabalharam o pragmatismo pelo prisma jurídico. Nenhum dos dois tinha uma preocupação acadêmica destacada; eram homens voltados para prática, e o pragmatismo lhes servia no desempenho de seus trabalhos.

Com efeito, a principal obra de Cardozo, *Natureza do Processo Judicial*²², é uma compilação de uma série de conferências por ele proferidas para alunos de Direito, simplesmente narrando como era seu método de decisão e como ele entendia que os juízes deveriam decidir os casos postos à apreciação.

Cardozo compartilhava do pensamento de Holmes, a quem sucedeu na Suprema Corte Americana, de que direito seria muito mais experiência do que lógica. Além disso, considerava que os juízes deveriam se afastar um pouco dos exercícios conceituais e se preocupar mais profundamente com as exigências e as realidades da vida.

Tanto Cardozo quanto Pound representam o que se convencionou chamar de Escola Sociológica do Direito. Segundo o pensamento comum da aludida escola, a interpretação da lei deve ser influenciada pelo aspecto político-social.

Vê-se que Cardozo admite e enxerga como indispensável a interferência de fatores externos na decisão dos juízes. Neste sentido, Cardozo defende que haja a contribuição das demais ciências sociais no processo decisório, deixando claro, também, que o juiz é um criador do direito, e o dirige no sentido da maior utilidade social²³.

Os contornos precisos da forma de conceber a atuação do juiz pragmático, voltado para a realização prática, da interferência na vida social, que utilize todos elementos que as ciências sociais pode oferecer, para além da mera literalidade da lei, ou da orientação dos precedentes, e que estão postos nas quatro famosas

²¹ WENDELL HOLMES JR., Oliver. *The Common Law* (Basic But Correct Edition), New Orleans: Quid Pro Books, 2010. Pos.988

²² CARDOZO, Benjamin. *A Natureza do Processo Judicial*.

²³ DE MELO FREITAS, Lorena. Op. cit.

conferências de Cardozo, estão condensados nas palavras da Professora Lorena de Melo Freitas:

Assim, discursando como o juiz decidia, ele mostra a figura do magistrado como agente ativo, criador do direito, que interpreta a consciência social e lhe dá efeito jurídico, e que é exatamente nesta tarefa que auxilia a formação e modificação da própria consciência que interpreta. Descoberta e criação reagem uma sobre a outra, e é por isso que a sua práxis jurisdicional deve ser informada pelos métodos da filosofia, da história, da sociologia, temas respectivamente das três primeiras conferências.[...] As conferências de Cardozo, enfim, seu pensamento, apontava que o direito não podia ser visto, pelo juiz, sob a ótica puramente positivista, já que as questões sociais não interessam somente ao sociólogo, mas também ao jurista e ao juiz, cumprindo a este, ademais, não se contentar apenas com a justiça formal.²⁴

Uma vez que o cerne do presente trabalho é a análise econômica do direito, método derivado do pragmatismo, aplicada à lei alagoana que criou o programa de desenvolvimento integrado, uma forma de incentivo fiscal, não nos aprofundaremos no que se refere a estes autores representantes e grandes expoentes do pragmatismo jurídico. Não obstante, as considerações feitas se mostraram pertinentes, uma vez que a análise que se pretende realizar tem seu fundamento teórico, em boa parte, derivado do pensamento de todos estes de que tratamos até o presente momento. Passa-se, desta feita, ao pensamento de Richard Posner, pragmático, praticalista, consequencialista, efficientista, enfim, a grande referência da *Economic Analysis of Law*, ou Análise Econômica do Direito, ou Direito e Economia, simplesmente.

²⁴ DE MELO FREITAS, Lorena. Op. cit.

2 O PRAGMATISMO SEGUNDO RICHARD POSNER

Richard A. Posner está voltado para os efeitos práticos do direito. Como de regra para todos os pragmatistas, foge das discussões metafísicas e as considera desprovidas de efeitos práticos. Neste sentido, e confirmando as assertivas desde logo feitas, são as palavras do jurista de que estamos a tratar:

Os pragmatistas filosóficos e seus adversários atacam-se com unhas e dentes para determinar se a linguagem reflete ou não a realidade, se o livre arbítrio é ou não compatível com uma concepção científica do mundo, até, se essas questões têm ou não algum significado. Não estou interessado em nada disso. Interesse-me pelo pragmatismo entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações.²⁵

Além disso, para Posner, o pragmatismo é uma abordagem prática e instrumental, e, o que é muito relevante, de forma alguma essencialista. Ou seja, não tem nenhuma preocupação com o que efetivamente é, mas sim com tudo aquilo que funciona, que é útil. Não há um comprometimento atávico com o passado, uma vez que este deve servir como instrumento para resolver os problemas do presente e do futuro. Não há, portanto, uma concepção da continuidade do passado como algo sagrado, diferente do que pensa, por exemplo, Dworkin.²⁶

Este é apenas um dos pontos de discordância entre Posner e Dworkin, que foi e é um dos mais ferrenhos e obstinados críticos da obra e do pensamento de Richard Posner. Em relação à discordância apresentada, Posner demonstra o entendimento de Dworkin, enquanto firma sua posição diametralmente oposta, nos termos seguintes:

Dworkin define o direito como interpretativo, compara a tarefa do juiz à do escritor de um dos capítulos de um romance escrito a várias mãos, exige que as novas decisões se harmonizem com as anteriores, refere-se com reverência ao passado vivo, nega que os juízes devam adaptar os direitos às novas visões acerca do interesse público, revolta-se diante da ideia do direito como ciência do bem público, não se interessa muito pelos fatos ou pelas ciências sociais ou naturais, insiste até mesmo na ideia de que os juízes possuem uma obrigação moral de serem leais a seus predecessores e que o acatamento de decisões anteriores, concebido como um compromisso, é um elemento essencial da justiça.²⁷

²⁵ POSNER, Richard A. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. BRANDÃO CIPOLLA, Marcelo (Trad.). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 357/358.

²⁶ POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.4.

²⁷ Op. cit., p.11.

E para justificar sua posição de falta de compromisso sagrado com o passado, ou a defesa de uma descontinuidade, quando necessária, Posner faz uma analogia entre o que defende Dworkin com relação aos aplicadores do direito e os cientistas. Segundo Posner, requerer essa inquebrantável harmonia entre as novas decisões e as decisões antigas seria como se houvesse a exigência de que os cientistas de hoje tivessem de, obrigatoriamente, manter uma harmonia com o que fizeram Arquimedes e Aristóteles, por exemplo. Evidentemente, uma exigência absurda e contraproducente.

Outrossim, ao enfatizar a prática, o olhar adiante e as consequências, o pragmatista, ou ao menos o tipo de pragmatista do autor (pois também há a versão antiempírica e anticientífica do pragmatismo), é empírico. Interessa-se pelos “fatos” e, portanto, deseja estar bem informado sobre o funcionamento, as propriedades e os efeitos prováveis de diferentes planos de ação.²⁸

Além disso, é cético diante de qualquer afirmação de confiança na obtenção da verdade final sobre qualquer coisa. Afirmar que a maioria de nossas certezas são, na verdade, as crenças da comunidade à qual pertencemos.²⁹

Segundo ele, tais crenças são fruto irrefletido da criação, da formação que tivemos, bem como do meio social no qual vivemos. Afirmar que as “verdades” por nós defendidas não podem ser provadas, pois são aquelas essenciais a nosso quadro de referências, e que o questionamento delas nos poria desorientados. E é peremptório e categórico ao afirmar que “[...] *Uma prova não é mais forte que suas premissas, e, no fundo de uma cadeia de premissas, habitam intuições inabaláveis – nossas indubitalidades, ou os inevitáveis de Holmes*”³⁰.

Neste mesmo sentido, traço interessante observado no pensamento de Posner, ou melhor, no modelo de pragmatismo que ele segue e defende, é aquele segundo o qual não há uma preocupação, ou não deve haver uma preocupação, no momento da decisão ou na elaboração legislativa com o que é certo ou errado, mas com aquilo que é razoável. São de Posner as seguintes palavras:

²⁸ Op. cit., p.5.

²⁹ Op. cit., p.5.

³⁰ Op. cit., p.5.

É difícil determinar se as decisões assim baseadas são “certas” ou erradas”; aqui, o vocabulário das certezas apodíticas não é pertinente. Talvez a mais alta aspiração do juiz seja a razoabilidade na decisão judicial.³¹

Posner releva a importância da dúvida, da pesquisa, da investigação, muito mais do que a necessidade de obtenção de certezas. Neste sentido, já se pode observar uma aproximação do direito com outros ramos do saber, restando evidente que o pragmatismo de Posner tem um viés marcadamente empirista.

Com efeito, desde já exsurge no horizonte o anúncio do traço mais marcante da concepção de pragmatismo de Posner, que será mais bem examinado adiante, que é a junção da tradição jurídica com a tradição econômica, em uma demonstração irrefutável de seu apreço incondicionado pela interdisciplinaridade.

Porém, antes de abordarmos a referida interdisciplinaridade tão amplamente trabalhada e defendida por Posner, materializada e evidenciada pela aplicação da economia ao direito, deixemos que o próprio jusfilósofo americano defina, em vários de seus aspectos, que tipo de pragmatismo ele segue:

A vertente pragmática que adoto enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática – em outras palavras, rejeita a “metafísica” –, vê com olhar duvidoso a descoberta de “verdades objetivas” em qualquer campo de pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e – nos limites da prudência – prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado. Veja-se, portanto, que estou falando de uma atitude, e não de um dogma[...]³²

Importante observar que o pragmatista se mostra alguém, no mundo jurídico, extremamente ativo: foge dos dogmas, não aceita “verdades sagradas”, busca a verificação, tem uma atitude construtora, no sentido de enxergar a aplicação do direito como construção, como experiência, não se contenta com a reprodução dos precedentes ou a aplicação descontextualizada das normas, sem preocupação com consequências. Porém, é ínsito ao pragmatismo, e Posner defende isto, que não haja uma regra preestabelecida de como devam se comportar os tomadores de decisão. Dito de outro modo: o pragmatista pode se portar como um autêntico

³¹ POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. LUIZ CAMARGO, Jeferson (Trad.). 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

³² POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. LUIZ CAMARGO, Jeferson (Trad.). 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 40.

conservador, ou um decisor, digamos, tradicional, apegado, apenas e tão somente, aos precedentes ou à norma posta, sem muita preocupação com as consequências, ou entendendo que não seria justificada a busca, o exame aprofundados de todas consequências de sua escolha. E isto, por mais inconsistente que possa parecer, por motivos eminentemente pragmáticos:

Essas crenças estão ligadas ao caráter instrumental do pragmatismo, que é uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento, embora isso não signifique que o juiz pragmatista seja necessariamente um ativista. O ativismo judicial propriamente dito é uma visão das competências e responsabilidades dos tribunais perante os outros órgãos do Estado. Um pragmatista poderia ter boas razões pragmáticas para pensar que os juízes não deveriam atrair muita atenção para si mesmos.³³

É bem certo e fora de dúvidas que o traço mais marcante do modelo de pragmatismo seguido por Posner é aquele que põe em relevo as consequências práticas das decisões judiciais ou das normas legais. Este tipo de posicionamento encara a lei e os precedentes como meio para se chegar a um dado objetivo prático, não como fins em si mesmos. Não obstante a pertinência desse raciocínio e do aparente reconhecimento da inafastabilidade de tais considerações para o aperfeiçoamento do processo decisório, e da prática legislativa, tal concepção não escapou de críticas contundentes, nem de questionamentos sobre sua plena e verdadeira viabilidade, ou eficiência, para usar uma terminologia tipicamente posneriana, a fim de “entregar” o que promete. Neste diapasão, o consequencialismo de Posner foi e é sistematicamente confrontado. O problema enfrentado por Posner ao colocar a consequência como ponto central de seu pensamento é o desafio em detalhar o papel que tais consequências devem ter no sistema jurídico. Com o fito de solucionar o problema posto e responder às críticas insistentes, Posner posiciona-se quanto ao papel das consequências no sistema jurídico da seguinte maneira:

[...] O pragmatismo jurídico não encoraja o juiz a tomar decisões *ad hoc*, sem qualquer compromisso com o mundo além do caso específico em exame. Além das consequências imediatas da decisão – aquelas que afetam diretamente as partes –, o juiz pragmático deve estar atento para as consequências sistêmicas de sua atuação. Se os juízes começarem a decidir única e exclusivamente com base na melhor solução prática possível para o caso em exame, o efeito sistêmico da generalização dessas decisões sobre os atores públicos e privados será nocivo, pois aumentará a insegurança jurídica. Essa preocupação com as “consequências sistêmicas” é encorajada apenas para preservar certos “bolsões de formalismo” [formalista pockets] no funcionamento do direito, assegurando que áreas-

³³ POSNER, Richar A. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.5.

chave da vida em sociedade permaneçam estáveis, facilitando assim o planejamento e a calculabilidade.³⁴

Como dito, de forma perfunctória, Posner admite que os julgadores, eventualmente, deixem de perquirir todas as consequências possíveis de suas decisões, desde que munidos de uma justificativa pragmática. Conforme Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, Posner defende que

[...]é possível elaborar uma justificativa prática (ou, mais especificamente, consequencialista) para impedir que cada juiz analise todas as consequências possíveis de sua decisão antes de se posicionar sobre o caso³⁵.

Em se tratando de Richard Posner, a justificativa prática ou consequencialista para o aludido posicionamento pode muito bem ser de ordem econômica, ou seja, pode ter direta relação com os custos envolvidos e os resultados obtidos com toda a perquirição das consequências possíveis em determinado caso concreto. Seria, portanto, uma justificativa eminentemente pragmática, no sentido posneriano, para que se evitassem análises consequenciais de toda ordem.

Ainda em relação ao tema do consequencialismo, percebem-se, dentro do próprio pragmatismo jurídico, marcantes distinções nas formas de encarar, na prática, a aplicação deste expediente. Melhor explicando, o consequencialismo para Posner é diferente do consequencialismo para Oliver Wendell Holmes. Neste sentido é a precisa lição do Professor Adrualdo de Lima Catão, ao discorrer sobre a influência de Holmes na Análise Econômica do Direito posneriana, no próprio consequencialismo e no pragmatismo jurídico. São suas palavras textuais:

The most important difference between Posner and Holmes is What Follows. In spite of the pragmatic foundations of Posner's theory of judicial adjudication, we can not justify a judicial activism based in economic arguments in Oliver Holme's legal pragmatism. On the contrary, his theory about prediction in law is more concerned about a judicial restraint.[...] Consequentialism in Holmes is based on a theological interpretation of existing rules. It is important that the judge does not decide based on a specific economic theory. Also, legal

³⁴ POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. DIAS CARNEIRO, Teresa (Trad.) Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 47-48.

³⁵ WERNECK ARGUELHES, Diego et LEAL, Fernando. *Pragmatismo Como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 186

pragmatismo does not advocate abandoning the tenets of positivism that form the basis for the rule of law.³⁶

Há, por conseguinte, particularidades no consequencialismo de Posner que se devem, principalmente, a sua forte inclinação pela interdisciplinaridade, notadamente sua concepção de que a economia é ferramenta indispensável à melhor prestação jurisdicional e instrumento que proporciona ao direito uma maior eficiência e uma atuação mais profícua na solução dos problemas e na realização das necessidades sociais.

A despeito de a utilização de argumentos econômicos ser uma marca indiscutível da teoria posneriana e da forma como este vê o pragmatismo, a importância do estudo da economia e da aplicação desta ao direito não é privilégio deste pragmatista. Holmes, aliás, sobreleva e destaca essa importância ao afirmar:

I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me a evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made³⁷.

2.1 A Insuficiência das Teorias de Justiça

A teoria de Posner assenta-se em alguns pilares. Um deles, que, sem dúvida alguma fez com que o autor buscasse alternativas à aplicação do direito e ao aperfeiçoamento das decisões da construção legislativa, foi a ideia de que as teorias de justiça nada ou quase nada oferecem ao direito e não são capazes de oferecer

³⁶ CATÃO, Adualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: The Influence of Oliver Holmes Jr.* Disponível em: <<http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/24903>>.

³⁷ HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Path of The Law*. A Public Domain ebook: Harvard Law Review, 1897. pos. 293-294

“Olho em direção a um tempo em que a parcela da história dedicada à explicação dos dogmas deve ser bem reduzida, e no lugar da pesquisa ingênua nós gastemos nossa energia no estudo dos fins que pretendemos alcançar e as razões para desejá-los. Como um passo na direção deste ideal, me parece que todos os advogados deveriam procurar entender de economia. A presente separação entre as escolas de economia política e direito me parece uma evidência de quanto progresso no estudo filosófico ainda está por fazer.”

respostas adequadas e eficientes às grandes questões sociais, postas ao exame do Judiciário.

2.1.1 A Justiça Corretiva de Aristóteles

Com efeito, Posner sustenta que a justiça corretiva proposta ainda hoje, nada ou muito pouco tem de diferente daquela atribuída a Aristóteles. E, ainda segundo o mesmo autor, a justiça corretiva estaria em um estágio no desenvolvimento que se inicia na vingança até uma ideologia que se consuma no Estado de Direito. Ocorre que Aristóteles não teria dado o último passo.³⁸

Em Aristóteles, a justiça é pessoal, é privada, o que se assemelha muito com a vingança. Além disso, a justiça de caráter pessoal apresenta um problema da ordem dos custos, assim como causa uma indesejável imprevisibilidade às obrigações jurídicas, o que, por certo, se reveste de uma odiosa sensação de insegurança jurídica, perniciosa em um Estado Democrático de Direito.³⁹

Além disso, a justiça pessoal rejeita a configuração de um Judiciário independente, pois dá margem a que os julgadores possam ser constrangidos, influenciados pelos detentores de poder, impedindo ou retardando, demasiadamente, o surgimento e a consolidação de um Judiciário revestido de profissionalidade, no sentido da isenção e da racional gestão de custos, tampouco podendo ser considerado suficientemente competente.

Em outro sentido, Posner tece críticas à justiça corretiva atribuída a Aristóteles, que, como visto, não evoluiu muito, pelo fato de que ela apenas leva em contas os fatos, descurando das particularidades das pessoas envolvidas. Nesta senda, não haveria diferença caso um homem bom tenha enganado um homem mau, bem como o oposto. Da mesma forma, pouco importaria se o adultério fosse cometido por uma boa mulher ou por uma mulher má. Importa tão somente para a lei o aspecto distintivo do ilícito, no sentido em que trata as partes de forma indistinta. Dito de outro modo, o juiz só tem a preocupação em relação ao caráter, lícito ou

³⁸ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. LUIZ CAMARGO, Jefferson (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.426.

³⁹ Op. cit., p.425.

ilícito, do dano, pouco ou nada importando o perfil ou o caráter dos envolvidos ou aquilo que eles porventura mereçam.⁴⁰

Posner, em sentido contrário, pondo-se em posição de julgador, que é, assevera não ser natural ou normal realizar julgamentos a despeito dos envolvidos, ou seja, sem levar em conta o perfil ou as características dos autores envolvidos. Ressalta o autor que se trata de um procedimento que acaba se tornando uma prática comum, um hábito, uma segunda natureza. Posner defende que a verdadeira forma natural de procedimento jurisdicional se consubstancia precisamente em avaliar, julgar as pessoas, e apenas levar em consideração o seu ato, acaso este venha a, efetivamente, e de maneira relevante, afetar um dado julgamento.⁴¹

A natureza bilateral da reparação jurídica é outra característica menos moderna e mais problemática da justiça corretiva de Aristóteles do que a concepção de julgar independentemente das pessoas. Efetivamente, em contexto de modernidade, é mais inconveniente. Posner esclarece a inconveniência da natureza bilateral da reparação jurídica, acrescentando que esta pode ser, inclusive, vazia.

O problema prático exposto por Posner em relação à aplicação da justiça corretiva de Aristóteles é, a despeito do reconhecimento da necessidade de haver formas legais para sanar os ilícitos, saber qual o meio mais adequado a ser aplicado. Estas são as palavras de Posner:

É evidente que deve haver remédios legais para os ilícitos. Se assim não fosse, não haveria entraves ao comportamento ilícito, que é, por definição, uma conduta que a sociedade deseja evitar sempre que possível. Porém, a decisão de saber se o remédio legal deve assumir a forma de uma ação judicial privada (supostamente, ainda que não inevitavelmente movida pela vítima), de uma ação penal pública ou de medidas destinadas a tornar a justiça corretiva desnecessária através da prevenção dos danos ilicitamente causados (por exemplo, ao punir os motoristas alcoolizados mesmo que não provoquem acidentes) de modo que não haja oportunidade de aplicar a justiça corretiva, é um juízo de oportunidade, e não uma promoção de justiça. Suponhamos que os custos sociais dos acidentes se reduzissem se a responsabilidade por perdas causadas por ilícitos civis, no caso de acidentes automobilísticos por negligência, fosse descartada em favor de uma combinação de seguro desvinculado da identificação dos culpados com um aumento das ações penais para motoristas perigosos. Nesse caso, não haveria remédio legal para as vítimas de motoristas meramente negligentes; porém, se apesar dessa consequência estivessemos convencidos de que o sistema produzisse indenizações mais completas, menos acidentes e prêmios de seguro mais baixos, quem de nós iria opor-

⁴⁰ Op. cit., p.420 – 422.

⁴¹ Op. cit., p. 424.

se a ele por considerá-lo incapaz de fazer justiça corretiva, e por que o faria?⁴²

Posner demonstra a impossibilidade ou até a inconveniência, em alguns casos, de se realizar a justiça, seja este conceito o que for. Percebem-se, nos exemplos dados pelo autor, traços evidentes da Análise Econômica do Direito, notadamente quando analisa os custos no caso da aplicação prévia de penalidade, independentemente do cometimento de ilícito, assim como, quando admite, ainda por hipótese, não haver remédio legal para vítimas de motoristas meramente negligentes, porém, com a certeza de que o sistema produziria indenizações mais completas, haveria redução de acidentes e redução nos prêmios de seguro. Ele defende sua posição, considerando completamente descartável a preservação da justiça corretiva, diante das vantagens aventadas.

Tendo em vista que o conceito de justiça corretiva de Aristóteles tem sido pouco discutido pelos filósofos e, como tal, o significado dela não tem sofrido uma considerável evolução, a crítica de Posner quanto ao marcante traço de vingança desta teoria de justiça ainda guarda incontestemente relevância nos dias de hoje. O próprio Posner reconhece que Aristóteles apenas insinua, não reconhece, que sua ideia, suas raízes psíquicas e históricas parecem ser as mesmas da vingança. Mas Richard Posner considera a justiça corretiva de Aristóteles um conceito de direito natural literal, uma vez que a base da noção deste tipo de justiça seria meramente instintiva. Neste sentido:

As pessoas reagem com indignação instintiva à invasão de seus direitos e exigem justiça; é essa exigência, sugiro, que é a base da noção de justiça corretiva que é distinta de noções mais amplas de Estado de Direito. A justiça corretiva é, portanto, um conceito de direito natural em sentido literal.⁴³

Por todo o demonstrado, conclui-se que Posner, ao cabo de todas as críticas engendradas contra a justiça corretiva de Aristóteles, deseja ressaltar e firmar que tal teoria de justiça padece de minúcias teóricas e é desprovida de uma arcabouço teórico robusto o suficiente para ser minimamente posta em comparação com a gama de possibilidades de pesquisa e de análise que a eficiência, por ele fortemente

⁴² Op. cit., p.430.

⁴³ Op. cit., p.432.

defendida, pode proporcionar. Em verdade, é feita uma comparação entre duas formas de nortear as decisões, ou de justificar as decisões.⁴⁴

2.2 Crítica à Justiça Distributiva de Aristóteles

Se Posner desconfiava da capacidade de oferecer importantes ou consistentes respostas e colaborações ao direito, por parte da justiça corretiva de Aristóteles, crê muito menos no auxílio ou na utilidade da justiça distributiva destes grandes expoentes da teoria: o próprio Aristóteles e John Rawls.

Aliás, o próprio Posner, indicando sua descrença para com a justiça distributiva de Aristóteles, se comparada à justiça corretiva, deixa bem claro que sua insuficiência faz com que não seja necessário perder muito tempo ou gastar energia com análises mais detidas e aprofundadas sobre o tema. Tanto assim que em seu *Problemas de Filosofia do Direito*, dedica muito pouco espaço à justiça distributiva de Aristóteles, se comparada ao espaço conferido à justiça corretiva. Não obstante isso, vejamos, ainda que não exaustivamente, os motivos para tal. Posner afirma, então, que *Para começar, achamos que, se a teoria aristotélica da justiça corretiva é insuficiente, sua teoria da justiça distributiva deixa ainda mais a desejar*⁴⁵

A justiça distributiva em Aristóteles encontra-se descrita no Livro V, capítulo 3, da *Ética a Nicômaco*. Segundo Posner, Aristóteles defendia que o critério para a distribuição de recursos na sociedade deveria ser o mérito relativo dos potenciais beneficiários.⁴⁶

Ocorre que o padrão de mérito vai variar, a depender dos valores que são cultivados pela sociedade. Este fato por si só já demonstra uma dificuldade em se lidar com a noção de mérito, que passa a ser bastante fluida e sujeita a oscilações. Além disso, mérito para a sociedade aristocrática, que era a sociedade considerada justa por Aristóteles, dependia do quão virtuoso ou dotado de excelência o cidadão fosse.

⁴⁴ RODRIGUES RIEFFEL, Luiz Reimer. *Um Mundo Refeito: O Consequencialismo na Análise Econômica do Direito de Richard Posner*.

⁴⁵ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. LUIZ CAMARGO, Jefferson (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.449.

⁴⁶ Op. cit., p.449.

Posner pondera que este modelo pode tão só funcionar em limites reduzidos, especialmente porque Aristóteles não tinha a visão do Estado como ente possuidor inicial de todos os recursos e posterior distribuidor para os virtuosos. Aristóteles, na verdade, trabalhava com a ideia de que haveria plena liberdade no privado, que proporcionaria a negociação e acumulação de toda riqueza que quisessem, com o intuito de evitar atitudes injustas, tais como o roubo e a fraude. Como pode ser facilmente verificado, o princípio de justiça distributiva de Aristóteles não compreendia todo o universo da riqueza da sociedade, não podendo ser considerado consistente no tempo em que proposto, muito menos em dias atuais. Dito de outro modo, a teoria de Aristóteles não se mostra capaz de dar respostas satisfatórias aos questionamentos morais da atualidade.

Com efeito, Richard Posner enxerga nas teorias modernas de justiça, tais como a de John Rawls, a repetição da falha que se perpetua desde a construção teórica de Aristóteles. Segundo o professor da Universidade de Chicago, as teorias que buscam analisar a justiça distributiva continuam a falhar, pela insistência na utilização de princípios-mestres em todas as situações, que é limitada pela complexidade do mundo real. Não é possível, portanto, pensar na utilização de princípios-mestres sem uma relação direta com o mundo ideal.

A referência a John Rawls como possível reproduzidor, em um dado nível, da análise aristotélica de justiça, feita de forma desabonadora por Posner, se justifica pela flagrante oposição dos dois autores em relação ao tema. Como será visto a seguir, Rawls critica de forma veemente o que ele considera a teoria da justiça segundo Richard Posner.

2.2.1 Crítica à Justiça Distributiva de John Rawls

Desde logo, é preciso dizer que Rawls é um opositor do intuicionismo e sua incapacidade de propor um sistema normativo capaz de hierarquizar nossas

intuições, segundo o qual resta definido o princípio que deve ser aplicado, caso haja conflito entre elas (intuições).⁴⁷

Por outro lado, Rawls também rejeita qualquer possibilidade de que algum direito de um indivíduo isoladamente considerado seja sacrificado ou posto à prova, ainda que em benefício da coletividade ou em função de alguma concepção econômica, que, como tal, leve em conta, quem sabe, a possibilidade de maximização de riqueza. Isto pode ser depreendido de suas próprias palavras:

[...] A theory however elegant and economical must be rejected or revisited if it is untrue; likewise laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust. Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made by greater good shared by others. It does not allow that the sacrifices imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many.⁴⁸

Com essas considerações, Rawls atinge frontalmente o método pragmático de Posner e sua concepção de justiça, que, como será visto mais tarde, tem relação estreita com as consequências eficientes das decisões e com a maximização da riqueza.

Posner, por sua vez, tece críticas ao caráter não contextual, anistórico da investigação de Ackerman⁴⁹, porém tais objeções se aplicam perfeitamente a John Rawls, que também desenvolve sua teoria de justiça partindo de um ponto ideal, imaginário, descontextualizado, que ele próprio chama de ponto original⁵⁰ (The Original Position).

Outrossim, o fato de partirem do zero, de um princípio primeiro, faz com que lhes seja um desafio entender a humanidade de uma criança portadora de alguma deficiência mental, assevera Posner. Além disso, referindo-se às decisões judiciais, afirma que os juízes não partem do zero, que não tomam suas decisões partindo do nada. Aliás, para um pragmatista é claro que existem condicionamentos prévios e

⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls, Um breve manual de filosofia política*. FREIRE, Alonso Reis (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.2-3.

⁴⁸ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p.3.

⁴⁹ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. LUIZ CAMARGO, Jefferson (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.455.

⁵⁰ Op. cit., p.12.

que o contexto e a realidade social circundante influenciam as decisões, não havendo, portanto, processos decisórios que partam do nada, do zero.

Por fim, as implicações lógicas de tal teoria de justiça levariam a que os juízes precisassem decidir guiados pela filosofia política ou moral. Ocorre que, nos dizeres de Posner:

Os filósofos são às vezes levados a conclusões em conflito com os valores morais de sua sociedade e, em nosso estado atual de diversidade moral e intelectual, igualmente em conflito com as conclusões da maioria dos outros filósofos. Se existe um mecanismo de arbitragem entre filosofias morais, os juízes não o possuem.⁵¹

Para Posner, resta inquestionável a impossibilidade de se advogar a existência de um ponto original, ou comum; tampouco cabe em uma sociedade plural e multifacetada a solução dos casos por parte dos juízes, com base em ponderações de filosofias morais.

2.3 A Filosofia Moral e o Direito

Posner desdenha das análises sobre os aspectos morais, como forma de auxiliar o direito. Ele duvida ceticamente que qualquer teoria moral tenha consistência suficiente para servir ao aperfeiçoamento do direito, da aplicação do direito, enfim, para tornar as decisões melhores, ou, em sua linguagem, mais eficientes.

Com efeito, o aludido autor dá o tom das críticas e das objeções que fará à tentativa das teorias morais de auxiliar o direito desde o início da sua obra *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*, que, aliás, tem exatamente a finalidade de examinar a relação entre tais teorias e o direito. Neste sentido, ele assevera com a contumaz contundência, esclarecendo que dispõe de argumentos em versão forte e moderada:

Meu argumento tem uma forma forte e outra, moderada. A versão forte afirma que a teorização moral não fornece nenhum fundamento útil para os juízos morais (como “o aborto é mau” ou “é boa a redistribuição da riqueza dos ricos para os pobres”) e não pode nos tornar moralmente melhores nem em nossa vida privada nem em nossa atuação pública. Sua versão moderada diz que, mesmo que a teorização moral possa fornecer um

⁵¹ Op. cit., p.456.

fundamento útil para alguns juízos morais, não deve ser usada para a formulação de juízos jurídicos.⁵²

Com efeito, o que mais nos interessa e o que tem relevância para a construção da orientação teórica do presente trabalho é, certamente, a versão moderada de argumento de Posner, que, como visto acima, dirige-se, de forma específica, para a relação entre a teorização moral e a construção dos juízos jurídicos. Desde logo, percebe-se que o ilustre professor, a despeito do adjetivo moderado, indica que seu intuito é mostrar a total irrelevância das teorias morais para o direito.

É preciso esclarecer que Posner não tem o intento de combater a moral em si, como alguns dos seus muitos críticos, imprecisamente, insistem em afirmar, numa clara demonstração de desvalorizar uma teoria sob o amparo de argumentos inconsistentes, desconectados com o trabalho do autor. O foco das críticas e do ceticismo de Richard Posner é tão somente o que ele conceitua como sendo a filosofia moral. Em resumo, ao cabo de suas razões, Posner condena o que ele denomina “moralismo acadêmico”.

É oportuno pontuar que tudo o que foi dito alhures com respeito às tentativas de formulação de um conceito de justiça, ou tudo o que foi demonstrado como busca por um conceito de justiça e sua inter-relação com o direito, decorre da filosofia moral. Aliás, quanto à utilidade e importância da moral, o multicitado autor afirma, ainda no seu *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*, que “*Não está em questão a legitimidade da moral como sistema de controle social, embora eu seja de opinião de que a moral tem menos efeito sobre o comportamento do que creem os moralistas*”.⁵³

Posner elenca aqueles a quem chama de moralistas acadêmicos e expõe os traços comuns do pensamento destes autores. Desde logo, define o moralismo acadêmico como a “[...] *A ética aplicada formulada por professores universitários da atualidade*[...]”⁵⁴. Os autores a quem Posner atribui o rótulo de moralistas acadêmicos são: Elizabeth Anderson, Ronald Dworkin, John Finnis, Alan Gewirth,

⁵² POSNER, Richard. A. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. BRANDÃO CIPOLLA, Marcelo (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p.3-4.

⁵³ Op. cit., p.5.

⁵⁴ Op. cit., p.6.

Frances Kamm, Thomas Nagel, Martha Nussbaum, John Rawls, Joseph Raz, Thomas Scanlon, Roger Scruton e Judith Jarvis Thomson.

Embora saiba das particularidades do pensamento de cada qual dos autores, engloba-os no rótulo de moralistas acadêmicos, uma vez que todos eles, em relação à teoria moral, apresentam traços comuns. As características comuns a todos eles, neste particular, são as seguintes:

Os membros dessa família acreditam que o tipo de teorização moral que hoje passa por rigorosa nos círculos universitários tem importante papel a desempenhar no aperfeiçoamento dos juízos morais e do comportamento moral das pessoas – deles próprios, dos seus alunos, dos juízes, dos norte-americanos, dos estrangeiros. Alguns desses moralistas são, antes de tudo, filósofos do direito (Dworkin, Finnis e Raz) ou filósofos políticos (Rawls), e não filósofos morais.[...] Todos eles, porém, querem que o direito siga os ensinamentos da teoria moral, embora nem sempre de maneira próxima.⁵⁵

O aspecto da filosofia moral defendido pelos chamados moralistas acadêmicos a que Posner mais fortemente se opõe é aquele segundo o qual a mudança nas concepções morais dos indivíduos tem a potencialidade de alterar o comportamento desses mesmos indivíduos. Ou seja, segundo Posner, os moralistas acreditam, equivocadamente, que se houver mudança nas crenças morais das pessoas, o comportamento delas mudará no mesmo sentido e exatamente por causa disso. Neste sentido são as palavras deste autor:

De qualquer modo, o moralismo acadêmico não tem possibilidade de aperfeiçoar o comportamento humano. O fato de saber o que se deve fazer segundo a moral não dá motivos nem cria motivação para que se o faça; o motivo e a motivação têm de vir de fora do campo da moral. Mesmo que isto esteja incorreto, os instrumentos analíticos empregados pelo moralismo acadêmico – os estudos de casos concretos, o raciocínio a partir dos textos canônicos da filosofia moral, a análise cuidadosa, o equilíbrio reflexivo ou qualquer combinação de todos estes – são débeis demais para sobrepujar quer o interesse próprio, quer as intuições morais.⁵⁶

Posner também condena a pretensão dos moralistas acadêmicos em definir uma lei moral universal. Para Richard Posner a moral é um fenômeno, um aspecto que se restringe a um local determinado. Portanto, não podem existir universais morais úteis ou interessantes. Para ilustrar a impossibilidade de haver tais morais universais, Posner afirma que, por exemplo, *“[...] aquilo que se dá o nome de homicídio ou suborno varia enormemente nas diversas sociedades”*⁵⁷.

⁵⁵ Op. cit., p.6.

⁵⁶ Op. cit., p.9.

⁵⁷ Op. cit., p.7.

Não obstante isso, Posner crê na existência de princípios rudimentares de cooperação social, que, segundo ele, talvez sejam contraditórios em todas as sociedades. Para além disso, ele ainda aceita que tais princípios levem o nome ou a denominação de lei moral universal. Ocorre que mesmo aceitando tal denominação, Posner duvida fortemente que tais princípios possam ser usados como critério. E não servem como critério porque:

[...] são abstratos demais para servirem de critério. Portanto não existe um realismo moral que signifique alguma coisa, e o que nos resta é uma forma (não uma forma qualquer) de relativismo moral.⁵⁸

Para Posner, o relativismo moral faz com que a expressão “progresso moral” apenas possa ser usada dentro de um contexto, ou seja, depende de uma perspectiva, uma vez que, em suas próprias palavras, “o *progresso moral está nos olhos de quem o vê*”⁵⁹. É uma forma pragmática de enxergar as coisas e os valores, segundo a qual nada tem um sentido ou um conteúdo intrínseco, tudo é relativo a um contexto, a um fim, a um resultado, a uma consequência.

Com efeito, faz-se necessário discorrer sobre o que Posner entende por moral. Para ele, a moral se constitui em um conjunto de deveres para com os outros. Outros, na formulação de Posner, aliás, não se resumem às pessoas, podendo englobar também os animais, inclusive Deus. Tais deveres poriam, em tese, freios às atitudes meramente egoístas, emocionais, em face dos temas relevantes que têm relação com a conduta humana. Além disso, se referem não ao que nos é devido, mas àquilo que devemos, a não ser na medida em que a certeza de sermos titulares de um direito, seja de que ordem for, atribua aos demais o ônus de nos auxiliar na obtenção de tudo quanto nos cabe. Posner faz uma ressalva, ainda a respeito da moral, de que embora esta ponha freios em nossas atitudes impulsivas, isso não obrigatória ou necessariamente a torna uma forma de razão. Por outro lado, importante recordar que, como dito linhas acima, a moral para Posner é sempre um fenômeno local e não universal, até porque os deveres para com outros aqui referidos vão variar a depender da sociedade em vista.⁶⁰

Posner define sua posição como metaética e a nomeia “ceticismo moral pragmático”. Para explicá-la a contento, enumera outras posições ou filosofias

⁵⁸ Op. cit., p.8.

⁵⁹ Op. cit., p.8.

⁶⁰ Op. cit., p.4.

morais existentes e traça seus pontos característicos. As filosofias morais existentes e suas características resumidas são as seguintes: a) Relativismo moral: critérios de validade da pretensão moral são dados pela cultura em que a pretensão é afirmada e não por uma fonte universal de valores morais; b) Pluralismo moral: aqui os valores morais são irreduzivelmente plurais, têm relação com o relativismo moral e lhe dão suporte, mas não são posições idênticas; c) Subjetivismo moral: a moral é função das crenças dos indivíduos. O indivíduo só agirá de forma imoral caso contrarie a moral que adotou para si. Posner tem simpatia por essa posição, com ressalvas; d) Ceticismo moral: em seu sentido estrito, acredita que a verdade moral é incognoscível, ou seja, a verdade moral não pode ser conhecida, sendo impossível fazer-se julgamentos minimamente objetivos a respeito de afirmações morais. Posner fala de um cético moral meramente pragmático, que não seria estritamente cético; e) Não cognitivismo: as afirmações morais não se referem a uma realidade objetiva, porém, meramente expressivas. Nesta senda, cultiva a crença de que aquilo que as afirmações morais expressam não passa de uma atitude desprovida de conteúdo cognitivo; f) Particularismo moral: há duas versões. Uma com a qual Posner se identifica, cuja tese básica é que não há princípios morais universais, ao invés, tão somente intuições de ordem moral particulares; e a outra, que crê em verdades morais universais, e, quando da aplicação a questões morais particulares, deve contar com o cuidado de quem o faz com o contexto social. Este cuidado, esta sensibilidade, deve ser maior do que aqueles demonstrados por Kant e seus seguidores.⁶¹

Mencionadas as diversas, digamos, filosofias morais existentes, nos interessa esclarecer, principalmente, qual a posição de Richard Posner quanto às questões morais. Isto terá elevada importância para o seguimento do trabalho, notadamente quando tratarmos da Análise Econômica do Direito segundo Posner, uma vez que as críticas direcionadas à teoria do autor se mostram sempre, ou na maior parte das vezes, centradas em questões relativas à justiça ou à moral.

Com efeito, Posner adota uma modalidade de relativismo moral. Com o acréscimo da versão menos ambiciosa do particularismo moral, recebe a precisão descritiva, porém não a autoridade normativa do pluralismo moral, e ainda

⁶¹ Op. cit., p.11-16.

aceita modelos amainados do subjetivismo, do ceticismo e do não cognitivismo morais. Em verdade, o professor da Universidade de Chicago não esgota as características de sua filosofia moral, e explica que o resumo tem o principal objetivo de afastar as abordagens com as quais a sua poderia ser confundida.

Não obstante isso, Posner adota uma abordagem semelhante à de Oliver Holmes. Este entendimento sobre a moral de Holmes é depreendido, segundo Posner, de textos esparsos e fragmentários daquele sobre o tema em comento. Tal abordagem é assim resumida: “*Opõe-se ao realismo moral metafísico e ao das “respostas corretas”; opõe-se, portanto, à teoria jusnaturalista, seja ela metafísica ou não, mas sobrepõe-se ao realismo moral moderado*⁶².”

A impressionante diversidade de teorias filosóficas morais demonstra o acerto de Posner em duvidar da existência de um método racional e universal para solucionar controvérsias morais. A afirmação acima posta de que mesmo os princípios rudimentares de cooperação, por ele aceitos, não podem servir como critérios, encontra suporte na constatação desta disparidade de conceitos, de teorias, de formas de lidar com a moral, de enxergar a moral. E esta afirmação toma sentido muito mais forte quando se tenta encontrar padrões morais ou de comportamento universais em um momento histórico de intensos debates, de mudanças constantes e extremamente velozes de pensamento, de comportamento, de hábitos, em que conceitos e concepções arraigados são constantemente superados, seja por conveniência, seja por extrema e inadiável necessidade.

2.4 Contribuição da Filosofia Moral para o Direito, Segundo Richard Posner

Por tudo o que foi dito a respeito das teorias morais e em face dos posicionamentos e críticas de Posner a respeito, depreende-se, desde logo, que ele seja cético quanto à extensão da contribuição da filosofia moral para o direito.

Efetivamente, Posner acredita que a única função da filosofia moral para o direito é a crítica. Essa crítica visa identificar e afastar as fraquezas das teorias sociais ambiciosas que poderiam ser utilizadas para criar, validar ou revogar

⁶² Op. cit., p.17.

obrigações jurídicas. Neste sentido, Posner não acredita na capacidade da filosofia moral de apresentar respostas para questões jurídicas específicas, ou mesmo de suporte em geral. A razão disso, segundo o autor americano, é que a filosofia moral é em grande medida um metadiscurso. Nesse sentido, ela não se presta, por exemplo, a responder como poderemos viver bem ou melhor, mas se há possibilidade ou impossibilidade de que esta pergunta seja respondida.⁶³

Outrossim, Posner expõe duas razões básicas para o que ele chama de fracasso da filosofia moral em auxiliar o direito no nível prático. Em primeiro lugar, assevera que nossos conhecimentos são submetidos a testes feitos por nossas intuições. Por sua vez, as intuições morais apresentariam a tendência a ser refratárias a mudanças, ao mesmo tempo que seriam mais divergentes do que as intuições sobre o mundo físico. Seguindo o raciocínio, considera Ackerman como exemplo de um moralista que atuaria de cima para baixo, porquanto partiria de um princípio dominante de onde tentaria extrair respostas a questões morais específicas. O problema estaria no fato de que, quando uma dedução entrasse em choque com nossa intuição, tenderíamos a descartar o aludido princípio dominante, ao invés de rever nossa intuição. Para solidificar e aclarar o afirmado, Posner dá o exemplo da dedução de que um macaco falante ou um computador que joga xadrez devam ter mais direitos do que uma criança com algum tipo de limitação cognitiva; se isso entra em choque com nossas intuições morais, afastamos o princípio e nem ao menos cogitamos de rever nossas intuições.

Há ainda, para Posner, moralistas que trabalham de baixo para cima, contudo, argumentam desde suas próprias intuições, a partir de seus próprios absolutos, de suas tendências imutáveis. E, quando cada um dos moralistas tem uma maneira particular de ver essas questões, jamais a argumentação preencherá o vazio decorrente.

A segunda razão apontada por Posner para que a filosofia moral não possa contribuir de forma prática para o direito é que, para resolver os dilemas morais, faz-se necessário dominar os aspectos particulares desses dilemas. Dito de outro modo, os filósofos não têm tempo, tampouco a formação para conhecer e dominar os

⁶³ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. LUIZ CAMARGO, Jefferson (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.466.

detalhes da pena capital, da escravidão, do genocídio, ou de outras questões morais sobre as quais já houve e ainda há intensos e infundáveis debates.⁶⁴

Talvez o grande exemplo dado por Posner para atestar o fracasso das teorias morais no intuito de auxiliar o direito na prática seja a malsucedida tentativa de Dworkin em atribuir uma base moral à ação afirmativa na admissão às faculdades de direito. Segundo Posner, além da insuficiência da base moral para justificar tal ação afirmativa, Dworkin não levou em conta as consequências, consideração elementar e indispensável para um pragmatista como Richard A. Posner. Dworkin, e, por conseguinte, a filosofia moral não conseguem fornecer a resposta jurídica apropriada à ação afirmativa; apenas se restringem às especulações sobre o que significa, em um plano abstrato, tratar as pessoas com igualdade de consideração e de respeito. Por fim, Posner oferece um exemplo emblemático sobre a indeterminabilidade da filosofia moral quando aplicada a questões específicas. É o exemplo do direito ao aborto, defendido no artigo de Judith Jarvis Thomson, sob a fundamentação de que seria um absurdo obrigar uma mulher grávida a levar uma criança até o fim da gestação, uma vez que não se poderia atribuir a uma pessoa um dever desse tipo, até porque, segundo ela, a mulher não poderia ser responsabilizada pelo ocorrido. Posner pondera que talvez seja necessário perquirir alguma responsabilidade da mulher, caso não tenha tomado os devidos cuidados para não engravidar, porém não desqualifica o argumento apresentado, ao contrário, mostra como é impossível decidir questões difíceis como esta com base em fundamentos morais. Então afirma:

[...] Não há nenhum método racional para resolver o dilema moral do aborto numa sociedade tão diversificada quanto a nossa, e então uma técnica literária talvez seja a melhor maneira de fazer as coisas caminhar. Mas uma técnica dessas não oferece uma base sólida para as decisões judiciais. E assim o é especificamente porque, ainda que o pensamento jurídico e moral siga caminhos paralelos, as questões jurídicas implicam considerações de prudência com que o moralista puro pode não querer defrontar-se[...]⁶⁵

No caso do aborto, as considerações de prudência com que o moralista puro não se defronta são exatamente aquelas enfrentadas por um pragmatista, especialmente se ele for afeito à Análise Econômica do Direito: saber se o problema deve ser resolvido no plano local ou nacional, se as leis contra o aborto são

⁶⁴ Op. cit., p.467.

⁶⁵ Op. cit., p.470.

aplicáveis em níveis toleráveis, se os juízes, ao interpretarem a Constituição, devem tomar partido em questões morais veementes, etc.⁶⁶

Para concluir pela imprestabilidade da filosofia moral para a solução de questões práticas do direito, Posner, ao se reportar aos métodos tanto da filosofia moral quanto da filosofia política, afirma que:

[...] Os métodos da filosofia moral e política não são poderosos o bastante para solucionar os debates morais que afetam profundamente as pessoas, nem para oferecer bases sólidas para os julgamentos legais depois de tê-los resolvido. Na verdade, por mais frágeis que sejam os métodos de raciocínio jurídico, não são mais frágeis do que os métodos de raciocínio moral.⁶⁷

Examinados os pontos de vista de Posner sobre as teorias da justiça em Aristóteles, em Rawls, e a teoria moral, especificamente, em relação aos moralistas acadêmicos, demonstrado o ceticismo de Posner quanto à capacidade de tais teorias resolverem problemas práticos do direito e efetivamente ajudá-lo, no sentido de torná-lo mais eficiente, vejamos de que forma Posner propõe auxiliar o direito, e a fórmula por ele proposta para tornar o direito e as decisões melhores, e, em uma linguagem tipicamente “posneriana”, mais eficientes.

⁶⁶ Op. cit. p.470-471.

⁶⁷ Op. cit., p.472.

3 A ABORDAGEM ECONÔMICA DO DIREITO OU ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1 Pressupostos para o Surgimento da AED

O surgimento da Análise Econômica do Direito, bem como do Pragmatismo jurídico, deriva da necessidade de substituir, ou ao menos, aperfeiçoar uma metodologia para apreciar os acontecimentos que não mais correspondem aos anseios, às necessidades de um mundo extremamente dinâmico, mutante, multifacetado, plural e em constante e acelerada transformação. O juspositivismo, despreocupado com a realidade circundante, mais interessado na coerência do sistema de normas e na insuperável reverência à lógica, não oferece respostas adequadas, principalmente quando confrontado com os chamados *Hard Cases*.

Por outro lado, como bem apontaram as críticas de Posner, acima apresentadas, as Teorias de Justiça e a filosofia moral mostraram-se e mostram-se pouco aptas a auxiliar devidamente o direito, seja no processo de decisões de casos concretos, seja na elaboração de normas jurídicas gerais e abstratas, seja, ainda, na concretização de direitos, por meio de processos mais eficientes.

Para ilustrar a referida necessidade de adaptação dos métodos de análise e decisão, transcreve-se trecho de artigo do professor George Browne Rego, em que é proposta a reflexão sobre a possibilidade de o pragmatismo ser uma alternativa à legalidade positivista:

Um olhar retrospectivo sobre as nossas práticas judiciais deixa entrever que a metodologia aplicada ao direito ainda se assenta no modelo subsuntivo que remonta ao século XIX. Esse modelo, no qual a decisão jurídica resulta dogmaticamente do texto legal ou de uma estrita submissão dos fatos à lógica, opõe-se ao método pragmático. Ele parece não resistir a uma análise mais profunda dos seus postulados. Na maioria das vezes, os casos em que as normas jurídicas não se conformam aos fatos por mera subsunção, dada a singularidade de cada evento e a impossibilidade do legislador de prever a infinidade de ocorrências fáticas que a realidade venha a provocar, resultam no aparecimento de situações consideradas aporéticas⁶⁸.

⁶⁸ REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o Método Jurídico-Pragmático de Benjamin Nathan Cardozo; In. Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2009.p.71.

É preciso assinalar que além do pragmatismo e da Análise Econômica do Direito, o chamado neoconstitucionalismo também se propôs como uma alternativa viável às limitações do juspositivismo. A grande virtude do paradigma denominado neoconstitucionalista foi a preocupação com os valores. Contudo, a despeito da preocupação com os valores, não há por parte dos ditos neoconstitucionalistas um suficiente interesse com as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial⁶⁹.

A Análise Econômica do Direito auxilia em juízos de diagnóstico e prognose, além de oferecer grande contribuição para explicar a razão da existência de uma determinada norma jurídica. A juseconomia, como também é conhecida a Análise Econômica do Direito, ou simplesmente, Direito e Economia, se presta a realizar o exame da adequação de determinada norma jurídica, com base nas consequências, ou os impactos que a aplicação desta poderá ter na sociedade.

3.2 Um conceito de Análise Econômica do Direito

Como definição do que seja o Direito e a Economia, temos que esta é a utilização do arsenal analítico e empírico da ciência econômica, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar entender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico.

Robert Cooter e Thomas Ulen definem a análise econômica do direito e identificam a forma através da qual a economia auxilia o direito em sua prática, uma vez que enxergam as leis não apenas como argumentos técnicos, mas como instrumentos para atingir objetivos sociais, o que vem ao encontro do objetivo do presente trabalho. Neste sentido, asseveram os aludidos autores:

Além de uma teoria científica do comportamento, a economia fornece um padrão para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes. Para conhecer os efeitos das leis sobre esses objetivos, os juízes e outros legisladores precisam ter um método para avaliar os efeitos das leis sobre os valores sociais importantes. A economia prevê os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência. A eficiência sempre é relevante para a definição de políticas, já que é melhor atingir

⁶⁹ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In. BENETTI TIM, Luciano (org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.10

qualquer política dada a um custo menor do que a um custo mais alto. As autoridades públicas nunca defendem o desperdício de dinheiro.⁷⁰

3.3 A AED como Instrumento do Direito

O relato acima é suficiente para se compreender a relevância e a potencialidade do auxílio da economia ao direito. Sendo a economia a ciência social aplicada de maior desenvolvimento, dotada de um método rigoroso de verificação, não resta dúvida quanto à sua importância como instrumento auxiliar do direito e das escolhas públicas. Sobretudo, no que é pertinente a este trabalho, a economia se mostra como ferramenta imprescindível à verificação da eficiência da opção pelos incentivos fiscais e consequentes renúncias fiscais, como vetor de desenvolvimento, com o indispensável incremento de direitos sociais.

Para não ficarmos adstritos apenas à eficiência, termo que amealhou e ainda reúne um grupo considerável de opositores, por preconceito e por desconhecimento de seu real significado, a economia tem papel destacado, ou pode desempenhar um papel fundamental na realização de previsões dos efeitos das políticas públicas sobre a distribuição de renda e riqueza. A economia, portanto, além de analisar a eficiência das políticas públicas e sugerir mudanças, pode examinar os efeitos das políticas públicas sobre a distribuição da riqueza e da renda em uma dada sociedade. É exatamente o que nos ensinam Robert Cooter e Thomas Ulen:

Além da eficiência e dos lucros, a economia prevê os efeitos das políticas sobre um outro valor importante: a distribuição de renda e riqueza. Uma das primeiras aplicações da economia à política pública consistiu em seu uso para prever quem realmente arca com o ônus de impostos alternativos. Os economistas entendem, mais do que outros cientistas sociais, como as leis afetam a distribuição de renda e riqueza entre classes e grupos. Embora os economistas muitas vezes recomendem mudanças que aumentam a eficiência, eles tentam não tomar partido em disputas a respeito de distribuição e, em geral, deixam as recomendações sobre distribuição para os formuladores de políticas públicas ou os eleitores.⁷¹

Assim, a verificação da eficiência não é a única contribuição que a economia pode dar ao direito, quando da análise de leis ou de políticas públicas. É possível utilizar os instrumentos de que dispõe a economia para prever o impacto de leis ou

⁷⁰ COOTER, Robert et ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. SANDER, Luis Marcos et al; ARAÚJO DA COSTA, Francisco (Trad.) 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p.26

⁷¹ Op. cit., p.27.

de escolhas públicas sobre a distribuição de renda e riqueza. Além disso, os estudos em economia podem demonstrar ou prever os efeitos de uma eventual utilização de tributos alternativos, ou, foco nosso, da concessão de incentivos fiscais, que nada mais são do que renúncia de receita tributária com a finalidade de incrementar o desenvolvimento e conceder um maior número de direitos sociais.

A economia tem a grande virtude de possibilitar a verificação, a experimentação. Dispõe de meios para testar as afirmações, confirmando-as ou não. Há um comportamento dos governantes que lembra muito o que os economistas chamam efeito manada. Todos se dirigem para o mesmo local, todos buscam o mesmo rumo e todos fazem as mesmas escolhas, não importando suas particularidades. A concessão de incentivos fiscais é feita sem critérios ou um estudo apropriado por parte dos gestores públicos. Há uma aparência de obviedade perigosa, muitas vezes enganosa, que se assemelha, portanto, ao efeito manada, que é algo instintivo, irracional, mero reproduzidor de comportamentos, e, normalmente, tem efeitos bastante negativos.

As leis que criam incentivos fiscais talvez não se prestem ao desiderato proposto. Desta feita, devem ser analisadas sob o ponto de vista da economia, a fim de que as consequências possam ser medidas, levando-se em conta as particularidades do ente político concedente. A economia tem, com efeito, um papel desmistificador; a análise econômica tem a capacidade de desfazer mitos. Nada mágico, tudo método: empírico.

Para ilustrar como a economia pode efetivamente auxiliar o direito em suas decisões, e como a associação entre os dois universos do saber pode ser profícuo, trazemos exemplos clássicos da Análise Econômica do Direito. Inicialmente, tenta-se identificar o preço implícito criado pela regra jurídica em exame. O passo seguinte é a verificação das consequências da variação no aludido preço implícito, e, por fim, é feita uma avaliação quanto à eficiência, além de, quando é possível, em termos de distribuição. O caso a ser demonstrado é relativo ao direito penal e à forma mais eficiente de se aplicar a punição, a pena, seja do ponto de vista da redução dos custos do estado, seja com o intuito de que o criminoso se veja menos estimulado a delinquir:

O caso: Comissão designada para analisar reformas no direito penal, especificamente em alguns aspectos do crime de colarinho-branco, como, por exemplo, a apropriação de dinheiro do empregador, que, segundo estudos, é cometido após a realização de um cálculo racional de ganho potencial *versus* o risco de ser pego e punido. No momento em que a aludida comissão foi instalada, as pessoas que eram condenadas por esses crimes cumpriam pena de prisão. Depois de muitos depoimentos, notadamente de economistas, a comissão resolve que a pena mais apropriada para este tipo de crime, a pena mais eficiente, é a multa em dinheiro, em vez da prisão. Cada delito é classificado quanto à gravidade, e fica decidido que a multa aumenta de forma diretamente proporcional à gravidade do crime. A questão que restou posta foi: quanto aumentar?

Os economistas que depuseram convenceram a comissão de que os criminosos do colarinho-branco só delinquirem se o ganho esperado por eles superasse o custo. O custo derivava de dois fatores: primeiro, a possibilidade de ser preso e condenado; segundo, o tamanho da pena. Este cálculo pode ser expresso numericamente: caso a probabilidade de punição diminua 5%, e o tamanho da pena aumente também em 5%, o custo para quem comete o crime permanecerá o mesmo, o que, teoricamente, fará com que o criminoso reaja cometendo a mesma quantidade de crimes. Entretanto, como não poderia deixar de ser, em uma análise econômica faz-se indispensável a demonstração gráfica do fenômeno, a fim de que a conclusão possa ser tida como verdadeira.

Aqui foi descrito o preço implícito da aplicação da pena e sua possível interferência no comportamento dos criminosos, ou seja, a previsão do efeito da aplicação da pena sobre o comportamento dos criminosos. Em seguida, é preciso analisar o caso sob o ponto de vista da eficiência. Se foi visto que o aumento da multa compensa a diminuição da probabilidade de punição, resta saber o reflexo disso para a economia da Justiça, ou seja, o custo disso para a Justiça.

O custo do aumento da probabilidade de ser pego e punido, no sistema que privilegia o encarceramento, está diretamente ligado aos custos destinados à detenção e ao processo que envolve a apuração do crime de colarinho-branco, por exemplo, o número e a qualidade de auditores, fiscais de tributos, policiais,

promotores, etc. Enquanto esses recursos custam muito ao Estado, a administração de multas é muito barata⁷².

Essa simples análise exemplificativa dá uma boa ideia de como a economia pode contribuir para aperfeiçoar decisões práticas, objetivas, que o direito precisa fazer e que o Estado precisa tomar. Neste caso específico, decorrem das análises feitas algumas possíveis recomendações, tais como: o Estado investir pouco na detenção dos criminosos e aplicar multas severas aos detidos. Assim, fica demonstrado que é mais eficiente aplicar a multa mais alta que o criminoso possa suportar. Por outro lado, torna-se evidente que o encarceramento, não só dos criminosos do colarinho-branco, só se mostra eficiente caso a capacidade de pagar multas tenha se esgotado. Neste exemplo, portanto, a comissão formada dispõe de elementos para recomendar a elevação das penas de multa em sua tabela de penas para o crime em estudo.⁷³

Com efeito, a Análise Econômica, e a economia, por conseguinte, podem auxiliar o próprio Judiciário em suas práticas e normas processuais. É preciso, primeiro, solidificar o entendimento de que a economia não se refere apenas ao âmbito dos mercados, e que as normas e as decisões são indutoras de comportamentos na sociedade. Como tal, o direito e o Judiciário podem ser instrumentos fundamentais ao desenvolvimento econômico e social. Neste sentido, aliás, há uma pesquisa, que deveria ser levada mais em conta pelos operadores do direito, que mostra a relação do Judiciário com as empresas e a maneira como o funcionamento ou o mau funcionamento deste Poder influencia e prejudica os negócios. Não se trata de defender, pura e simplesmente, a categoria dos empresários, uma vez que, em um modelo capitalista as empresas e os empreendedores são agentes imprescindíveis para a produção de riqueza, para o desenvolvimento, bem como para o incremento da arrecadação, a consequente distribuição de renda e a garantia de direitos fundamentais.

Com este objetivo foi elaborado um estudo que pretendeu avaliar a qualidade do Judiciário enquanto instituição econômica. Neste trabalho, foram avaliadas as opiniões dos empresários sobre o desempenho do Judiciário brasileiro; a frequência

⁷² POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. LUIZ CAMARGO, Jefferson (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.485-486.

⁷³ COOTER, Robert et ULEN, Thomas. Op. cit., p.27-28.

com que partes privadas recorriam a ele para postergar o cumprimento de obrigações, por cada área do direito; o impacto do mau funcionamento do Judiciário na economia e na empresa; os efeitos negativos de decisões judiciais; o impacto da ineficiência do Judiciário sobre a firma e a reação das empresas a uma substantiva melhoria da qualidade do Judiciário.⁷⁴

O aludido estudo parte do pressuposto de que o economista e o jurista vivem em mundos distintos, o primeiro buscando a eficiência e a explicação para a vida a partir de comportamentos racionais, e o segundo preocupando-se quase que unicamente com questões axiológicas, especificamente, com a justiça, de maneira que esta constitua o único elemento regulador dos diversos aspectos das condutas humanas. No mesmo sentido do estudo que ora desenvolvemos, mostra-se a necessidade da aproximação entre esses dois mundos, a exigência de que haja um maior diálogo entre as disciplinas e que o direito e o Judiciário tomem verdadeira consciência de que a tentativa de aplicar a justiça como único regulador das condutas humanas é falha, não surte os efeitos esperados, devendo ser acompanhada de uma preocupação com as consequências, com a eficiência dentro e fora dos mercados.

A magnitude da influência do direito e do Judiciário, especificamente, sobre as escolhas dos agentes econômicos nos é dada por Armando Castelar Pinheiro, quando, ao discorrer sobre o comportamento das empresas ao calcularem os custos de recorrer ao Judiciário, afirma:

O custo esperado de recorrer ao Judiciário (ou a outras formas de resolução de disputas) não depende apenas das taxas pagas à Justiça, mas também das despesas incorridas durante o processo de litígio, da probabilidade de se vencer (probabilidade que pode ela própria depender do quanto é gasto) e de como os custos do litígio são distribuídos entre quem ganha e quem perde a causa. Custas judiciais elevadas, advogados caros e um sistema judicial com problemas de corrupção tendem a encorajar as partes a usarem mecanismos alternativos de resolução de disputas ou simplesmente a não iniciarem um litígio.⁷⁵

Algumas considerações sobre a transcrição supra: o Brasil não dispõe de métodos de resolução de conflitos eficientes em operação. Se há problemas de custos de transação para uma empresa de porte, que dispõe de recursos

⁷⁴ CASTELAR PINHEIRO, Armando. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* In. BENETTI TIMM, Luciano (Org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.19.

⁷⁵ CASTELAR PINHEIRO, Armando. Op. cit., p.25.

suficientes, imaginemos a situação das pequenas e micro empresas, e, mais grave, pensemos no cidadão comum, aquele que não é beneficiário da Justiça gratuita, ou até mesmo o beneficiário, uma vez que os referidos custos não se referem apenas a taxas e custas judiciais. Além disso, esses últimos não têm acesso a métodos de resolução de conflitos alternativos.

A pesquisa em comento trata de tema muito caro à administração da Justiça, só que do ponto de vista da economia. Sabe-se que a lentidão da solução dos conflitos judiciais assemelha-se com a injustiça. Mas a lentidão da resolução de demandas judiciais importa muito mais do que uma sensação de ausência de justiça, com reflexos e impactos de ordem econômica, o que, usualmente, não é observado por muitos especialistas e analistas do direito. A transcrição abaixo pode dar uma noção do prejuízo, em vários sentidos, de não se atentar para esse fato:

Quando a justiça é lenta, o valor esperado do ganho ou da perda das partes será tão mais baixo quanto maior for a taxa de juros. O insucesso em se produzir decisões com presteza é frequentemente citado como um importante problema dos sistemas judiciais em todo o mundo. Isto, por sua vez, causa dois tipos de problemas inter-relacionados. Por um lado, a morosidade reduz o valor presente do ganho líquido (recebimento esperado menos os custos), significando que o sistema judicial só em parte protege os direitos de propriedade. Em economias com inflação alta, se os tribunais não adotarem mecanismos de indexação adequados, o valor do direito em disputa pode despencar para zero com bastante rapidez. Pode haver, assim, uma tensão entre conciliar justiça e eficiência, quando se procura ao mesmo tempo alcançar decisões rápidas, bem informadas, que permitam amplo direito de defesa e que ao mesmo tempo incorram em custos baixos.⁷⁶

Apesar de não vivermos em um país com inflação consideravelmente alta, temos uma taxa básica de juros das mais elevadas do mundo, o que faz com que o valor esperado do ganho ou da perda das partes seja consideravelmente abaixo do esperado. Como partimos da premissa de que as normas e o direito são agentes indutores de conduta, que influenciam as escolhas racionais das pessoas, no mínimo, tal constatação faz com que a confiança no Judiciário seja abalada e reduzida. Além disso, o Poder Judiciário perde um pouco da legitimidade, que já é discutida por alguns.

⁷⁶ Op. cit., p.26.

Há uma representação gráfica de tudo quanto foi afirmado alhures, bem ao modo das ciências. Verifica-se, portanto, a demonstração materializada, empiricamente exposta, da percepção dos agentes econômicos sobre o direito e o Judiciário e o impacto do funcionamento deste último, no que é pertinente aos custos:

Tabela 1: Opinião dos Empresários Quanto ao Desempenho do Judiciário Brasileiro, com Destaque para os Custos

	AGILIDADE		IMPARCIALIDADE		CUSTOS	
	Frequência	%	Frequência	%	Frequência	%
Bom e Ótimo	7	1,2	157	26,1	90	15
Regular	48	8,1	267	44,4	232	38,5
Ruim e Péssimo	540	90,8	154	25,6	250	41,5
Sem Opinião	0	0	24	4	30	5
Total	595	100.0	602	100.0	602	100.0

Fonte: PINHEIRO, A. C. e CABRAL, C. *Judiciário e Economia no Brasil*. Ed. Sumaré, 2000 apud CASTELAR PINHEIRO, Armando. Op. cit., p.27.

Quanto à morosidade, a economia é capaz de identificar este fenômeno relacionado ao direito e ao desempenho do Judiciário, especialmente grave. A relação das empresas com a lentidão do Judiciário é ambígua. Nas demandas trabalhistas, por exemplo, a maioria das empresas aposta exatamente na demora como forma de pressionar os trabalhadores a aceitarem um acordo. Neste sentido, o risco de o trabalhador, enfraquecido quanto ao poder de barganha, deixar de receber o que lhe é efetivamente devido é grande. Este fato também pode ser observado com uma enorme frequência nos conflitos de natureza tributária.⁷⁷ A tabela seguinte explicita com muita clareza o incentivo, ou, em um jargão econômico, o preço implícito do direito e do funcionamento do Judiciário nas escolhas dos agentes:

⁷⁷ CASTELAR PINHEIRO, Armando. Op. cit., p.27.

Tabela 2: Frequência com que as partes recorrem ao Judiciário para postergar o cumprimento de suas obrigações. Destaque para as áreas trabalhista e tributária

Esfera da Justiça	Muito Frequente	Algo Frequente	Pouco Frequente	Nunca ou quase nunca ocorre	Não sabe / sem opinião	Não respondeu
Trabalhista	25,4	18,6	20	18,8	12	5,3
Tributária Federal	51,3	23,5	6,1	1,8	11,9	5,5
Tributária Estadual	44,7	27,8	8	1,3	12,3	5,9
Tributária Municipal	40,1	25,9	11,9	2,4	13,4	6,3
Comercial	24,8	34,5	16,5	3,1	14,2	6,9
Propriedade Industrial	8,1	17,5	29,3	9,2	27,8	8,1
Direitos do Consumidor	8,6	17,5	33,5	21,3	13,4	5,7
Meio Ambiente	8,1	17,9	29,8	20	17,9	6,2
Inquilinato	20,2	30,8	22,4	8	11,7	6,9
Mercado de Crédito	32,7	27,5	13,8	3,8	15,9	6,3

Fonte: PINHEIRO, A. C. e CABRAL, C. *Judiciário e Economia no Brasil*. Ed. Sumaré, 2000 apud CASTELAR PINHEIRO, Armando. Op. cit., p.28.

A economia, especificamente, a Análise Econômica do Direito, em sua vertente positiva oferece ao direito e ao Judiciário preciosas ferramentas para que possam evoluir e oferecer melhores serviços, inclusive, desfazendo distorções como as apresentadas em que há incentivos para que empresas e pessoas físicas procurem a solução judicial como forma de procrastinar o cumprimento de deveres. Além disso, a economia mostra como a lentidão na solução dos litígios provoca uma redução nos valores esperados de ganho ou de perda, em face de um cenário de juros altos como o que observamos no Brasil.

Com efeito, a economia vai além. Ela mostra de que forma a ineficiência do Judiciário resulta num preço implícito às organizações, e, conseqüentemente, ao desenvolvimento e ao progresso da sociedade. A última tabela colhida do estudo a que fazemos referência expõe a reação das firmas, por conta da ineficiência do Judiciário. O resultado demonstra uma retração nos negócios em decorrência do aumento dos riscos, que deriva da ineficiência do Judiciário, e do Estado, em última análise, em aplicar as leis que protegem e garantem direitos e contratos. Os resultados são eloquentes e serviriam para uma transformação, tanto das leis quanto da forma de gestão, acaso houvesse uma verdadeira preocupação com isso:

Tabela 3: Reação das organizações diante da ineficiência do Judiciário

	Sim	Não	Sem opinião	Total
Não realizar um investimento que de outra forma teria levado adiante?	21.2	65.1	13.7	100.0
Não fazer negócio com determinada pessoa ou empresa?	50.0	39.2	10.8	100.0
Não empregar trabalhadores, por achar que a Justiça do Trabalho é parcial em favor dos trabalhadores?	50.4	43.9	5.8	100.0
Decidir fazer um investimento em um estado em vez de outro por conta dos problemas com o Judiciário local?	17.3	59.7	23.0	100.0
Não realizar, ou realizar poucos negócios em determinado estado?	22.3	54.0	23.7	100.0
Não terceirizar determinada atividade por receio de os fornecedores não cumprirem o contrato e a Justiça não prover recurso em tempo hábil?	32.4	50.4	17.3	100.0
A não realizar, ou realizar poucos negócios com empresas estatais ou a administração pública?	48.2	34.9	16.9	100.0

Fonte: PINHEIRO, A. C. e CABRAL, C. *Judiciário e Economia no Brasil*. Ed. Sumaré, 2000 apud CASTELAR PINHEIRO, Armando. Op. cit., p.34.

Essa foi uma amostra consistente de como a Análise Econômica do Direito pode conviver em harmonia com o direito e auxiliá-lo em suas atividades e obrigações. Ademais, fica evidente que a economia é útil e produz resultados profícuos para além das fronteiras dos mercados, podendo, inclusive, orientar e mostrar as melhores condutas a serem adotadas pelo direito.

3.4 A Incipiente AED

Há registros da utilização da Análise Econômica do Direito antes de 1960, nos Estados Unidos da América. Ocorre que nesta época a economia aplicada ao direito tinha sua utilidade voltada quase que inteiramente ao combate dos monopólios. É bem verdade, houve, ainda neste período, alguns estudos esparsos em que se verificava a aplicação da economia ao direito tributário, ao direito empresarial, ao

direito das patentes, ao direito aplicado aos contratos, em relação à utilidade pública e à regulação do transporte popular.⁷⁸

Com efeito, a Análise Econômica do Direito como a conhecemos hoje, surge a partir de 1960, com a utilização da economia em diversos campos do sistema da *Common Law*. Além disso, há dois marcos importantes da moderna Análise Econômica do Direito, que são o artigo de Guido Calabresi sobre responsabilidade civil, “*Some Thoughts on Risk Distribution and The Law of Torts*”⁷⁹ e o artigo de Ronald Coase sobre o custo social, “*The Problem of Social Cost*”⁸⁰. Nas palavras de Richard Posner:

[...] The hallmark of the “new” law and economics – the law and economics that has emerged since about 1960 – is the application of economics to the legal system across the board: to common law fields such as torts, contracts, restitution, and property; to statutory fields such as environmental regulation, intellectual property, corporate and financial law, and pension law; to the theory and practice of punishment; to civil, criminal, and administrative procedure; to evidence; to the theory of legislation and regulation; to law enforcement and judicial behavior and administration; and even to constitutional law, international and development law, primitive law, admiralty law, family law, and jurisprudence.⁸¹

A despeito de as considerações feitas delinearem e já demonstrarem a importância da Análise Econômica do Direito para o cenário jurídico, reveste-se de relevância inconteste o depoimento do professor Bruno Meyerhof Salama, um dos mais destacados estudiosos e profícuo produtor de trabalhos sobre o tema, a respeito do destaque do “Direito e Economia”. Segundo o professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, “*O Direito e Economia é tido por muitos como o*

⁷⁸ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p.29.

⁷⁹ Algumas considerações sobre a distribuição dos riscos e a lei da responsabilidade civil.

⁸⁰ O problema do custo social.

⁸¹ Op. cit. p.29.

A marca da nova análise econômica do direito, a análise econômica do direito que surge por volta de 1960, representa a aplicação da economia ao sistema legal, de forma geral: aos campos do Common Law, tais como responsabilidade civil, contratos, proteção ambiental, propriedade intelectual, direito empresarial e financeiro, direito previdenciário; à teoria e prática da pena; ao direito civil, penal e procedimento administrativo; à prova; à teoria da legislação e regulamentação; à aplicação da lei e ao comportamento e administração judicial; até ao direito constitucional, direito internacional e direito do desenvolvimento, ao direito antigo, ao direito marinho, direito de família e à jurisprudência.

movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado".⁸²

Com efeito, o fato de ter surgido em um país sujeito ao *Common Law* e parecer ter sido moldado para tal sistema legal, não impediu que a Análise Econômica do Direito transpusesse tais fronteiras e ganhasse adeptos em países submetidos à tradição do direito continental. Neste sentido tem-se este breve relato:

[...] Tendo surgido nos Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos, depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil. Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado, e já existe considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental.⁸³

Definido o momento histórico em que a Análise Econômica do Direito se apresenta ao mundo jurídico, assim como algumas de suas potenciais aplicações ao direito, vejamos quais questões são objeto do Direito e Economia, de uma maneira geral. Para tanto, lança-se mão de Ivo Gico Júnior, para quem:

De forma geral, os juristas e economistas estão preocupados em tentar responder a duas perguntas básicas: (a) quais são as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (b) que regra jurídica deveria ser adotada? A maioria de nós concordaria que a resposta à primeira indagação independe da resposta à segunda, mas que o inverso não é verdadeiro, isto é, para sabermos como seria a regra ideal, precisamos saber quais são as consequências dela decorrentes. A primeira parte da investigação refere-se à AED positiva (o que é), enquanto a segunda, à AED normativa (o que deve ser) Como essa distinção traz importantes implicações do ponto de vista epistemológico/metodológico e algumas vezes é fonte de incompreensão, vamos investir um pouco de tempo aqui antes de avançarmos na metodologia da AED.⁸⁴

⁸² MEYERHOF SALAMA, Bruno. *O que é "Direito e Economia"?* In: BENETTI TIMM, Luciano (Org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 50.

⁸³ Op. cit., p.51.

⁸⁴ GICO JÚNIOR, Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: BENETTI TIM, Luciano (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p.15.

3.5 A Epistemologia da AED

Há, por conseguinte, duas perguntas a serem respondidas pela Análise Econômica do Direito. A epistemologia da Análise Econômica do Direito, basicamente, se ocupa da solução dos dois questionamentos apresentados. A primeira pergunta, mais simples, não tem despertado grandes discussões críticas ou interpretações dissonantes, distantes da realidade. A busca pela resposta da segunda pergunta, porquanto mais complexa e exigente de um conhecimento mais detido do que efetivamente venha a ser a Análise Econômica do Direito, tem provocado constantes mal-entendidos sobre o verdadeiro papel da economia como auxiliar do direito.

A Análise Econômica do Direito se apresenta, portanto, em dois sentidos diversos, ou em duas escolas distintas: uma, chamada de concepção positiva, procura explicar o direito, sua eficácia e de que maneira as normas são e se comportam na realidade; a outra, é a teoria normativa e tem como escopo definir o que deve ser do direito a partir da análise e do exame da realidade. Dito de outro modo:

O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar.⁸⁵

Paulo Caliendo nos dá um bom exemplo prático deste primeiro sentido da Análise Econômica do Direito ao afirmar que para Ronald Coase, “se uma determinada conduta econômica, como a coletivização da agricultura, provoca uma fome em massa na sociedade, não haverá quaisquer dúvidas para o economista afirmar que essa decisão econômica não é desejável” . Não é eficiente, portanto. É uma observação da realidade, do comportamento, e consequência da aplicação de uma dada determinação. A seguir, serão estudados, com mais vagar, os dois sentidos da Análise Econômica do Direito, mencionados.

⁸⁵ MEYERHOF SALAMA, Bruno. Op., Cit., p.52

3.5.1 AED Positiva

O argumento-chave do Direito e Economia positivo é o de que os conceitos da microeconomia são ferramentas úteis ao direito. Bruno Salama, citando Robert Cooter, afirma que esse argumento possui algumas versões, três das quais são as mais relevantes: uma versão reducionista, uma versão explicativa e a versão preditiva. As três versões apresentam a relação entre o direito e a economia de formas diferentes.⁸⁶

A versão reducionista, menos útil e mais radical, sugere a prevalência da economia sobre o direito e a substituição de categorias jurídicas tradicionais, tais como direitos subjetivos, deveres jurídicos, culpa, entre outros, por categorias econômicas⁸⁷.

De acordo com a segunda versão, a explicativa, a economia seria capaz de fornecer uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas. Conforme o ensinamento de Salama, a ideia seria que “[...] os sistemas jurídicos poderiam ser compreendidos como sendo a resultante das decisões de maximização de preferências das pessoas em um ambiente de escassez.”⁸⁸

Contudo, haveria um problema em relação a essa versão. É que a explicação de institutos jurídicos como produto da maximização de maneira relativamente coordenada de preferências individuais negligencia fatores culturais e históricos, o que impõe que haja uma articulação mais amena dessa versão, para que a teoria econômica possa desvendar, ainda que parcialmente, a estrutura lógica do direito. Deste entendimento e desta constatação depende-se que a economia põe luzes e apresenta sugestões de hipóteses, porém, torna-se mais rica quando interage com outros ramos do conhecimento, tais como a antropologia, a psicologia, a história, a sociologia e a filosofia.⁸⁹

Segundo a versão preditiva, a economia pode servir para prever as consequências das diversas regras jurídicas. Trata-se, exatamente, de tentar

⁸⁶ MEYERHOF SALAMA, Bruno. *O que é “Direito e Economia”?* In: BENETTI TIMM, Luciano (Org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. *Apud* COOTER, Robert?

⁸⁷ MEYERHOF SALAMA, Bruno. *Op. cit.*, p.52.

⁸⁸ MEYERHOF SALAMA, Bruno. *Op. cit.*, p.52.

⁸⁹ *Op. cit.*, p.53.

identificar os possíveis reflexos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais importantes em cada caso. Dito de outro modo:

A disciplina de Direito e Economia retira as consequências do fenômeno jurídico da periferia, trazendo-as para o centro do debate. Busca-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como consequências das diferentes posturas legais. Se, como vimos acima, o poder explicativo da teoria econômica é mais forte em alguns campos do que em outros, então o poder preditivo também há de ter suas limitações. Isso quer dizer também que a “lógica econômica” é provavelmente mais útil para analisar o comportamento dos agentes em algumas áreas do Direito do que em outras.⁹⁰

Apesar da afirmação de que a economia precisaria realizar uma integração com outros ramos do saber para poder realizar uma melhor explicação, a verdade é que o Direito e Economia Positivo emprega predominantemente os modelos mentais e as ferramentas analíticas que são típicas da Economia. São utilizados nas análises os modelos microeconômicos marginalistas, fazendo-se uso também da teoria dos custos de transação, da teoria do agente, da teoria da escolha pública e da teoria dos jogos. Neste sentido, para que se possa melhor entender o que se está a falar, necessário é definir alguns conceitos centrais da economia. Quais sejam: escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Todos eles são fundamentais na Análise Econômica do Direito, e, como será visto no capítulo subsequente, têm importância capital na AED segundo Richard A. Posner.

O primeiro dos conceitos centrais da economia é a escassez. Para entender o que se quer dizer com escassez, basta observar que vivemos em um mundo de recursos limitados, e, como tal, as pessoas são obrigadas a fazer escolhas, pois não há disponibilidade de tudo o que se deseja, ou de tudo o que se precisa. Se os recursos fossem infinitos, não existiria a necessidade de equacionar sua alocação.

Outro conceito fundamental é a maximização racional. Em um cenário de recursos limitados, há, como se disse, a necessidade de que as pessoas façam escolhas. As escolhas que farão os indivíduos, pode-se prever, serão aquelas que atenderam a seus interesses pessoais, sejam quais forem tais interesses. Desta feita, quando da formulação de teorias, partir-se-á do pressuposto de que as pessoas calculam para alcançar os maiores benefícios, com os menores custos. Tal suposição de maximização racional acarreta o assim chamado processo de “decisão

⁹⁰ MEYERHOF SALAMA, Bruno. Op. cit., p.53.

marginalista”. Ou seja, na realização de escolhas, as pessoas apenas realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se os benefícios da próxima unidade excederem seus custos.

O terceiro conceito central é o equilíbrio, que vem a ser um padrão de comportamento atingido quando todos os atores estão buscando maximizar seus próprios interesses ao mesmo tempo. Um exemplo deste equilíbrio é uma determinada lei que surge no momento em que todos atores políticos estão maximizando seus interesses por meio de um processo político.

Outro conceito fundamental para a economia e, conseqüentemente, para a Análise Econômica do Direito, é o de incentivos. Incentivos são os chamados “preços implícitos”. Imaginando um ambiente de mercado, temos que as pessoas fazem suas escolhas de consumo com base numa ponderação entre os custos e os benefícios, isto porque as pessoas estão sempre procurando maximizar seus benefícios. Assim, o aumento do preço de um determinado bem, normalmente, fará com que as pessoas passem a consumir outro produto, ou, passem a consumir menos aquele produto com o preço majorado. Os produtores, ao contrário, produzirão uma maior quantidade quando o preço subir e uma menor quantidade quando o preço cair. Ambos estarão agindo por incentivos ou por “preços implícitos”.

Com efeito, a tendência é associar o pensamento econômico apenas aos exemplos postos acima, ou seja, aqueles que têm uma relação direta com o mercado. Porém, as condutas das pessoas em um determinado contexto institucional também podem seguir uma dinâmica semelhante. É o que foi demonstrado no caso da escolha das penas mais apropriadas para dissuadir o crime do colarinho-branco, exemplo exposto acima, e que nos foi dado por Cooter e Ulen. Outro exemplo de como os incentivos atuam para além dos mercados nos é dado por Bruno Salama:

[...] de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade cada motorista irá sopesar, de um lado, (a) o benefício auferido com o aumento da velocidade (em virtude, por exemplo, do prazer de dirigir em alta velocidade ou do menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja autuação e imposição da multa.

Neste caso específico, os incentivos legais resultam no limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização.⁹¹

O último conceito de capital importância para a Análise Econômica do Direito é o de eficiência. Desde já há de se ressaltar que o termo “eficiência” tem diversas acepções. Veremos mais à frente que Richard Posner adota uma dada concepção de eficiência, o que se tornou uma marca em seu trabalho, em sua teoria, além de ter despertado críticas de variadas ordens. Há, como ilustração, dois tipos clássicos de concepção de eficiência, que serão mais bem vistos em momento posterior, e que, de certa forma, também são usados por Posner, que são a eficiência paretiana, que se deve a Vilfredo Pareto, e a eficiência de Kaldor-Hicks, numa referência aos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks.

Porém, eficiência aqui fará referência, simplesmente, à maximização de ganhos e minimização de custos. Por esta ótica, uma operação será considerada eficiente caso não seja possível aumentar os benefícios sem que os custos também sejam aumentados. Novamente, recorreremos a um exemplo para melhor ilustrar o afirmado. Vejamos um caso em que se mede a eficiência para além do mercado:

[...] suponha que cada acidente aéreo cause, no total, custos de \$100 milhões (refiro-me aqui à soma de todos os custos sociais relevantes que englobam tanto as perdas da companhia aérea, quanto das vítimas dos acidentes). Suponha também que uma empresa possa investir \$2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea, e que essa nova tecnologia causará uma diminuição de 1% na probabilidade de ocorrência de acidentes. Será que este investimento é eficiente? A resposta é negativa. Afinal, a empresa investirá \$2 milhões para evitar custos de \$1 milhão (1% x \$100 milhões = \$1 milhão). O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre, e por isso não é eficiente.⁹²

Esta função eminentemente descritiva da Análise Econômica do Direito, como se pode depreender do exposto até aqui, tem a função precípua de verificar a pertinência entre os meios e os fins normativos. Ou seja, a versão positiva ou descritiva da Análise Econômica do Direito se propõe a verificar se as regras existentes atingem os objetivos declarados. Aliás, a pertinência entre os meios jurídicos empregados e os fins normativos traz consigo implicações diretas para a legitimidade do direito. Ou seja, além da necessidade da verificação para a obtenção de melhores resultados com os meios normativos, a análise positiva colabora decisivamente para que o direito não perca sua credibilidade e sua legitimidade. Isto

⁹¹ MEYERHOF SALAMA, Bruno. Op. cit., p.55.

⁹² MEYERHOF SALAMA, Bruno. Op. cit., p.55-56.

serve também para as decisões do Judiciário, que, como poder em que seus membros não são submetidos à escolha popular, fica sempre à mercê de debates sobre legitimidade, ainda que se saiba que a legitimidade de um dado poder estatal não decorra apenas do voto ou da escolha popular.

3.5.2 A AED Normativa

Eis uma tarefa bem mais ambiciosa a que se propõe a Análise Econômica do Direito. A utilização do instrumental da Análise Econômica do Direito para uma análise normativa significa, por exemplo, dizer que uma dada política pública deve ser adotada em detrimento de uma outra política pública, ou, em se tratando de decisões judiciais, que um dado caso deve ser resolvido de tal forma. Entretanto, segundo Ivo Vico Júnior, o juseconomista só pode fazê-lo, enquanto juseconomista, “[...] se o critério normativo com base no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado (e.g., por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei)”.⁹³ Como exemplo para bem esclarecer o que ora se afirma temos o seguinte:

[...] se o objetivo é reduzir a quantidade de sequestros-relâmpagos, a AED normativa pode nos auxiliar a identificar a melhor política de punição, a melhor estrutura processual para este tipo de delito etc. Nessa linha, qualquer objetivo pode servir de guia para a AED normativa, desde uma maior preocupação com distribuição de riqueza até a forma mais eficiente de se incentivar a conciliação entre casais em crise.⁹⁴

A Análise Econômica do Direito normativa, portanto, tem a capacidade de auxiliar a escolher, entre opções possíveis, aquela que seja a mais eficiente. Dito de outro modo, ajuda a escolher o melhor arranjo institucional, dado um vetor normativo que esteja previamente definido.⁹⁵

⁹³ VICO JÚNIOR, Ivo. Op. cit., p.17.

⁹⁴ VICO JÚNIOR, Ivo. Op. cit., p.17.

⁹⁵ Op. cit., p.18.

3.6 A Metodologia da AED

Os juristas iniciam suas análises partindo do pressuposto de que o direito é composto por normas e seu objeto principal é descobrir o conteúdo e o alcance dessas normas. A normatividade das regras jurídicas é um necessário pressuposto, e o instrumento de análise principal e mais utilizado no direito é a hermenêutica.

Com efeito, diante de um caso como a conservação do patrimônio histórico-cultural, um jurista teria as seguintes preocupações, ou faria as seguintes perguntas: Cultura integra algum dos significados possíveis da expressão “meio ambiente”? Sendo positiva a resposta, poderia seguir a pergunta: Prédios históricos gozam da mesma proteção e limitações impostas pelas leis ambientais para áreas verdes? Essas são, portanto, discussões típicas de um jurista; são os questionamentos através dos quais ele resolveria seu objeto de estudo. É, portanto, a metodologia utilizada pelo estudioso do direito.

O juseconomista, por sua vez, procura investigar causas e consequências das regras jurídicas com o objetivo de prever, ou para tentar prever, como as pessoas e os agentes públicos se portarão em face de uma regra, se alterarão seu comportamento e como alterarão dado comportamento se a tal regra for modificada. Isto quer dizer que para os juseconomistas, ao contrário do que ocorre com os juristas, a normatividade das regras jurídicas não é pressuposta, ou seja, muitas vezes ela é negada. Dito de outra maneira, os juseconomistas veem as regras como incentivos, e como tais, em um dado episódio concreto, podem solenemente ser ignoradas.

Desta feita, diante do mesmo exemplo dado, um juseconomistas utilizaria uma metodologia completamente diferente. Faria, portanto, perguntas completamente diferentes das feitas pelos juristas. As perguntas de um juseconomista poderiam ser as seguintes: (a) Como tem sido, realmente, o comportamento das pessoas ante a regra atual, que não incide sobre o patrimônio histórico-cultural? Depois, (b) De que maneira uma alteração nesta regra, seja uma mudança legislativa, seja uma mudança na interpretação desta norma, alteraria a estrutura de incentivos, no intento de prever como seria o novo comportamento dos

agentes? Fica evidente, portanto, a distinção entre as abordagens ou os métodos dos juristas e dos juseconomistas.

Além disso, a metodologia da Análise Econômica do Direito dispõe, e ao mesmo tempo depende, de alguns postulados ou pressupostos para realizar suas observações e suas previsões. O primeiro pressuposto ou fundamento em que se baseia o método econômico é o de que os recursos são escassos na sociedade. Vale dizer que a escassez de recursos também é um pressuposto do direito, contudo, provoca outro tipo de motivação. Se os recursos não fossem escassos, relativamente ao direito, não haveria conflitos, ou não haveria tantos conflitos. Outro pressuposto da metodologia da AED é que toda escolha, e escolhas precisam ser feitas em um cenário de escassez, traz consigo um custo, que no jargão econômico é chamado de *Trade Off*. Este custo ou *Trade Off* vem a ser a segunda alocação mais interessante para o recurso disponível, mas que foi preterida. É o chamado custo de oportunidade.

Na prática da gestão pública este pressuposto é de suma importância, pois tem relação, ou se refere, às chamadas escolhas trágicas. Como, por exemplo, quando se decide investir dinheiro público em reforço da segurança das fronteiras, em detrimento, por exemplo, de maior investimento em educação.

Outro postulado da juseconomia é aquele segundo o qual os agentes econômicos agem, via de regra, como se sopesassem os custos e benefícios de cada alternativa, escolhendo aquela que lhes traz mais bem-estar. O termo para este postulado ou pressuposto é de que as pessoas são maximizadoras racionais. A importância disso é que se as pessoas escolhem com base em custos e benefícios, uma mudança na estrutura de incentivos pode alterar o comportamento dos indivíduos. A estrutura de incentivos tem importância fundamental em uma sociedade. Neste sentido:

Se pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Uma das

funções da juseconomia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos.⁹⁶

A Análise Econômica do Direito adota também o individualismo metodológico. Em função do individualismo metodológico, a juseconomia concebe que para poder fazer prognose é preciso tomar a escolha individual de cada agente ou de um grupo reduzido de pessoas que estejam envolvidas com o problema. Necessária a observação de que se está a falar de indivíduo ou pequeno grupo em interação, não isoladamente. Como exemplo, podemos tomar o Judiciário. Para que se possa entender o porquê de o Judiciário funcionar como funciona, é preciso “[...] *explicar e compreender a estrutura dos incentivos de cada magistrado, a dinâmica entre juízes e desembargadores e destes com os ministros e assim sucessivamente.*”⁹⁷

Os juseconomistas, assim como os economistas e os cientistas, utilizam modelos para reduzir as complexidades do mundo real. Como é impossível lidar com todas as variáveis, fazem uso desses modelos, para “reduzir” a realidade, numa analogia com um mapa, para poder explicar os comportamentos. Com referência ao mapa, quanto maior for, mais realista será, tanto quanto mais inútil. Assim, os juseconomistas elaboram modelos teóricos dos casos que pretendem investigar, levando em conta apenas as variáveis que julgam indispensáveis.

A juseconomia trabalha com a racionalidade dos atores. Dizer que os atores são racionais é dizer que eles têm escolhas constantes, não importando que escolhas são essas. Ou seja, é dizer que os agentes têm preferências que são definidas e identificadas, a fim de que se possa criar um padrão e prever comportamentos. Um exemplo disto é que, para a economia, se o indivíduo prefere A a B e C a B, ele deve preferir C a A, ou não conseguiria fazer uma escolha. Outra forma de expressar essa ideia é que os indivíduos atribuem utilidades às suas escolhas e as ordenam conforme a utilidade que atribuem. Vale ressaltar que quando se fala em utilidade não se está referindo apenas a questões materiais ou monetárias. O indivíduo pode extrair utilidade de uma atividade altruísta, por exemplo. Há outra forma de expressar a mesma ideia desenvolvida: a de que as pessoas serão racionais quando permanecerem desenvolvendo uma atividade, enquanto estiverem ganhando com isso. É o que se denomina decidir na margem.

⁹⁶ Op. cit., p.21-22.

⁹⁷ Op. cit., p.22.

A hipótese, portanto, é que os indivíduos se portam como racionais e não que sejam racionais. É equivocada a ideia de que a economia trabalhe com a concepção de que as pessoas estejam eternamente calculando, realizando, conscientemente, cálculos todo o tempo, ponderando custos e benefícios em todos os momentos de suas vidas. A economia e a juseconomia, por conseguinte, trabalham como se, na média, as pessoas efetivamente se comportassem deste modo. É sabido, entretanto, que em situações de risco e incertezas há oportunidades em que os indivíduos não se comportam da forma esperada. Isto já foi estudado, sendo comprovada a existência de comportamentos divergentes, que fogem do esperado. Porém, tal divergência não se dá de forma aleatória, ela é sistemática. O que não está claro ainda é a relevância destes desvios de comportamento para a compreensão da realidade social e em que contexto eles ocorrem.⁹⁸

O último pressuposto metodológico da juseconomia é a eficiência. O debate entre eficiência e justiça será devidamente examinado quando da abordagem da Análise Econômica do Direito segundo Posner. Desde já, contudo, pode-se dizer que a economia não trabalha com conceitos que se encontram no mundo dos valores. Então a economia não pode, nem tem interesse em definir o que seja justo. Há, porém, a certeza de que uma escolha pública ineficiente, por exemplo, jamais poderá ser justa.

De uma maneira geral, ressalvadas algumas variações vistas logo acima, há relativo consenso quanto à existência dos seguintes postulados da Análise Econômica do Direito: a) o individualismo metodológico, quer dizer, os fenômenos coletivos devem ser explicados como resultantes de decisões individuais; b) escolha racional, ou seja, as decisões individuais são entendidas como racionalmente dirigidas à maximização dos interesses individuais (*benefits over costs*); c) as preferências estáveis, diga-se, postula-se que no curto prazo há a estabilidade de preferências ; e) o *equilibrium*, compreendido pelo fato de que as interações na política e no direito tendem, tal como no mercado, ao equilíbrio.

⁹⁸ Op. cit., p.26-27.

3.7 AED e Ronald Coase

Não há como tratar da Análise Econômica do Direito sem falar de Ronald Coase e de seu artigo “*The Problem of Social Cost*”, de 1960, superficialmente mencionado linhas acima. Esta obra tem sua importância não só por ser considerada aquela que deu início ao “movimento” do Direito e Economia, o que já seria o bastante, mas, por ser considerado por muitos, o artigo econômico mais citado da história.

“O problema do Custo Social” confere ênfase à relevância das instituições legais e dos custos de transação nos processos de alocação de recursos na sociedade. Com efeito, faz-se necessário definir o que são as instituições mencionadas por Coase, para o bom entendimento de sua tese. Cristiano Carvalho vale-se da lição de Parsons e Shils⁹⁹ para definir “instituições”:

[...]as instituições são sistemas pelos quais os atores sociais ocupam determinados *status* ou papéis, dentro de situações regularmente recorrentes, nas quais há expectativas de condutas e correspondentes sanções pelo seu não cumprimento. As instituições, por sua vez, se agrupam em sistemas sociais.¹⁰⁰

Em seguida, o próprio Cristiano Carvalho, ao discorrer sobre a função das instituições, ratifica o conceito e o torna mais claro e palatável ao asseverar que:

As instituições têm a primordial função de garantir regras sociais de conduta, sem, contudo, qualquer pretensão determinística. Analogamente a um jogo, as instituições são como regras: determinam como jogar, mas não garantem resultados. As instituições são compostas de três fatores: a) regras formais; b) regras informais; c) mecanismos responsáveis pela eficácia desses dois tipos de regras.¹⁰¹

Decorre do conceito de instituições e de suas funções a ideia de que as organizações são os jogadores, os agentes. Neste sentido, tem-se que as organizações que podem ser empresas, partidos políticos, agremiações, universidades, igrejas ou organizações não governamentais operam na moldura construída pelas instituições, em uma lógica de incentivos e custos.

Seguindo na interpretação da obra fundamental de Coase, é necessário saber o que são os custos de transação mencionados pelo autor. Os custos de transação

⁹⁹ PARSONS, Talcott; SHILS, Edward A. *Toward a general theory of action. Theoretical Foundations for the social sciences*. London: Transaction Publishers, 2001.

¹⁰⁰ CARVALHO, Cristiano. *Teoria da Decisão Tributária*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.48.

¹⁰¹ Op. cit., p.49.

são todos os custos em que incorrem os indivíduos ou entidades, firmas ou organizações ao se relacionarem com outros indivíduos ou entidades. Nestes custos estão incluídos custos de procura de parceiros para negociação, custos das próprias negociações, custos com a formação dos acordos, custos com o monitoramento dos acordos, inclusive judicial, custos do intercâmbio posterior ao acordo, como também, os custos de oportunidade.¹⁰²

O texto de Coase teve a virtude de mostrar ao leitor que as normas jurídicas têm uma função maior do que ser uma forma de atribuir a cada um o que é seu. Coase trouxe para a ordem do dia o estudo sobre as possibilidades de as normas e do direito serem importantes ferramentas para o estímulo do desenvolvimento¹⁰³.

O Teorema de Coase trouxe, fundamentalmente, a ideia de que a sociedade pode coordenar-se e desenvolver-se de forma eficiente, se o Estado garantir os direitos de propriedade e os direitos contratuais. É, conforme afirma Salama, “[...] *uma rearticulação moderna da fórmula Smithiana e, por isso, tem sido identificado com a chamada Escola de Direito e Economia de Chicago.*[...]”¹⁰⁴

Segundo o Teorema de Coase, se os custos de transação forem inexistentes, se as pessoas puderem negociar em um ambiente assim, seja qual for a distribuição inicial de direitos, haverá uma alocação eficiente de recursos, ou seja, aludidos recursos irão convergir para quem lhes atribua maior valor¹⁰⁵.

E, para encerrar o estudo sobre a teoria de Coase, uma vez que o aprofundamento não condiz com o objetivo do presente trabalho, colaciona-se o texto de Cristiano Carvalho, que, de forma feliz, expõe a essência do chamado Teorema de Coase:

O ponto fulcral do teorema é demonstrar que apenas em um mundo sem custos de transação é que o paradigma neoclássico da Economia, qual seja dos mercados totalmente eficientes, funciona sem necessidade de instituições. Como no mundo real muitas vezes os custos de transação são altos, as instituições políticas, econômicas e jurídicas passam a ter importância crucial. Instituições sólidas, estáveis e confirmadoras de expectativas sociais diminuem os custos de transação, possibilitando

¹⁰² MEYERHOF SALAMA, Bruno. *Apresentação*. In. MEYERHOF SALAMA, Bruno. (Org.). *Direito e Economia: Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.53.

¹⁰³ Op. cit., p.54.

¹⁰⁴ Op. cit., p.54.

¹⁰⁵ CARVALHO, Cristiano. Op. cit., p.52.

interações e resultados eficientes entre os agentes, ou, de forma mais direta, desenvolvimento social e econômico.¹⁰⁶

Com efeito, a necessidade de instituições sólidas, estáveis e confirmadoras de expectativas sociais, que reduzem custos de transação, possibilitando interações e resultados eficientes entre os agentes, mais que isso, possibilitando desenvolvimento social e econômico, é justamente a explicação dada por Daron Acemoglu, professor de economia do MIT e James Robinson, professor de administração pública da Harvard University, no estudo que fizeram sobre as origens do poder, da prosperidade e da pobreza, no livro *Por que as Nações Fracassam*¹⁰⁷. A conclusão dos autores foi exatamente que aquilo que sempre fez diferença entre as nações, desde os primórdios da humanidade, e que explica, por exemplo, por que duas cidades separadas por uma cerca podem apresentar índices de desenvolvimento econômico e social tão díspares, não tem nenhuma relação com determinismos geográficos ou culturais, mas sim com a estabilidade e o respeito às instituições.¹⁰⁸

3.8 Análise Econômica do Direito Segundo Richard Posner

Economic Analysis of Law, publicado pela primeira vez no ano de 1973, representou uma tentativa de explicar o direito a partir da economia, assim como costumeiramente feito pela história do direito e pela sociologia do direito. Aí está, de saída, a profunda inovação no estudo do direito.

3.8.1 Pressupostos da Aplicação da AED Segundo Posner

A utilização da economia no direito, por Posner, se baseava na convicção de que as pessoas são maximizadoras racionais de riqueza, não obstante haja escolhas irracionais, aleatórias, esporádicas. Além disso, para Posner, o *Common Law* tem evoluído através dos tempos no sentido de preferir decisões que

¹⁰⁶ Op. cit. p.52.

¹⁰⁷ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. SERRA, Cristina (Trad.). *Por que as Nações Fracassam: As Origens do Poder, da Prosperidade e da Pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2012.

¹⁰⁸ Op., Cit.

incentivem ou facilitem a maximização da riqueza. É como se esse desiderato fosse uma consequência natural da evolução daquele sistema.¹⁰⁹

Em verdade, Posner inicia a demonstração de sua concepção sobre economia, e, conseqüentemente, a preparação para defender a aplicação daquela ao direito, procurando desmistificar a concepção, ainda reinante entre as pessoas, e, especificamente, no meio jurídico, de que a economia seria um estudo matemático sobre inflação, desemprego e outros problemas afeitos à macroeconomia e distantes dos interesses do direito. São palavras suas, retiradas do original:

Many lawyers still think that economics is the forbiddingly mathematized study of inflation, unemployment, business cycles, and other macroeconomic phenomena remote from the day-to-day concerns of the legal system.¹¹⁰

Para Posner, o campo de atuação da economia poderia ser muito mais vasto. O domínio da economia deveria ser muito mais extenso, influenciando outras disciplinas, como o direito. Como dito, para ele a economia seria a ciência das escolhas racionais em um mundo com limitação de recursos, ou seja, com escassez de riquezas, em face das necessidades humanas crescentes. Outra premissa de que se vale a visão da economia de Posner é a de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas finalidades na vida, de suas satisfações. A isto ele chama autointeresse. Ocorre que aqui é preciso fazer outra ressalva devido a interpretações equivocadas, normalmente decorrentes do que se chama senso comum. Segundo Posner, a maximização racional não deve ser confundida com um cálculo consciente. Por este motivo, ele afirma que a economia não é a teoria da consciência. Em decorrência desta afirmação, Posner sustenta que o comportamento é racional quando está em conformidade com o modelo de escolha racional, independentemente do estado mental daquele que escolhe.¹¹¹

Outro importante equívoco a respeito da economia, que Posner trata de tentar desfazer, é aquele que confunde o autointeresse ou comportamento autointeressado com egoísmo. Esta confusão, os economistas preferem usar o termo utilidade a autointeresse. Posner afirma:

¹⁰⁹ POSNER, Richard A. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p.3

¹¹⁰ Op. cit.

¹¹¹ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Op. cit.

[...] And “self-interest” should not be confused with selfishness; the happiness (or for that matter the misery) of other people may be a part of one’s satisfactions. To avoid this confusion, economists generally prefer to speak of “utility” than to self-interest.¹¹²

Fundamental para Posner é o entendimento claro de que as pessoas são maximizadoras racionais de utilidades para além do ambiente de mercado. Segundo ele, essa premissa é importante para a Análise Econômica do Direito, pois muitas das preocupações do direito se voltam para comportamentos que estão fora do mercado, tais como o crime, o casamento e o divórcio, os acidentes, entre outros. Posner esclarece que esta concepção, esta ideia nos remete a Jeremy Bentham e seu utilitarismo, do século XVIII e começo do século XIX. Aduz, ainda, que apesar de não ser recente, esta ideia não foi desenvolvida, ou não mereceu grande atenção dos economistas, até o trabalho de Gary Becker, nos anos cinquenta e sessenta¹¹³.

Segundo Richard Posner, o fato de que as pessoas são maximizadoras racionais de utilidade faz com que elas sejam suscetíveis a incentivos, e disso decorre a possibilidade de que a mudança nos incentivos possa causar mudanças nos comportamentos. Dessa premissa decorrem, segundo o autor, quatro princípios fundamentais da economia, que norteiam a Análise Econômica do Direito. Eles são, segundo Posner, a “Lei da Demanda”; o custo de oportunidade; a tendência de os recursos se encaminharem em direção dos usos mais valiosos; e o equilíbrio¹¹⁴.

Na primeira edição, e nas primeiras versões do *Economic Analysis of Law*, Posner se limitara a empreender uma análise econômica de temas identificados e claramente afeitos à tradição do *Common Law*, tais como direitos da propriedade, contratos, responsabilização civil e criminal, e processo. Com o desenvolvimento da teoria de Posner, as edições posteriores foram incorporando outros temas, chegando a apresentar a análise econômica de variados temas de direito constitucional, tais como a separação de poderes, a proteção de direitos, desapropriações, discriminação racial e religiosa, liberdade de expressão, liberdade religiosa, confissões, e outros mais.

Esta ampliação do espectro de análise econômica para temas para além da fronteira do *Common Law* nos faz crer na viabilidade da utilização deste método

¹¹² Op. cit., p.4.

¹¹³ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Op. cit., p.4.

¹¹⁴ Op. cit., p.5.

para temas comuns ao *Civil Law*, bem como nos mostra uma evolução da tese desenvolvida por Posner, ainda que tenha havido um exposto recuo, fruto das duras e incansáveis críticas recebidas, como se pode verificar na sua obra *Problemas de Filosofia do Direito*.

Com efeito, já na introdução de *Problemas de Filosofia do Direito*, Posner afirma que “Tanto ao defender um papel significativo para a justiça corretiva quanto ao insistir na atribuição de um papel apenas limitado à maximização da riqueza, este livro altera alguns de meus pontos de vista anteriormente publicados¹¹⁵”. Aqui Posner deixa de defender a maximização da riqueza como fundação ética do direito e passa a defendê-la de forma pragmática.

As palavras de Posner, portanto, mostram uma mudança de rota, uma alteração no rumo que vinha sendo dado ao seu pensamento, de modo específico em relação à análise econômica do direito. Mas, em que sentido e em que medida Posner modificou seu pensamento?

Em verdade, Posner sempre propôs para as decisões a respeito de políticas públicas, que as interpretações jurídicas tivessem como objetivo e foco a maximização da riqueza, que para ele não era diferente da eficiência, uma vez que usava as duas expressões como sinônimas. Exatamente para este ponto foram direcionadas as maiores críticas à pesquisa e às ideias de Richard Posner.

É que para Posner as pessoas agiam para além das fronteiras dos mercados como maximizadores racionais de riqueza e precisavam ser estimuladas a adotar tais comportamentos maximizadores, o que redundaria em maior eficiência. Além disso, eficiência para o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago era meio de se chegar à justiça.

Desta feita, o fundamento ético do direito para Posner era a maximização da riqueza, ou a busca pela eficiência. Este aspecto central de sua teoria não foi bem recebido, não foi aceito com naturalidade, o que provocou uma série de críticas que redundaram na tal mudança de posicionamento antes citada. A mudança, como dito, deu-se no sentido de minimizar a importância da tal maximização da riqueza, em

¹¹⁵ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. LUIZ CAMARGO, Jefferson (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.44.

detrimento de outros valores, até então não prestigiados ou não destacados pelo autor em exame.

Para Posner, a aplicação da teoria econômica ao direito é o exemplo perfeito da utilização da ética da investigação científica, compreendida sob um ponto de vista pragmático. Isto representa a mudança narrada acima, no sentido de que Posner não mais vê a economia como fundamento ético do direito, mas passa a fazer uma utilização pragmática deste instrumental.¹¹⁶

Seguindo a linha revelada acima, Posner defende que a economia é instrumental e não pretende, como supõem alguns reducionistas, reduzir o comportamento humano aos mandamentos da razão. Além disso, afirma que a economia enxerga o homem não como um ser econômico, mas como um ser pragmático. São suas palavras:

Longe de ser reducionista como pensam seus detratores, a economia é uma ciência instrumental por excelência. Seu propósito não é reduzir o comportamento humano a algum tipo de inclinação biológica ou à faculdade da razão, nem muito menos provar que, nas profundezas de cada um de nós, comandando tudo, exista um detestável “homenzinho econômico”; mas sim, elaborar e testar modelos de comportamento humano com o objetivo de prever e (quando cabível) controlar esse comportamento. A economia imagina o indivíduo não como homem econômico, mas como pragmatista; como alguém que baseia suas decisões não em custos irrecuperáveis – estes, ele os trata como águas passadas – mas nos custos e benefícios vinculados a linhas alternativas de ação que permanecem em aberto. O indivíduo concebido pela economia não está comprometido com nenhuma meta restrita e egoísta, tal como a maximização da riqueza pecuniária. Não há nada na ciência econômica que determine quais devem ser as metas de um indivíduo. Porém, quaisquer que sejam estas (algumas delas, ou mesmo todas, podem ser altruístas), presume-se que ele venha a persegui-las com as atenções voltadas para o futuro, comparando as oportunidades que se lhe apresentarem no momento em que for necessário fazer uma escolha.¹¹⁷

Seguindo na defesa de que a economia não enxerga o indivíduo como homem econômico, mas sim como homem pragmático, Posner afirma que a economia, uma vez que extremamente realista, não dependeria absolutamente que os homens fossem calculadores incansáveis e muito menos infalíveis. Esta afirmação vem afastar a desconfiança sobre as escolhas que fogem da racionalidade ou do padrão esperado das quais falamos linhas acima. É verdade que elas existem, a economia as conhece, já foram estudadas, e são aleatórias,

¹¹⁶ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.16.

¹¹⁷ Op., Cit., p.16

tendentes à mútua anulação, fazendo com que o comportamento médio do mercado seja determinado pelos compradores racionais, digamos assim¹¹⁸.

Posner não vê nenhuma incompatibilidade entre a Análise Econômica do Direito e o pragmatismo, ou entre a abordagem econômica e a abordagem pragmática. Segundo ele, a alegada incompatibilidade entre as duas abordagens estaria no fato de, supostamente, a primeira vir a substituir uma outra abordagem formal, enquanto a segunda não acreditar na suficiência da teoria para apreender o significado da prática do direito. O professor da Escola de Direito da Universidade de Chicago expõe sua discordância da seguinte maneira:

A abordagem econômica e a abordagem pragmática do direito poderiam ser consideradas incompatíveis, sob a justificativa de que a primeira pretende substituir uma teoria formal (a teoria do direito de Cícero, Coke, Blackstone, Langdell e Frankfurter) por outra (a teoria econômica com todo o seu repertório normativo e positivo, como a eficiência e a maximização da riqueza), enquanto a segunda insiste na insuficiência da teoria para apreender o significado da prática do direito. Para examinar essa afirmação, é preciso distinguir entre “autonomia”, “impessoalidade” e “objetividade” como critérios jurídicos formalistas. A “autonomia” refere-se à autossuficiência do direito e apresenta dois aspectos. O primeiro destes é a autonomia do direito em relação à sociedade, que não se transforma por conta de uma reação às pressões políticas e econômicas. O segundo aspecto da “autonomia” é a independência do pensamento jurídico em relação a outras disciplinas, como a economia. Se a autonomia, em qualquer um desses sentidos, for considerada ingrediente essencial do formalismo jurídico, a análise econômica do direito não poderá ser considerada formalista. Poderia até mesmo ser objetiva. Para o pragmatista, “objetivo” não significa aquilo que corresponde ao que as coisas realmente são; pois ninguém sabe como as coisas realmente são. Significa aquilo que é capaz de inspirar respeito entre todos os integrantes de um grupo que subscreva princípios comuns¹¹⁹.

Mas o caminho até essa mudança, fundamental para a compreensão do pensamento de Posner a respeito da aplicação da economia ao direito, foi longo. Assim, tal trajetória merece ser ilustrada com a apresentação das principais críticas e as tentativas feitas por Posner para se desvencilhar dos ataques.

¹¹⁸ Op., Cit., p.17

¹¹⁹ Op. cit., p.18.

3.9 Principais Críticas à Análise Econômica de Richard Posner

As críticas enfrentadas por Posner, que ora elencamos, tiveram sua resposta, o que serviu para afastar interpretações equivocadas e reforçaram, na maioria dos casos, a convicção do autor a respeito da aplicação da economia ao direito. Mesmo quando houve alguma revisão ou correção de rumo, Posner jamais abandonou os fundamentos que justificam as suas teses. Assim, a análise das críticas feitas, com as respectivas explicações ou respostas, confere mais substrato teórico ao trabalho.

A principal crítica à formulação de Posner recaiu sobre seu entendimento de que a maximização da riqueza seria o fundamento ético do direito. Uma vertente discordante afirma que há diversas liberdades que são defendidas, a despeito da potencialidade para criarem valor ou para colaborarem com o progresso econômico. Defende-se que os direitos individuais, por exemplo, têm valor intrínseco, independente, não sendo meros instrumentos da maximização da riqueza.

Posner rebateu esta crítica, afirmando que em uma sociedade multifacetada, multicultural, torna-se praticamente impossível, inviável, ou pouco seguro buscar um consenso sobre as efetivas implicações dos valores morais abstratamente tutelados. Ainda segundo o professor da Escola de Direito de Chicago, em defesa de sua tese, o critério da maximização poderia chegar a soluções palpáveis, por meio do sopesamento entre custos e benefícios. Segundo ele, as soluções da filosofia moral seriam apenas aparentes, ilusórias, meramente retóricas.

Neste caso, Posner parece ter tido êxito em sua defesa, uma vez que efetivamente não há consenso sobre as implicações dos valores morais, há sim, constante conflito entre esses valores. No tocante às soluções de filosofia moral aparentes, ilusórias, vale o registro de que Dworkin não consegue apresentar solução superior. A propósito, Dworkin sobreleva a importância dos princípios e defende a existência do juiz Hércules, capaz de encontrar, dentro do direito, solução até para os casos difíceis, porém afirma:

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para

um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula¹²⁰.

Ou seja, encontra razão, naturalmente baseada em critérios morais, porém é incapaz de oferecer efetivamente a solução, assim como não o faz de forma categórica e eficiente a ponderação de princípios.

Linhas acima expusemos argumentos fortes de Posner no sentido da incapacidade ou o reduzido potencial das filosofias da justiça e da moral de, efetivamente, ajudar o direito na prática. Posner atribui esse tipo de crítica ao desconhecimento ou a uma má compreensão de sua teoria.

Uma segunda crítica enfrentada por Posner, ainda derivada da primeira, e mais relevante, dizia respeito ao fato de que a maximização da riqueza solenemente e perigosamente ignora a distribuição inicial de direitos na sociedade. É que o critério de eficiência nada faz, ou talvez agrave a injustiça nas diferenças de alocações originais de recursos. Desta feita, a maximização da riqueza seria um critério incompleto de justiça.

Quanto à distribuição desigual inicial de direitos na sociedade, Posner reconhece a sua impropriedade, entretanto, sustenta que em contrapartida à falta de preocupação igualitarista na teoria da maximização da riqueza, viria um salutar reforço das virtudes e da recompensa do trabalho individual. Posner, contudo, reconheceu a inconsistência de não considerar correto que indivíduos produtivos sustentem indivíduos improdutivos, com o estabelecimento de algum nível de seguridade social, que ele não rechaçou.

A terceira crítica tratou de aproximar a tese de Richard Posner com o utilitarismo de Bentham, ao afirmar que a maximização da riqueza traria o inconveniente de fazer com que as pessoas fossem tratadas como meras células de um organismo. Seriam elas (as pessoas) apenas meios para que o organismo atingisse seus objetivos ou alcançasse seu bem-estar. Tal concepção, por certo, poderia incentivar ou chancelar práticas racistas, xenófobas, discriminatórias, enfim, desde que fosse para o bem-estar do todo, da sociedade.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.114.

Posner afasta sua teoria do utilitarismo, afirmando que sob o ponto de vista da maximização da riqueza, os direitos individuais teriam importância destacada. E, em reforço à sua afirmação, oferece o exemplo de que as práticas genocidas observadas na Alemanha nazista seriam defendidas sob o ponto de vista utilitarista, porém não encontrariam abrigo sob a ótica da maximização da riqueza ou do eficientismo.

A crítica seguinte ataca a própria operacionalidade da maximização da riqueza. Argumenta-se que já é tarefa árdua e, por vezes, imprecisa a tentativa de prever o funcionamento dos mercados explícitos, imagine como prever o comportamento dos ditos mercados implícitos. A discussão filosófica da maximização da riqueza seria, por conseguinte, desnecessária, tendo em vista a inexistência de sentido prático. E, neste sentido, duvida-se, inclusive, da capacidade da economia de prever comportamentos, ou seja, de servir ao direito do ponto de vista positivo, ou na vertente de análise.

Como defesa, Posner afirma que a dificuldade de prever determinados comportamentos é algo que não deve simplesmente desencorajar a utilização da economia como ferramenta do direito, havendo o que ele chama de fraquezas metodológicas até nas ciências naturais. Nas palavras de Posner:

[...] Em suma, algumas das fraquezas metodológicas mais notáveis – reais ou aparentes – da ciência econômica são compartilhadas com a ciência natural, ao que se deve acrescentar que os economistas e outros cientistas sociais às vezes conduzem experiências controladas.¹²¹

Além desta comparação com as ciências naturais, que são notadamente mais precisas metodologicamente, mas, mesmo assim, ainda podem apresentar falhas ou fraquezas, Posner pondera que a eventual incapacidade da economia de atuar com grande êxito em todas as vertentes fora do mercado não seria razão para descartá-la de pronto, até porque outras ciências humanas ao abordarem o comportamento fora dos mercados nada têm a pôr em seu lugar. Neste sentido, assevera:

A fragilidade da economia deveria desencorajar nossas tentativas de aplicá-la ao comportamento independente do mercado? Sem dúvida, não. Ainda que boa parte do comportamento independente do mercado seja realmente desconcertante, continuará a sê-lo quer o abordemos do ponto de vista da economia, que pressupõe que os seres humanos se comportam racionalmente, quer do ponto de vista de outras ciências humanas, que não fazem esse pressuposto, mas nada têm para colocar em seu lugar. A

¹²¹ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Op. cit., p.493.

economia do direito pode muito bem ser um campo fraco, compartilhando a fragilidade geral da economia e outras fragilidades que lhe são específicas. Contudo, será forte a psicologia do direito? A sociologia do direito? A antropologia jurídica? A filosofia do direito como teoria positiva do direito? Esses campos de estudos jurídicos interdisciplinares, além de outros que aqui poderíamos citar, são mais antigos do que a Análise Econômica do Direito, mas ainda assim são candidatos mais fracos a um papel de liderança na configuração de uma teoria positiva do direito.¹²²

Além da suposta incapacidade da economia para tratar e prever comportamentos fora de um ambiente de mercado, há uma objeção à aplicação da economia ao direito, classificada por Posner como de menor importância, ou relevância científica, uma vez que é baseada em argumentos essencialistas, metafísicos, algo inapelavelmente rechaçado pelos pragmatistas, e por Posner de forma especial. Segundo a aludida crítica, as coisas têm uma propriedade que as define e que justamente constitui sua essência metafísica. Neste passo, caso não esteja presente tal propriedade, a coisa à qual ela se encontra supostamente conectada se configura algo diferente do que se imaginava ser. Ou seja, segundo esta crítica a economia teria uma essência, porquanto seria uma ciência que estuda os mercados. Desta feita, o estudo dos comportamentos fora dos mercados não é economia, fazendo com que a economia deixe de ser aquilo que intrinsecamente, ou, em essência, é. Ainda, o estudo fora do mercado estaria para além do raio de ação da economia.

Posner afirma que nem o direito, nem a economia, nem a filosofia têm um raio de ação definido. Eles não têm uma extensão fixa, razão pela qual não há como ser definido um conjunto de coisas ao qual elas se aplicam. Por outro lado, Posner afirma que não têm utilidade as definições de economia e que não se pode dizer que economia seja a ciência que estuda os mercados, uma vez que há outras ciências que também se ocupam do estudo dos mercados. Nas palavras de Richard Posner:

[...] Não se pode dizer que economia seja aquilo que os economistas praticam, porque muitos não-economistas praticam economia – ou se tornam economistas ao praticá-la? Não se pode, ao menos quando se tenta ser preciso no falar, chamar a economia de “ciência da escolha racional”. Existem teorias de escolha racional que não se assemelham à economia, ou porque pressupõem preferências instáveis, que alteram muitos dos prognósticos da economia, ou porque pressupõem uma pluralidade de agentes racionais dentro de cada ser humano – por exemplo, um ego impulsivo e um ego que se volta para o futuro.[...] Não se pode dizer que a economia seja o estudo dos mercados, porque outras disciplinas estudam os mercados – por exemplo, a sociologia e a antropologia –, e porque definir a economia como o estudo dos mercados e recusar-se a defender a

¹²² Op. cit.,

definição é algo que levanta a questão ainda controversa da possibilidade de determinar o domínio apropriado da economia.¹²³

A última crítica mais conhecida e combatida por Posner é a de que o sistema jurídico está alicerçado em valores, e a eficiência não seria um valor. E, ainda que se considere a eficiência como valor, seria este causador de aversão à maioria das pessoas. Além disso, a maximização da riqueza não levaria a sério os direitos inalienáveis, o que permitiria qualquer escolha voluntária, por mais desumana que fosse. Ainda, a maximização de riqueza não ditaria regras políticas sobre caridade e auxílio aos necessitados.

Em sua defesa, Posner ponderou que o critério da maximização estaria também contido pela Constituição, que apenas consente algumas escolhas. Por outro lado, ainda sem abandonar a Análise Econômica do Direito, porém dando clara demonstração da sua natural inclinação pelo pragmatismo, Posner afirma que as regras são válidas em um contexto e as ponderações últimas sobre valores são contingentes.

Esta última crítica à Análise Econômica do Direito desenvolvida por Posner, que tem como base a maximização de riqueza ou o efficientismo, parece ter sido a mais contundente e que o fez dar uma certa guinada em sua teoria. Esta crítica tem como principal expoente Ronald Dworkin, que em conhecido artigo, intitulado “*Is Wealth a Value*”, dirigido diretamente para confrontar a obra de Posner, afirma que “It is absurd to consider wealth maximization to be a component of value, within or without the concept of justice¹²⁴.”

Assim, a crítica que prevaleceu para a revisão dos conceitos de Posner foi mesmo a empreendida por Dworkin, no sentido de que a eficiência não é em si um valor e como o sistema jurídico pauta-se por valores, não há como a maximização da riqueza ser o fundamento ético do direito.

Embora de certa forma resignado, Posner não descarta a importância da Análise Econômica do Direito como recurso para tomada de decisões que levem em

¹²³ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Op. cit., p.494-495.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?*

Disponível em: <<http://blogs.law.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>>. Acesso em 29.09.2012

conta não apenas a norma jurídica ou princípios consagradas, mas as consequências advindas, bem como o contexto.

Posner continua a defender a maximização e a eficiência, com a diferença de que não mais os considera único fundamento do direito, senão mais um instrumento a ser utilizado pelo direito e pela tomada de decisões a respeito de políticas públicas. Além disso, Posner trata de afastar sua teoria do utilitarismo, ressaltando que mais palatável é a busca pela maximização da riqueza do que a busca pela maximização da utilidade de Jeremy Bentham. Nesse sentido, Posner afirma:

A maximização da riqueza atenua os problemas que listei anteriormente, relativos à maximização da utilidade, pois é mais fácil mensurar o valor do que utilidade. Além disso, quando o critério é a riqueza, não se assumem posições definidas quanto àquilo que as pessoas querem ou deveriam querer, como, por exemplo, a felicidade; o nível aceitável de coerção é menor (embora não seja nulo, como veremos logo a seguir) porque o direito de agir segundo os próprios desejos é limitado pela disposição para pagar (B não pode apropriar-se da coleção de selos de A simplesmente porque esta lhe dá mais prazer do que dá a A); preservam-se os valores não econômicos, como a liberdade e a autonomia; e, por fim, resolve-se o problema dos limites porque a comunidade é definida como aqueles que têm dinheiro para bancar seus desejos.¹²⁵

Posner creditava a exagerada oposição sofrida por sua teoria a uma espécie de desejo protecionista por parte dos juristas. Neste sentido, ele afirma:

Quando se aborda o direito desde um ponto de vista pragmático, os resultados ferem o amor-próprio dos profissionais do direito. A organização da profissão, a concepção de juiz, a interpretação da constituição, “o direito” como entidade que orienta interpretações e decisões, os teóricos do direito à esquerda e à direita, as premissas das sentenças judiciais fervorosamente contestadas (premissas como igualdade, democracia, sentido original e comedimento dos juízes) e até mesmo a própria teoria do direito, nada sai ileso. Uma certa concepção de economia também cai por terra, mas não o projeto da “teoria econômica do direito”. Não porque este é meu projeto, mas porque é um exemplo perfeito de aplicação da ética da investigação científica – pragmaticamente compreendida – ao direito¹²⁶.

Este componente levantado por Posner parece ser extremamente pertinente. Falamos de um conservadorismo metodológico arraigado, uma ciência que se propõe autopoietica, que produz suas próprias regras, que constrói sua ética peculiar, e que, portanto, não aceita a interferência de outras ciências humanas, ainda que seja para auxiliar e ajudar no aperfeiçoamento de seu mister. Acreditamos que o direito e os profissionais do direito têm, realmente, uma enorme resistência ao

¹²⁵ POSNER, Richard A. *Fronteiras da Teoria do Direito*. Op. cit., p.102.

¹²⁶ Posner, Richard. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.16.

empirismo e à investigação científica. Parece mesmo haver um traço de corporativismo e de resistência ao desconhecido em algumas posturas ofensivamente contrárias à busca pela eficiência pelo direito.

3.10 A Eficiência em Richard Posner

A busca pela eficiência é tema recorrente nos trabalhos de Posner, e a principal justificativa para a aplicação da Análise Econômica ao Direito: maximizar a riqueza, por meio de decisões e de uma legislação mais eficazes. Mas, o que vem a ser eficiência para Richard A. Posner?

Antes de responder a essa pergunta, que é fundamental no pensamento de Richard Posner, vê-se a necessidade de desmistificar o termo, que tem sido alvo de muitos críticos. As críticas têm tido, inclusive, conotação ideológica, como se a busca pela eficiência fosse algo intrinsecamente ligado ao “capitalismo selvagem”, que, por sua vez, é identificado com o liberalismo ou neoliberalismo, ou com o conservadorismo para os norte-americanos.

A eficiência, ou a necessidade de eficiência está expressamente prevista na Constituição Federal do Brasil de 1988, especificamente no *caput* do artigo 37, obrigando a Administração Pública brasileira – tanto direta, quanto indireta – a se conduzir segundo a busca pela eficiência¹²⁷.

A despeito de algumas infundadas manifestações no sentido de uma implantação de uma doutrina neoliberal no Brasil, a verdade é que estamos longe disso; na verdade, aspiramos a ser um Estado de Bem-Estar Social, e a quantidade de direitos e garantias positivados na Constituição brasileira de 1988 atesta, de forma irrefutável, essa afirmação. Além disso, a despeito da participação subsidiária do Estado brasileiro na economia, ainda há uma interferência muito grande nas “liberdades” dos cidadãos, principalmente quando no tocante a questões de autonomia de gerenciamento de negócios, ou seja, liberdade de iniciativa.

¹²⁷ Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Desta feita, desde logo, expõe-se um argumento para afastar a falácia de que pugnar pela eficiência, seja em que esfera for, faz com que se esteja mais ou menos aliado a uma doutrina política. A eficiência é um imperativo na esfera privada e uma questão de necessidade, responsabilidade, e como se vê, legalidade, na esfera pública. Sendo assim, o Estado deve prezar pela eficiência, o Judiciário deve buscar a eficiência em suas decisões, e o Legislativo deve pautar sua conduta pela atividade legiferante, com o cuidado de elaborar leis eficientes. Aliás, a necessidade de dados empíricos obtidos por meio da economia para auxiliar nas decisões é um dos reflexos da transição do Estado Liberal para um Estado interventor e regulatório, juntamente com a verificação de que a superação de um modelo formalista, baseado em regras, para um modelo baseado em princípios, transformou os juízes em verdadeiros formuladores de políticas públicas.

Há quem considere eficiência um valor, apesar de não ser um valor em si mesmo, mas um valor instrumental, ou seja, um valor que é meio para se atingir algum objetivo. Neste sentido, uma definição de eficiência pode ser a seguinte:

Eficiência enquanto valor, é instrumental, o que significa dizer que não é propriamente um valor “meta”, mas um valor-meio para a consecução de outros valores. A ciência econômica é o campo do conhecimento que mais trabalhou o conceito de eficiência, central para as suas análises. De modo geral, a eficiência para a Economia é alcançar resultados a partir dos menores *inputs* possíveis, ou, o que dá no mesmo, alcançar o maior *output* possível a partir de determinados recursos. De modo ainda mais sintético, eficiência significa alcançar os melhores resultados possíveis a partir de recursos limitados, seja em que área for e sejam quais os objetivos pretendidos.¹²⁸

Como já mencionado linhas acima, há duas formas mais conhecidas de eficiência, ambas definidas pelos nomes de seus proponentes, e ambas se referindo à eficiência sob a perspectiva da alocação de recursos: a eficiência de Pareto, derivada de Vilfredo Pareto, e a eficiência de Nicholas Kaldor e John Hicks. Nos dois casos, parte-se da ideia de que em uma interação entre as partes, ao final, a situação de uma resulta melhor, sem que a situação da outra parte piore. A diferença é que na eficiência de Kaldor-Hicks admite-se que uma parte tenha piorado, contanto que haja a possibilidade de que seja, posteriormente, compensada. Esta será mais detidamente tratada, uma vez que se aplica exatamente ao caso da tributação, especificamente no caso dos incentivos fiscais e

¹²⁸ CARVALHO, Cristiano. Op. cit., p.65.

renúncias de receitas. Quando se fala em interações, em escolhas, principalmente se forem públicas, a importância da eficiência salta aos olhos. É nesta linha que se afirma:

Quando escolhas são feitas, o que implica dizer “escolhas públicas”, uma vez que afetam toda a sociedade (mesmo decisões judiciais, que dirimem conflitos entre as partes do processo, geram externalidades a terceiros), a eficiência torna-se ainda mais importante. A escolha do legislador, ao elaborar leis cujos comandos incentivarão determinadas alocações de recursos, muitas vezes será Pareto ineficiente. Da mesma forma, a escolha do julgador, ao decidir quem tem razão em um litígio, frequentemente não alcançará a eficiência de Pareto, visto que uma das partes resultará em situação pior. Ainda que o critério paretiano seja obviamente o mais desejável e, por princípio, deve ser sempre o buscado, a eficiência Kaldor-Hicks é mais realista e fácil de concretizar na vida prática.¹²⁹

Conforme relato transcrito, todas as escolhas públicas, sejam decisões judiciais, seja a criação de uma norma, seja a emissão de um ato administrativo, provocam externalidades, ou seja, causam efeitos para além do alvo inicial. Dito de outro modo, a criação de uma norma que supostamente afeta um dado segmento da economia ou um grupo específico de pessoas, tem repercussão para além desse grupo, o que faz com que a necessidade de se pensar a respeito da eficiência das escolhas seja um imperativo.

Em relação à concepção de eficiência adotada por Richard Posner, começando a responder à pergunta proposta, tem-se que o autor a define como a maneira de alocar recursos através da qual a riqueza é maximizada.¹³⁰

Posner, em seus primeiros trabalhos, utilizava o termo maximização de riqueza como sinônimo de eficiência, como é possível depreender da afirmação supra. Uma transação seria eficiente, sob o ponto de vista do professor da Escola de Direito de Chicago, caso fosse capaz de aumentar, ou maximizar, melhor dizendo, a riqueza.

Envolto pelo imperativo da maximização da riqueza, Posner associou seu efficientismo às teorias de Pareto e de Kaldor-Hicks, como demonstrado linhas acima, quando nos referimos a algumas das principais críticas recebidas pela Análise Econômica do Direito. Com efeito, Posner, desde sua principal obra, *Economic Analysis of Law*, de 1973, reconhece e afirma que o critério de Pareto tem

¹²⁹ CARVALHO, Cristiano. Op. cit., p.67.

¹³⁰ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Op. cit., p.16.

pouca ou nenhuma aplicabilidade prática no mundo real, entre outros motivos, por não prever que os resultados das transações, das escolhas, têm efeitos sobre terceiros não envolvidos:

A broader objection to the criterion of Pareto superiority is that it has few applications to the real world because most transactions (and if not a single transaction, then a series of like transactions) have effects on third parties, if only by changing the prices of other goods (as we noted in discussing the concept of equilibrium) or by distressing observers (e.g., of gay marriage).[...]¹³¹

Em vista da limitação do critério de Pareto, Posner expôs o critério de Kaldor-Hicks, segundo o qual uma transação é eficiente caso a situação das partes melhore, e se uma parte tiver sua situação piorada, esta possa ser compensada por aqueles que causaram a piora. É preciso, entretanto, deixar assentado que a teoria efficientista de Posner não se resume à aplicação das éticas de Pareto ou de Kaldor-Hicks.

Com efeito, faz-se necessário definir e explicar o que seja a maximização da riqueza, como e em que situações ela é verificada. Neste sentido, Posner assevera e ensina:

[...] A “riqueza” em “maximização da riqueza” refere-se à soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se dispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem).¹³²

Para ilustrar como se daria a maximização de riqueza, na prática, Posner nos oferece alguns exemplos clássicos, entre os quais citaremos um que envolve uma relação no âmbito do mercado, uma relação de compra e venda, e um outro que demonstra como regras aplicadas à responsabilidade civil podem ser maximizadoras de riqueza: Imagine-se uma negociação entre um detentor de uma coleção de selos e um potencial comprador. O dono da coleção está disposto a entregá-la por algo não inferior a R\$ 90. Portanto, a coleção vale para seu dono R\$ 90,00. O potencial comprador está disposto a pagar até R\$ 100,00 pela coleção. Assim, a coleção de selos vale, para o provável comprador, R\$ 100,00. Se o dono da coleção vendê-la por R\$ 100,00, a riqueza da sociedade terá um aumento de R\$ 10,00. Posner

¹³¹ Op. cit., p.17.

¹³² POSNER, RICHARD A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Op. cit., p.477.

explica referido acréscimo, ou seja, a maximização de riqueza, nos seguintes termos:

[...] Antes da transação, A tinha \$100 em espécie, e B tinha uma coleção de selos valendo \$90 (um total de \$190); depois da transação, A tem uma coleção de selos que \$100 e B tem \$100 em espécie (um total de \$200). A transação não vai aumentar a riqueza calculada – o produto interno bruto, a renda nacional ou coisas do gênero – em \$10; não vai aumentá-la em nada a menos que a transação seja contabilizada e, se assim o for, é provável que aumente a riqueza calculada ao preço de compra total de \$100. Contudo o verdadeiro acréscimo à riqueza social consiste no incremento de \$10 em satisfação *não-pecuniária* que A extrai da compra, comparado ao de B.[...] ¹³³

O primeiro exemplo, além de servir para dar uma demonstração de como uma transação pode concorrer para a maximização da riqueza em uma sociedade, e, portanto, ser eficiente, serve para mostrar que “riqueza”, na acepção empregada pela economia, não se resume a uma simples medida monetária.

Há um exemplo que se refere ao estabelecimento de regra, de uma lei que favorece a maximização da riqueza, e a eficiência, como supedâneo. Estamos a tratar de uma regra que lida com a responsabilidade civil por acidente provocado. O referido exemplo é exposto e explicado nos seguintes termos:

Tendo em vista que uma vítima em potencial não pagaria \$3 para evitar um custo esperado de acidente de \$1, seu preço ofertado será inferior ao preço solicitado do causador potencial do dano, e a transação não será maximizadora da riqueza. Porém, se esses números forem invertidos – se um custo esperado de acidente de \$3 pudesse ser evitado a um custo de \$1 –, a transação seria maximizadora de riqueza, e a regra de responsabilidade civil aplicada de acordo com a fórmula de Learned Hand daria aos causadores potenciais de danos um incentivo a tomar as medidas pelas quais as vítimas potenciais pagariam se as transações voluntárias fossem viáveis. O direito estaria superando obstáculos impostos por custo de transação a transações maximizadoras da riqueza – um papel comum das regras de responsabilidade civil. ¹³⁴

Eis, portanto, um exemplo de como o direito está apto a superar os custos de transação e prover soluções eficientes, no caso, em matéria de responsabilidade civil. A despeito dos exemplos, Posner suavizou a ligação estreita entre maximização de riqueza e eficiência. O fato de ter posto a maximização de riqueza como fundamento ético de direito lhe rendeu uma série de críticos e opositores, como já foi dito anteriormente. Ocorre que, ao empreender uma de suas muitas defesas, Posner deixa crer que a sua ideia de eficiência não é intrínseca, por

¹³³ Op. cit., p.477-478.

¹³⁴ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Op. cit., p.480.

exemplo, ao critério de maximização de riqueza encontrado na ética ou na teoria de Pareto. A teoria eficientista não se resume à aplicação da ética de Pareto ou de Kaldor-Hicks. Aliás, desde a mudança de posição de rumo de Posner, materializada por suas considerações na introdução do livro *Problemas de Filosofia do Direito*, aqui já citadas, e de resto, em função das suas posições no decorrer da aludida obra, tem-se que a eficiência pode ser entendida como uma relação de maximização dos resultados, a partir de uma ponderação entre os custos e os benefícios.

Assim, desde que Posner cedeu a algumas das insistentes críticas sofridas, passou a adotar um tipo de pragmatismo peculiar, influenciado pelo pragmatismo filosófico, mas distinto deste, chamado por uns de “practicalismo”, consistente em aplicar o direito independentemente de fundações filosóficas e pondo a eficiência como uma consideração fundamental, entretanto, uma entre outras, tais como a defesa de valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica, etc. No mesmo sentido, Posner ressalta a necessidade de que os juízes sopesem as consequências práticas de suas decisões e tenham como objetivo decidirem de forma razoável.

3.11 A AED e o Direito Tributário

Este capítulo se propõe a demonstrar que, a despeito das críticas à teoria de Richard Posner sobre Análise Econômica do Direito, esta pode ser de uma utilidade ímpar no aperfeiçoamento dos processos de decisão, na análise das melhores escolhas, especialmente na tributação, na esteira do que foi exposto no item anterior.

Dado que a teoria de Posner, como ele próprio faz questão de ressaltar, tem uma prévia limitação à *Common Law*, pretende-se, também, demonstrar a viabilidade da aplicação de alguns de seus pressupostos metodológicos ao *Civil Law*.

Por outro lado, a exclusão pura, simples e imediata da proposta de Posner, como querem alguns, não se justifica, mesmo porque se vira e se confronta constantemente com situações em que a aplicação de regras e a ponderação de

princípios não são capazes de conferir a tão esperada e necessária segurança jurídica.

Com efeito, em se tratando de regras e da suposta objetividade delas, Richard Posner afirma com usual acerto que “As regras mascaram – não eliminam, e é possível que nem mesmo reduzam – o papel do subjetivo e do político na formação dos direitos e deveres jurídicos”.

Tal afirmação vem a calhar, porquanto um dos principais argumentos para se manter a hegemonia das regras, para se manter a “pureza” do juspositivismo, é a suposta objetividade inerente a tais regras, que evitaria a ocorrência de interpretações dúbias, decisões discordantes, dúvidas nos intérpretes, ou disseminaria a insegurança jurídica, enfim.

Para além das regras, a aplicação dos princípios constitucionais, especificamente em matéria tributária, é tida como limitação ao poder de tributar, sendo considerada baliza para a atuação do Estado na sua função arrecadatória.

Ocorre que a aplicação dos princípios também padece de falta de objetividade, além de frequentemente estes se chorarem com valores inerentes a outros princípios. A doutrina, é bem certo, encontrou uma solução para o problema, que entretanto revelou-se tão somente um paliativo, qual seja a ponderação de princípios.

Não há critério, a não ser, diante do exame do caso concreto, a avaliação do julgador a respeito de qual princípio deve prevalecer, ou que princípio deve ser satisfeito em grau mais elevado. Na clássica lição de Robert Alexy, ao diferenciar os princípios das regras:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas¹³⁵.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. AFONSO DA SILVA, Virgílio. (Trad.) 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.576

Fica evidente que o direito, seu sistema fechado, que contempla as regras e os princípios, não está apto, muitas vezes, a dar as respostas devidas ou que mais se aproximem dos ideais de justiça e correção, para não falar, ainda, em eficiência.

Por outro lado, a superação do formalismo fez crescer a importância dos princípios jurídicos nas resoluções das questões postas à apreciação do Judiciário. Neste sentido, como anteriormente afirmado, voltam-se as atenções para os juízes que passam de meros coadjuvantes, reprodutores do conteúdo das normas, a formuladores de políticas públicas. Assim sendo, as escolhas em matéria de políticas públicas são feitas pelos juízes e com base em princípios. Ocorre que para fazer as escolhas, para optar pelo princípio que ofereça as melhores consequências à sociedade, os juízes precisam de um arcabouço empírico suficientemente seguro, que só a economia pode oferecer.

Mostra-se demasiadamente limitado o arsenal criado pelo próprio direito para resolver as questões que são postas, bem como para justificar as escolhas feitas, e mesmo para fazê-las. Há uma clara necessidade, identificada desde os primeiros críticos do juspositivismo, de uma interdisciplinaridade, de um maior contato com a pragmática, de uma aproximação com o empirismo, e uma maior preocupação com as consequências das decisões e as possibilidades de mais precisamente prevê-las.

É neste cenário que a Análise Econômica do Direito de Posner ou seu efficientismo se mostram, ao nosso sentir, viáveis como ferramenta a auxiliar o direito, seja do ponto de vista positivo, seja do normativo.

O primeiro obstáculo que se pretende remover consiste na diferença epistemológica entre direito e economia. Em verdade, entendemos ser uma falsa restrição, uma vez que a Análise Econômica do Direito não se pretende substituta do direito, nem pretende construir regras. Busca auxiliar, oferecer seus instrumentos analíticos. Posner, entretanto, trata de afastar esse aparente empecilho, além de mostrar que a aplicação da economia e das ideias pragmatistas tem total viabilidade no direito continental, tomando-se por base as ideias de seu maior formulador, Hans Kelsen:

Porém, o que é significativo na teoria de Kelsen referente ao direito e à economia e às ciências sociais e a outras fontes de conhecimento extrajurídicas (num sentido estreito de “jurídicas”) em geral, é o espaço que cria para extrair dessas fontes o auxílio na formulação de doutrinas legais.

Direito para Kelsen, como vimos, é uma série de delegações, por exemplo da *Grundnorm* do sistema jurídico federal à Constituição dos EUA, da Constituição ao Congresso, do Congresso aos juízes, dos juízes (em processos contratuais) às partes contratantes. O que os juízes fazem com seus poderes delegados é lei só em virtude da delegação, desde que não saiam fora dos limites da delegação, por exemplo (para adaptar um exemplo anterior ao contexto judicial), emitindo comunicados à imprensa ao invés de decisões. A lei é uma atribuição de competências. A simpatia de um pragmatista a uma abordagem desse tipo, uma característica evidente da prática judicial de Holmes, deve ser notória.[...] ¹³⁶

Com efeito, a ideia de Posner de maximizar riqueza, de buscar a eficiência como resultado da ponderação entre custos e benefícios é benéfica à sociedade, a quem o direito, além de reger, precisa servir, contribuindo para seu desenvolvimento. Desenvolvimento aqui pode ser entendido como aumento da prosperidade ou diminuição da desigualdade, a depender do viés político-ideológico que se queira adotar.

A resistência à utilização da Análise Econômica do Direito deriva, também, do fato de que há um desconhecimento sobre o caráter econômico de algumas questões que são feitas cotidianamente. A questão posta acima é tão econômica quanto uma pergunta acerca dos efeitos da taxa de juros sobre o nível de emprego. Ivo Gico Jr., ao abordar o tema, afirma que “Se envolvem escolhas, então, são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão”.

Para delimitar o campo de análise, abordaremos a contribuição da Análise Econômica, conforme Richard Posner, para a tributação. O ramo do direito é específico, porém a ilustração servirá para a ciência, de maneira irrestrita.

Pois bem. Conforme dito linhas acima, Posner parte da premissa de que o indivíduo é um ser maximizador de riqueza, que toma decisões racionais neste sentido, e segundo incentivos ou desincentivos. Esta premissa se presta, perfeitamente, para o direito tributário. Tendo-se em conta que a tributação representa um custo, tanto para a pessoa física, quanto para a pessoa jurídica, as decisões nesta seara servirão de impacto às escolhas dos contribuintes. E tais escolhas terão impacto na sociedade.

¹³⁶ POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Op. cit., p.207.

O direito tributário é um ramo do direito eminentemente interdisciplinar, razão pela qual não há, especialmente aqui, plausibilidade para alegar uma pretensa incompatibilidade entre a economia e o direito. Aliás, a interdisciplinaridade é algo fartamente verificado no mundo acadêmico e entusiasticamente saudado, como mostram os relatos de diversos autores e pesquisadores reunidos por Pohlmann e Ludícibus no livro *Tributação e Política Tributária: Uma Abordagem Interdisciplinar*¹³⁷. A explicação para o incentivo da utilização da interdisciplinaridade se deve à consideração de que há um enriquecimento ao objeto de estudo trazido pela visão da outra disciplina.

O entendimento de que a interdisciplinaridade auxilia e enriquece a visão das disciplinas se aplica de forma especial à tributação, que se beneficia da interação com a economia, a administração e com a contabilidade, para dar alguns exemplos. Neste sentido:

Na seara tributária, essas considerações são plenamente válidas, uma vez que o conhecimento gerado em cada uma das disciplinas envolvidas, quando utilizado pelos diversos atores do cenário da pesquisa tributária, com as suas respectivas e diferentes formações, traz novas perspectivas ao estudo do fenômeno da tributação¹³⁸.

A interação do direito tributário com outras disciplinas traz para a tributação o benefício da possibilidade de aperfeiçoamento das normas e das práticas, por meio da verificação empírica do impacto sobre os contribuintes, sobre as empresas, podendo, desta feita, aperfeiçoar as políticas tributárias, analisar a necessidade ou a eficácia da concessão de incentivos fiscais, por exemplo. São palavras de Pohlmann e Ludícibus:

Na seara tributária, essas considerações são plenamente válidas, uma vez que o conhecimento gerado em cada uma das disciplinas envolvidas, quando utilizado pelos diversos atores do cenário da pesquisa tributária, com as suas respectivas e diferentes formações, traz novas perspectivas ao estudo do fenômeno da tributação. [...] Juristas com uma visão econômica da norma podem estudar o impacto que ela acarretará na sociedade e no comportamento dos contribuintes; [...] Em resumo, pode-se afirmar que a interdisciplinaridade no estudo da matéria tributária é mais do que desejável, uma vez que traz enormes ganhos de qualidade aos resultados gerados pela pesquisa realizada na área¹³⁹.

¹³⁷ COLETTO POHLMANN, Marcelo; DE IUDÍCIBUS, Sérgio. *Tributação e Política Tributária: Uma Abordagem Interdisciplinar*. São Paulo: Editora atlas, 2006. p.25.

¹³⁸ Op. cit., p.25.

¹³⁹ Op. cit.

Um belo exemplo de como a Análise Econômica do Direito pode auxiliar nas decisões a respeito de questões tributárias, seja em casos concretos, seja na atividade legislativa, nos é dado por Paulo Caliendo, com supedâneo nos ensinamentos de Richard Posner, retirados de *Problems of Jurisprudence*, versão americana de *Problemas de Filosofia do Direito*, obra aqui já citada. Caliendo aduz:

A diferença na tributação não deveria se assentar no fato de que a tributação sobre pessoas físicas atinge indivíduos e a sobre as pessoas jurídicas atinge instituições, mas que diferentes pessoas irão pagar sob diferentes condições e alíquotas e bases de cálculo (tax rates). Assim, conforme Posner, quando a poeira baixa encontramos o verdadeiro contribuinte: o consumidor final (“after the dust settle, it may turn out that a tax on corporate income operates as a regressive tax on consumers”). Uma postura equivocada não pragmática não irá considerar os custos sociais (social costs) das atividades empresariais, mas tão somente a injustiça de um “sistema de privilégios corporativos”.¹⁴⁰

Com efeito, resta demonstrado que a simples aplicação de normas, ou mesmo de princípios, sem a preocupação com as consequências, ou sem a realização de uma análise de cunho científico, econômico, voltada para a eficiência, redundará em tremenda injustiça. A análise apressada faz crer que se está fazendo o mais justo, criando leis que tributam pesadamente as corporações, quando, em verdade, se está trazendo prejuízo para os consumidores, contribuintes, pessoa física, em especial. Esta distorção teria sido evitada caso uma análise econômica tivesse servido de auxílio ao direito.

Assim, tanto a decisão sobre o que tributar, quanto tributar e como tributar, envolvem questões econômicas, têm consequências no desenvolvimento da sociedade, uma vez que irão afetar as escolhas das forças produtivas e dos contribuintes, sejam pessoas físicas, sejam corporações.

O valor justiça certamente não pode ser substituído pela maximização da riqueza, ou o eficientismo, ou o praticismo de Posner, porém, em casos como o exposto, ao se dispensar o instrumental analítico da economia, posto à disposição do direito, vislumbrou-se uma decisão ou uma política tanto ineficiente quanto injusta.

¹⁴⁰ CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.52.

3.12 Os limites para a utilização de argumentos consequencialistas

A defesa da utilização de argumentos consequencialistas nas decisões judiciais e na adoção de políticas públicas, tendo como suporte as ferramentas da economia, não retira a percepção de que é necessário impor limites objetivos à utilização de tal natureza de argumentação.

A necessidade se justifica, uma vez que a utilização de argumentos consequencialistas, de forma indiscriminada e assistemática, enseja decisões de todo gênero, descomprometidas completamente com o ordenamento jurídico, excessivamente políticas, no que perdem a legitimidade e a capacidade de ser eficientes.

Acolhe-se aqui o entendimento defendido por Tathiane dos Santos Piscitelli, que segue as lições de Neil MacCormick, que, segundo ela, foi quem melhor tratou desse tipo de raciocínio judicial. A aludida autora, ao traçar o delineamento de sua tese, afirma:

Contudo, para a delimitação de tal conteúdo é necessário estabelecer os valores inerentes ao direito tributário, já que são estes o critério segundo o qual se faz possível estabelecer a substância admissível de tais argumentos¹⁴¹.

Parte-se da premissa, com MacCormick, de que, além das consequências práticas das decisões, a consequência lógica de toda e qualquer decisão é a universalização do entendimento firmado. E, nesta senda, o posicionamento com características universalizantes não pode ser contrário aos valores caros ao ramo do Direito a que se refere. São palavras do autor citado:

[...] Established bodies of law focus on given values or complexes of value. It is against those very values that we test and eliminate rival rulings in problematic cases. In considering the juridical consequences of a ruling by way of its implications for hypothetical cases, we discover whether a ruling commits us to universally treating as right deeds that subvert or fail of sufficient respect for the values at stake, or to treating as wrong forms of conduct which include no such subversion or failure.[...]¹⁴²

¹⁴¹ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas Consequências em Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p.3.

¹⁴² MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*.

Neste sentido, não são quaisquer argumentos consequencialistas que podem ser considerados legítimos ou mesmo jurídicos. Além disso, tendo-se em vista que o processo de argumentação é, em verdade, um processo de justificação, deve-se observar uma sequência de passos a fim de que a decisão ou a escolha possam ser consideradas bem fundamentadas, ou bem justificadas. E, para deixar devidamente firmado que a defesa do uso de argumentos consequencialistas não significa o menosprezo pela norma ou pelo direito positivo, sustenta-se que o primeiro passo a ser dado no caminho para a mencionada justificação é a escolha da norma geral e abstrata aplicável ao caso.

Dito isso, socorre-se, novamente, das lições de Tathiane dos Santos Piscitelli, que, em monografia dedicada ao tema em estudo, assevera:

[...] Identificada a norma geral e abstrata aplicável ao caso, o juiz deve justificar por que aquela solução estabelecida por essa norma está correta. Nesse “apontar da correção”, o magistrado deve apresentar as razões (universais ou universalizáveis, como adiante será detalhado) pelas quais a decisão não é contraditória com o sistema jurídico (teste de consistência) e, de outro lado, razões segundo as quais a decisão realiza os fins e valores perpetrados pelo sistema (teste de coerência). Por fim, o teste final das consequências: o juiz deve apresentar as razões pelas quais a decisão possui consequências jurídicas aceitáveis¹⁴³.

Vê-se, portanto, que a utilização dos argumentos consequencialistas faz-se após percorrido um longo, criterioso e sistemático trajeto de justificação da escolha feita, iniciado, como dito, com a escolha da norma jurídica apropriada ao caso concreto.

Além disso, retomando o que fora dito inicialmente, as consequências devem refletir valores caros ao direito tributário, uma vez que as decisões tomadas tendo como justificativa tais consequências, servirão de padrão para as demais que virão. Neste sentido:

[...] um argumento consequencialista válido (ou seja, que esteja focado nas consequências que importam) deverá tratar da aceitabilidade da aplicação universal da decisão em face dos valores do direito tributário.[...]¹⁴⁴

¹⁴³ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas Consequências em Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p.20-21.

¹⁴⁴ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas Consequências em Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p.32.

Desta feita, a argumentação pelas consequências aqui referida depende de uma construção sistemática e de uma correlação com valores caros ao direito tributário, pois as decisões têm um efeito ou um caráter universalizante, fazendo com que a fundamentação lógica adotada deva ser também aplicada nos demais casos semelhantes.

A incorporação de argumentos consequencialistas parece ser claramente algo alvissareiro. Contudo, há que se delimitar os limites materiais para tal utilização. Por tudo o que foi dito até aqui, a utilização dos argumentos com base nas consequências depende da definição e da identificação dos valores inerentes ao direito tributário. É dizer, faz-se preciso identificar o conteúdo dos argumentos e verificar se estes podem servir de referência para os demais julgamentos ou para as demais escolhas.

Em busca dos valores que justificam a utilização dos argumentos consequencialistas em direito tributário, primeiro deve-se deixar registrado que se parte das premissas de que o fundamento do direito tributário é a necessidade de tributação, em razão do financiamento do Estado, que de outra forma não existiria, e de que o direito tributário é instrumento para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Essas concepções trazem para o direito tributário a possibilidade de que argumentos baseados em dados econômicos ou financeiros sejam entendidos como jurídicos. Desse modo, argumentos relacionados com o financiamento do Estado podem ser utilizados legitimamente como meio de decidir.

As duas premissas ou concepções do direito tributário trazem consigo dois valores que lhes são ínsitos e devem servir de referencial para que as decisões baseadas em consequências possam ser universalizáveis: a segurança jurídica e a justiça fiscal. Por este motivo, Tathiane dos Santos Piscitelli, ao trabalhar os princípios constitucionais indispensáveis à tributação, sustenta com acerto que:

[...] Dessa feita, adiante-se, argumentos consequencialistas que versem sobre a violação dos valores implícitos a esses princípios (manutenção do Estado democrático de direito em seu aspecto formal, mais amplamente, e segurança jurídica, de um ponto de vista mais restrito), serão plenamente válidos e passíveis de serem rotulados como “jurídicos”.¹⁴⁵

¹⁴⁵ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas Consequências em Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p.213.

Estão, pois, delineados, ainda que não exhaustivamente, visto não o principal foco do trabalho, os requisitos para que os argumentos com fundamento nas consequências possam ser legitimamente utilizados nas decisões, sem que sejam considerados metajurídicos ou pré-jurídicos.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DOS INCENTIVOS FISCAIS: UM ESTUDO SOBRE O PRODESIN

Percorrido o caminho desde a demonstração dos fundamentos do pragmatismo filosófico, passando pelas especificidades do pragmatismo aplicado ao direito, pelo pragmatismo peculiar de Richard A. Posner, pela Análise Econômica do Direito e suas várias possibilidades, controvérsias e aplicações, culminando com as considerações a respeito da relação entre o direito e economia e a tributação, chega-se, amparado por um denso arcabouço metodológico, ao estudo dos incentivos fiscais, especificamente, das isenções fiscais sob o ponto de vista do efficientismo posneriano, ou da Análise Econômica do Direito, segundo Richard Posner.

O tema dos incentivos fiscais é por demais controverso e amplo, tanto quanto fundamental. Neste sentido, há a necessidade de delimitação do estudo, razão pela qual será feita uma análise do Programa de Desenvolvimento Integrado do estado de Alagoas – Prodesin –, melhor dizendo, uma análise econômica da norma que criou o aludido programa, a Lei nº 5.671, de 1º de fevereiro de 1995.

Antes, porém, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a tributação, sua função, seu papel indispensável, assim como sobre as possibilidades de renúncia ao poder de tributar, seu estrito regramento, as modalidades de renúncia fiscal, suas particularidades, indicações e possíveis impactos ou consequências, ou ainda, externalidades provocadas sobre o desenvolvimento do Estado, da sociedade, o que inclui, necessariamente, o exame da função extrafiscal da tributação.

4.1 Tributação e Desenvolvimento

Vivemos em um Estado fiscal, em que os direitos são custeados pelos contribuintes através do pagamento de tributos, prestação pecuniária compulsória, nem sempre contraprestacional, nem sempre “pagamento” por um serviço prestado, em alguns casos, tão somente posto à disposição. O tributo já foi denominado “Norma de Rejeição Social”, expressão cunhada por Ives Gandra da Silva Martins

em sua tese de doutoramento, que, posteriormente, se tornou o livro *Teoria da Imposição Tributária*.¹⁴⁶ Atualmente, porém, tal referência ao tributo ou à tributação, conquanto seja eloquente e sedutora aos olhos e ouvidos de quem se vê “agredido” pelas altas e crescentes cobranças, sem o esperado retorno, não encontra guarida no aludido Estado fiscal. Isto pelo singelo motivo de que os direitos têm custo, e, a não ser que se abdique de todas as prestações estatais, ou que entreguemos o controle dos meios de produção nas mãos do Estado, não se afigura correto ou apropriado encarar os tributos da maneira proposta pelo professor paulista.

Ainda que o Estado seja “mínimo”, “garantindo” apenas direitos ditos negativos, ainda assim isto custará um preço, que, inevitavelmente, terá de ser pago pelos contribuintes. Aliás, esta ideia, hoje amplamente aceita, apesar de ainda contar com um considerável número de opositores, advém da já clássica lição de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, em *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*¹⁴⁷. Os aludidos autores fazem crer que muitos têm a ideia equivocada de que os direitos podem subsistir sem que haja o custeio por parte dos cidadãos. Além disso, apresentam o entendimento, que é menos óbvio, de que mesmo os direitos ditos negativos, como liberdade, ou mesmo o direito à vida, dependem de recursos, não surgem e se mantêm naturalmente. Para tanto, dão alguns exemplos como a ocorrência de um incêndio, em que a atuação do Estado, por meio do corpo de bombeiros, minimizou os danos e evitou que houvesse uma vítima sequer. Este incêndio, ocorrido na cidade de Nova Iorque, foi considerado o pior dos últimos cinquenta anos, na época. Houve voluntários, mas o resultado positivo do salvamento se deveu substancialmente aos recursos do poder público, custeados pelos contribuintes americanos. Com efeito, estima-se que o custo em termos de tributos para os contribuintes da cidade e do país, só neste episódio, tenha sido de U\$ 2.9 milhões. Esse foi o preço cobrado pelo direito às vidas dos envolvidos na catástrofe. Além disso, durante o ocorrido, autoridades da cidade, também pagas por recursos dos contribuintes, asseguraram o direito à propriedade privada,

¹⁴⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da Imposição Tributária*. São Paulo: Ltr., 1998.

¹⁴⁷ SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The Cost of The Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W.W. Norton & Company

evitando que as residências fossem destruídas ou saqueadas, furtadas, algo do tipo¹⁴⁸.

O grande objetivo dos citados autores é demonstrar claramente que os direitos, sejam quais forem, novos ou velhos, de primeira ou de quarta dimensão, dependem de dinheiro, custam dinheiro, portanto, precisam ser financiados pelos cidadãos, pelos contribuintes. Nas palavras de Sunstein e de Holmes, retiradas do original:

The Declaration of Independence states that “to secure these rights, Governments are established among men.” To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights as of new rights, of the rights of Americans before as well as after Franklin Delano Roosevelt’s New Deal. Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury¹⁴⁹.

Com efeito, o que há de mais relevante neste estudo, e, por conseguinte, na citação supra, é o despertar para a noção da importância e da inevitabilidade do pagamento de tributos, por mais desagradável que seja. Não há, no modelo de Estado em que vivemos, outra forma de prover direitos. E, em relação aos direitos, outra contribuição importante do estudo, esta requerendo um pouco mais de reflexão, é a noção de que tanto o direito à liberdade contratual, que, aparentemente, não tem a contribuição do Estado, quanto o direito à saúde, que traz a imediata ideia de prestação estatal, sem diferença alguma, precisam ser custeados.

Parece não haver dúvidas quanto à necessidade do pagamento de tributos para financiar e viabilizar a enorme gama de direitos que um Estado como o brasileiro, com uma Constituição repleta de garantias e direitos sociais, pretende ofertar. Assim, a tributação aparece como peça fundamental para o desenvolvimento da sociedade, quer se entenda isso como crescimento econômico, distribuição de renda ou melhoria nos indicadores sociais. Não há como fazer prosperar um estado, uma dada sociedade, sem a arrecadação de tributos.

¹⁴⁸Op. cit., pos.92.

¹⁴⁹SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. Op., Cit., pos.116.

Ocorre que o desenvolvimento através da tributação só pode ocorrer se esta for justa, ou, no mínimo, não for de tal magnitude que prive os cidadãos dos meios de produção ou de sua liberdade. Este é um dos temas mais complexos da tributação, ao se confrontar a quantidade de direitos e necessidades a serem atendidos e a escassez ou a limitação de recursos, fruto de uma indispensável limitação ao poder de tributar do Estado.

Diante desse cenário, reveste-se de importância capital a aplicação do conceito de eficiência à tributação. Deve-se encontrar a melhor forma, a maneira ótima de financiar o Estado sem onerar, exageradamente, os contribuintes. É o que nos ensina Luciano Timm:

Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio de tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso¹⁵⁰.

Destarte, as normas jurídicas, e no caso específico, as normas jurídicas tributárias devem ser vistas como instrumentos. Se não funcionam, devem ser revistas, retiradas do ordenamento jurídico, ao menos interpretadas de forma a desempenhar com eficiência o papel a que foram destinadas. As normas tributárias, porque fundamentais para o desenvolvimento, devem ser vistas como meio para atingir tal fim. Se não se mostram aptas a servir como meio, devem, como dito, ser repensadas, ou interpretadas de forma diferente. Esta é a forma pragmática de enxergar o direito, a forma que Richard Posner entende como mais adequada, com o olhar voltado para o futuro, para as necessidades da sociedade, do Estado a que servem. Nada mais condizente e apropriado para as normas que tratam da tributação. Assim é a lição de Posner:

O direito tem seu olhar voltado para o futuro. Isso fica implícito em um conceito instrumental das leis – que é o conceito pragmático do direito, o direito como servo das necessidades humanas. “O principal não é a origem, mas a finalidade. Não pode haver sabedoria na escolha de um caminho, a menos que saibamos onde ele vai dar.[...]”¹⁵¹

¹⁵⁰ TIMM, Luciano Benetti. *Qual a Maneira Mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: Uma Perspectiva de Direito e Economia?* In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.52.

¹⁵¹ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Op. cit., p.41.

Como será visto, a tributação não tem como única função a arrecadação de fundos para a garantia de direitos, embora essa seja a mais importante delas. Com efeito, até a função meramente arrecadatória provoca efeitos para além dos previstos e óbvios. A forma como se dá a tributação, mesmo com o fim arrecadatório, pode, por exemplo, servir como mecanismo de justiça social, de redistribuição de renda. E, segundo a Análise Econômica do Direito, é a forma mais eficiente de redistribuir renda. Luciano Benetti Timm apresenta esta conclusão com base nos estudos de Cooter e Ullen¹⁵² e efetua uma comparação entre a aplicação de critérios de justiça distributiva no âmbito das relações privadas e a utilização da tributação para atingir o mesmo objetivo. A conclusão de que a tributação é mais eficiente para tanto é apresentada desta forma:

[...]Segundo essa doutrina, a melhor maneira de redistribuir renda, como dito, é a tributação. Portanto, pode ser mais recomendável “desconstitucionalizar” o Direito Privado a fim de que o mercado funcione com mais liberdade e gerando mais renda, com o fim de, ao cabo, gerar maior base de cálculo tributável.¹⁵³

Assim, a Análise Econômica do Direito, método utilizado neste trabalho, identifica mais uma função da tributação, a redistribuição de renda, e faz o diagnóstico de que esta é mais eficiente do que uma tendência que tem sido recepcionada com muito louvor e pouca oposição, a constitucionalização do direito privado.

Por fim, restaram demonstradas as diversas funções da tributação, a sua importância e a necessidade de que os contribuintes colaborem com seus recursos para o financiamento do Estado, a fim de que este possa prover os direitos constitucionalmente previstos. Contudo, há o entendimento de que os recursos são escassos, e as necessidades incontáveis e crescentes. Neste passo, a eficiência na arrecadação, e, principalmente, na forma de gerir os recursos, é um imperativo, inclusive de justiça. Ocorre que há limitações ao poder de tributar. O Estado não pode impor uma tributação tal que retire dos contribuintes os meios de produção. Por outro lado, há as desonerações, ou renúncias de receitas, das quais a mais conhecida, a isenção fiscal, é forma que os Estados se utilizam para reduzir a carga de tributos destinada a determinado segmento da economia com o objetivo de atrair investimentos e incrementar o desenvolvimento. Uma vez que esse tipo de

¹⁵² COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. Op. cit.

¹⁵³ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p.58.

expediente é uma forma de abrir mão de receitas importantes, mediante tributos, não pode ser usado sem critérios rígidos, sem um estudo e uma verificação da sua eficiência, pois encontra limites na legislação. Ver-se-á portanto, quais são os limites da tributação e os limites da renúncia à tributação.

4.2 Tributação e Extrafiscalidade

4.2.1 Funções fiscal e extrafiscal da tributação

Ainda que não seja propósito específico do presente trabalho o estudo pormenorizado da extrafiscalidade, não é possível analisar a concessão de benefícios fiscais sem se referir minimamente à função extrafiscal dos tributos ou da tributação.

A finalidade ordinária da tributação é o financiamento do Estado mediante a arrecadação de tributos. Ocorre que os tributos, por representarem custos que precisam ser medidos e avaliados, têm o condão de interferir no mercado e nas tomadas de decisões de consumo. Neste sentido, diz-se que os tributos têm uma função extrafiscal. Na lição de Marcus de Freitas Gouvêa:

Eis a extrafiscalidade como princípio, decorrente da supremacia do interesse público, que fundamenta, juridicamente, a tributação com fins diversos do puramente arrecadatório¹⁵⁴.

A despeito da definição acima, o citado autor procura, em sua obra, relativizar a distinção entre as funções fiscais e extrafiscais dos tributos. A visão representada pela definição transcrita é por ele chamada de clássica, à qual não se filia. Não se pretende, como outrora dito, examinar a fundo as questões atinentes à extrafiscalidade. Entretanto, pretende-se expor o entendimento não convencional do qual ora se trata:

[...] Para nós, extrafiscal é a norma voltada à realização de valores constitucionais. Como não se pode conceber norma jurídica avessa a valores constitucionais, nem norma tributária avessa à arrecadação,

¹⁵⁴ GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.43.

concluimos que toda norma tributária será, a um tempo, fiscal e extrafiscal¹⁵⁵.

Assim, segundo um entendimento menos comum a respeito do tema, todos os tributos apresentariam ambas as funções e o que as distinguiria seria o fato de a função fiscal servir ao objetivo de arrecadar fundos para a manutenção do Estado e a função extrafiscal seria apta a efetivar os objetivos ou valores encontrados na Constituição. Construção interessante, porém não parece incidir com considerável intensidade, na prática.

4.2.2 Limites à Utilização da Extrafiscalidade

A utilização dos tributos como forma de interferência nos comportamentos, notadamente no mercado, no consumo, deve respeitar determinados limites. A doutrina mostra-se dividida entre aqueles que advogam a submissão da função extrafiscal apenas às limitações constitucionais ao poder de tributar, ou seja, aos princípios protetivos do contribuinte, e aqueles que enxergam a limitação nos princípios que regem as relações econômicas¹⁵⁶.

Paulo de Barros Carvalho é o expoente da primeira linha de pensamento, atribuindo às limitações constitucionais ao poder de tributar a atribuição de controlar a utilização dos meios extrafiscais, e o faz com a seguinte justificativa:

Consistindo a extrafiscalidade no emprego de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários, o regime que há de dirigir tal atividade não poderia deixar de ser aquele próprio das exações tributárias. Significa, portanto, que, ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria, assim os expressos que os implícitos. Não tem cabimento aludir-se a regime especial, visto que o instrumento jurídico utilizado é invariavelmente o mesmo, modificando-se tão somente a finalidade do seu manejo¹⁵⁷.

¹⁵⁵ GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.47

¹⁵⁶ GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.234.

Vê-se, portanto, que para o doutrinador paulista não há razão para que sejam utilizados limites ou restrições para a extrafiscalidade diversos dos comumente aplicados às imposições com finalidade preponderantemente fiscal. Há, entretanto, como dito alhures, uma outra corrente doutrinária que defende a utilização de balizas específicas para o exercício da extrafiscalidade. Para representar tal posicionamento traz-se a lição de José Casalta Nabais, que sustenta:

Feito esse esboço sobre a identificação do fenómeno da extrafiscalidade, cabe-nos agora dar uma ideia dos seus limites, os quais, como decorre sobejamente de quanto vimos de dizer, não coincidem com os do direito fiscal (clássico), aproximando-se antes dos do direito económico, em que materialmente esse fenómeno se integra [...] ¹⁵⁸

Casalta Nabais defende uma limitação específica, com ênfase nos princípios de direito econômico, porém, em momento posterior, ainda admite, eventualmente, o recurso aos princípios que limitam a atividade fiscal para a extrafiscalidade. Ainda assim, diferentemente de Carvalho, sustenta a manutenção da distinção nas formas de controle, em decorrência da função predominante da tributação. Neste sentido, recorre-se, outra vez, à lição do mestre português, que divide a extrafiscalidade em dois setores, o do agravamento extrafiscal dos impostos e o dos benefícios fiscais:

Mas significará o que vimos de dizer que apenas os princípios jurídico-constitucionais do direito económico se aplicam e se aplicam integralmente à extrafiscalidade? No sentido afirmativo pode argumentar-se com o ponto de vista, por nós partilhado e já por diversas vezes aludido ao longo deste estudo, de que a extrafiscalidade integra, não o direito fiscal, mas sim o direito económico. Todavia, como também já referimos, há pouco ao falarmos da inserção da figura dos benefícios fiscais no ordenamento jurídico-público, a simples utilização do instrumento fiscal pelo direito económico tem consequências, quer no apelo aos princípios da legalidade e da igualdade fiscais, que não são de afastar totalmente se e na medida que sejam compatíveis com a natureza do direito económico (fiscal), quer na específica validade e aplicação dos princípios da proibição do arbítrio e do excesso às medidas económicas por via fiscal que, justamente em virtude da utilização desta via, mais facilmente se revelarão arbitrárias ou excessivas. Vejamos, então, estes aspectos relativamente a cada um dos sectores por onde se expande a extrafiscalidade, isto é, relativamente à tributação extrafiscal, em que se incluem não só os impostos extrafiscais, mas também as medidas de agravamento fiscal com o escopo extrafiscal, e relativamente à não tributação extrafiscalmente sustentada, ou seja, aos benefícios fiscais. No concernente ao primeiro sector – o dos impostos extrafiscais ou dos agravamentos extrafiscais de impostos –, o princípio da legalidade fiscal sofre uma atenuação, enquanto o princípio da igualdade fiscal não tem em rigor aplicação.[...]

¹⁵⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009. p.654.

Até aqui, tratando do chamado “primeiro sector”, que seria a extrafiscalidade atuando de forma a causar um agravamento, o autor português afasta ou relativiza o princípio da legalidade e efetivamente afasta o princípio da igualdade. No caso, portanto, não seria o princípio constitucional da igualdade uma limitação à utilização da extrafiscalidade. Eis como o autor em comento trata da limitação da extrafiscalidade em relação aos benefícios fiscais:

Também no respeitante ao segundo sector da extrafiscalidade – o dos benefícios fiscais – há que articular os princípios do direito económico, em que os mesmos funcionalmente se integram, com os princípios do direito fiscal, em que formalmente se inserem. [...] Assim e no referente ao princípio da legalidade fiscal é de referir que a nossa Constituição actual, seguindo quanto a este aspecto o que fora já interpretação da Constituição de 1933, integra na reserva de lei fiscal os benefícios fiscais, uma reserva que deve, assim, ser respeitada na integralidade das suas exigências sempre que ela não se apresente disfuncional, o que, em princípio, tenderá a ocorrer no caso dos chamados benefícios fiscais dinâmicos ou estímulos fiscais, em que uma tal reserva acabaria, as mais das vezes, por obstar à funcionalidade desse instrumento que requer, justamente, que se deixe ao aplicador das medidas em causa, seja a liberdade quanto à sua aplicação, seja ao menos a liberdade para fixar o seu montante, mormente em função dos compromissos assumidos pelos seus destinatários no caso concreto e no contexto duma fiscalidade económico-social selectiva.

Por seu turno, no referente aos limites materiais dos impostos, eles não se aplicam aos benefícios fiscais. Com efeito, estes não podem servir-se da igualdade fiscal apoiada no critério da capacidade contributiva, pois, embora esta não deixe de estar presente em tais medidas como seu pressuposto ou *conditio sine qua non*, o seu critério de justiça, como o critério de justiça das demais subvenções [...] é outro e passa pelo respeito dos princípios da proibição do excesso e da igualdade geral¹⁵⁹ [...]

Depreende-se do texto transcrito que a corrente representada por Casalta Nabais afasta os princípios constitucionais protetores do contribuinte e limitadores da competência para tributar da extrafiscalidade relacionada aos benefícios fiscais. O controle teria como baliza apenas os princípios relativos ao direito económico.

Há, contudo, uma construção doutrinária no sentido de um maior espectro de controle da utilização da extrafiscalidade, englobando, obviamente, os controles por meio dos princípios constitucionais tributários e dos princípios atinentes ao direito económico ou à ordem económica. Os limites, segundo essa concepção doutrinária,

¹⁵⁹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009

seriam os jurídicos principiológicos, os jurídicos normativos, os lógicos e os econômicos¹⁶⁰.

Os limites principiológicos apontados seriam todos os princípios constitucionais do direito tributário e os princípios da área em que o fenômeno extrafiscal atuar, tais como princípios do direito ambiental, do direito da cultura, do direito da seguridade social, etc. Além disso, ainda que em conformidade com os princípios, a extrafiscalidade pode ser obstada pelo ordenamento jurídico. São os limites normativos¹⁶¹.

Com efeito, ainda que a extrafiscalidade esteja em acordo com os princípios e com o ordenamento jurídico, é possível que não haja possibilidade lógica para a sua utilização, é dizer, pode haver uma limitação no sentido de que a pretensão não seja logicamente alcançável. Nas palavras de Marcus de Freitas Gouvêa:

A extrafiscalidade principiologicamente adequada e permitida ou não proibida pelo ordenamento jurídico pode ser impossibilitada por razões lógicas, quando o intuito é imprestável para atingir o fim pretendido. Os limites lógicos da extrafiscalidade revelam-se, por exemplo, quando se imagina a pretensão de alterar preços relativos via imposto sobre a renda. O imposto não incide sobre os preços, não podendo alterá-los, de forma que a pretensão esbarra em obstáculo lógico¹⁶².

Por fim, a extrafiscalidade encontra limites na própria realidade sobre a qual pretende interferir. É possível que as medidas extrafiscais não sejam eficientes, não conseguindo produzir os efeitos esperados no mercado ou na sociedade. Aliás, a Análise Econômica do Direito pretende exatamente medir a eficiência de tais escolhas, de tais medidas. E a extrafiscalidade não realiza o que se pretende, segundo Marcus de Freitas Gouvêa, pois “O mercado tem a capacidade de absorver medidas extrafiscais mal elaboradas ou fracas, de modo que tais medidas devem pautar-se pelas características do meio em que incidem”¹⁶³.

¹⁶⁰ GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁶¹ GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.272.

¹⁶² GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.272.

¹⁶³ GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.272.

Assim, o presente trabalho adota o entendimento segundo o qual as limitações à extrafiscalidade são principiológicas no sentido mais amplo, normativas, lógicas e conforme as características do meio em que incidirão as medidas.

4.2.3 Restrições ao poder de tributar e a relação com a extrafiscalidade

Neste tópico pretende-se examinar se há relação, e qual é, entre alguns princípios constitucionais limitadores da competência tributária e a função extrafiscal da tributação. Para tanto, inicialmente, serão relacionados e definidos alguns dos princípios constitucionais, notadamente aqueles que potencialmente têm relação com a extrafiscalidade. Antes, porém, mostra-se pertinente uma breve explanação sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar.

A Constituição Federal de 1988 estabelece desde o art. 150 até o art. 152 o que se convencionou chamar de limitações ao poder de tributar. Tais determinações limitam o exercício das competências para instituir tributos das três esferas de poder do Estado brasileiro.

Destarte, embora estejam previstas as competências para a instituição de determinados tributos, estas devem respeitar certos princípios protetivos dos contribuintes. Com efeito, estes princípios contidos na seção constitucional denominada Limitações ao Poder de Tributar são considerados como que direitos fundamentais dos contribuintes, ante o evidente paralelismo com o rol de direitos fundamentais contido no art. 5º da Constituição Federal, assim como pelo entendimento de autorizada doutrina no sentido de que tais princípios são materialmente fundamentais, em decorrência do que prevê o § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988¹⁶⁴.

Em suporte ao afirmado acima, traz-se a lição do professor Manoel Cavalcante de Lima Neto, que em seu *Direitos Fundamentais dos Contribuintes*:

¹⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, após discorrer de forma longa e aprofundada a respeito da positivação dos direitos fundamentais dos contribuintes, assevera:

Na condição de elementos comuns entre os direitos dos contribuintes assegurados nos art. 150 a 152 e os direitos individuais e coletivos do art. 5º, todos da Constituição Federal, acentua-se a semelhança de finalidade. De regra, ambos exercem *função defensiva*, pois congregam direitos que exigem uma abstenção do Estado, é dizer, uma postura de não-interferência. Até estruturalmente ambos se assemelham por denotarem uma *Relação de Limites* a serem observados pelo Estado; o primeiro conjunto de direitos destinados de modo geral para todos os cidadãos e o segundo convergindo para um grupo mais restrito, aquele dos cidadãos contribuintes.¹⁶⁵

Uma vez que não é o escopo deste trabalho estudar com profundidade as limitações constitucionais ao poder de tributar, e, por via de consequência, todos os princípios que limitam o exercício de tal poder, abordam-se princípios que efetivamente limitam a imposição de tributos, já que grande parte deles não interfere na extensão da tributação, apenas regulando a forma como a exigência pode ser feita. Excepcionam-se do presente exame as imunidades concedidas aos templos e igrejas, a partidos políticos, que têm uma função bem definida no ordenamento constitucional. São medidas tomadas para viabilizar, por exemplo, a pluralidade partidária, para ressaltar a liberdade religiosa e consagrar a ideia de que se tem um estado laico. Em verdade, pretende-se analisar os princípios da capacidade contributiva e da proibição de confisco, os quais têm o efetivo potencial de interferir na arrecadação, e, como dito, têm potencial relação com a extrafiscalidade.

4.2.4 Princípio Constitucional da Proibição do Confisco

A proibição de tributos que levem ao confisco tem nítida função de proteção dos contribuintes contra os arroubos arrecadatários do Estado. O objetivo do aludido princípio é evitar que a carga tributária seja tal que viole o direito à propriedade ou inviabilize o negócio, afrontando a liberdade de exercício da atividade econômica, consagrado pelo art. 170 da CF/88 e pelo art. 1º, IV, da Carta Magna. A vedação ao confisco está insculpida no art. 150, IV, da CF/88, *in verbis*:

¹⁶⁵ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. *Direitos Fundamentais dos Contribuintes: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Recife: Nossa Livraria, 2005. p.130.

“Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV – utilizar tributo com efeito de confisco.”

A vedação ao confisco está intimamente ligada ao princípio da capacidade contributiva, sobre o qual serão tecidas considerações adiante, e que é a mais importante medida para a aferição e realização da tão almejada e propalada justiça fiscal.

É que, obrigatoriamente, se houver tributação confiscatória, ter-se-á transbordado o limite da capacidade contributiva. Todavia, a mensuração objetiva tanto do confisco quanto da capacidade contributiva constitui um desafio desde os primórdios da tributação e parece longe de um consenso. Não há um critério objetivo confiável ou infalível para se determinar que uma tributação seja confiscatória.

É óbvio, intuitivo, que uma tributação de 100% da renda é confiscatória, mas isto representa o extremo, praticamente absurdo, não servindo de parâmetro. Por outro lado, os tributos indiretos, tributos que oneram o consumo, tornam ainda mais difícil de apreciar a confiscatoriedade.

Em sentido contrário, os tributos que oneram a renda e o patrimônio oferecem a possibilidade de uma verificação mais precisa da confiscatoriedade. Ainda assim, não parece possível fugir da subjetividade, ou de conceitos indeterminados, quando se busca este desiderato.

Com efeito, há o caso do ITR, que sob o argumento de evitar a mera especulação a afrontar a função social da propriedade, prevê a progressividade das alíquotas do imposto, chegando a 20% para propriedade com mais de 5 mil hectares, que pode levar, ao final de cinco anos, a uma tributação confiscatória de 100%.

O entendimento predominante é o de que a extrafiscalidade, como meio de que se serve o Estado, a administração, para a realização de políticas públicas, poderia relativizar o princípio em exame. É dizer, em função da busca por objetivos revestidos da supremacia do interesse público, haveria uma elasticidade da tolerância ou do alcance da tributação. Toleram-se, por exemplo, a imposição de

alíquotas absurdamente elevadas em imposto incidente sobre mercadorias supérfluas, ou que causem mal à saúde dos cidadãos.

Há, por conseguinte, uma relação peculiar entre a proibição do confisco e a extrafiscalidade, de forma que tal princípio, em alguns momentos, se amolda aos legítimos interesses coletivos.

4.2.5 Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva

O princípio da capacidade contributiva apresenta tanto aspecto de proteção dos contribuintes, ou de segurança para os contribuintes, quanto de promoção e garantia da igualdade, da isonomia na tributação.

A limitação da tributação à exata capacidade para contribuir de que dispõe o cidadão parece ser o ideal a ser atingido, a baliza perfeita, fazendo com que o Estado arrecadador tomasse apenas o excedente do mínimo existencial. Ocorre que, como dito a respeito do confisco, é extremamente difícil medir e determinar o que seja a efetiva capacidade contributiva do cidadão ou mesmo da pessoa jurídica.

A garantia do mínimo existencial parece ser o limite a partir do qual pode haver tributação, no que se refere à pessoa física, obviamente. Mas até mesmo o conceito do que seja mínimo existencial encontra variáveis, pois, devido ao subjetivismo, é de complexa delimitação.

A despeito disso, a existência do princípio da capacidade contributiva é vital para a construção da justiça na tributação, reafirme-se. Neste sentido, Fernando Aurélio Zilveti ensina que:

A tributação de acordo com a capacidade contributiva desenvolve-se segundo conceitos que priorizem o respeito ao mínimo existencial. O direito fundamental da igualdade, expresso por meio do respeito ao mínimo existencial na apuração da capacidade contributiva, deve limitar o poder de tributar do Estado. Esta seria a realização da justiça no campo do direito tributário¹⁶⁶.

¹⁶⁶ ZILVETI, Fernando Aurélio. Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p.153.

Desta feita, é o princípio da capacidade contributiva, por excelência, um corolário do princípio da igualdade. E, a despeito das críticas de alguns autores que veem o princípio da capacidade contributiva como instituto vazio de significado, ou até mesmo que não o veem como princípio, tem-se que ele é autoaplicável e deve ser observado, tanto pelo legislador quanto pelo intérprete.

A respeito de sua positivação e fundamental função, Ricardo Mariz de Oliveira leciona:

Capacidade contributiva é princípio constitucional do Direito Tributário, expresso no parágrafo 1º do art. 145 quanto a determinados impostos que têm caráter pessoal, e está implícito em relação aos demais tributos. Consiste ele na captação de sinais positivos da existência de conteúdo econômico nas situações definidas como fatos geradores de determinado tributo, ou seja, nas situações necessárias e suficientes à sua ocorrência¹⁶⁷.

A capacidade contributiva, decorrência direta e corolário da igualdade ou isonomia, interage com a extrafiscalidade. No mesmo sentido da proibição do confisco, tolera-se uma aparente relativização do princípio em comento, em função de um interesse legítimo. Há casos em que iguais são tratados de forma desigual para a realização de valores caros à coletividade e que são constitucionalmente incentivados. É o caso do IPTU que se eleva para alguns, em nome da consagração da função social da propriedade, por exemplo.

Em outro sentido, pode-se vislumbrar uma interação profícua, na medida em que, adotada a progressividade ao imposto sobre a renda, em respeito à capacidade contributiva, tem-se o efeito extrafiscal de redução das desigualdades entre os indivíduos. Há, portanto, o efeito extrafiscal de distribuição de renda. Inegável, por tudo quanto exposto, que há uma intensa relação entre fiscalidade e princípio da capacidade contributiva.

Passa-se ao estudo das limitações às possibilidades de concessão de isenções, tema umbilicalmente ligado às limitações ao poder de tributar, pois, como a outra face da mesma moeda, impede que o Estado abra mão de seu poder de tributar de forma aleatória.

¹⁶⁷ MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. Breves considerações sobre a capacidade contributiva e a isonomia. In: Direito Tributário, Homenagem a Alcides Jorge Costa, coordenado por SCHOUERI, Luís Eduardo. São Paulo, 2003, p. 520.

4.3 Restrições ao Poder de Isentar

O Estado, ciente da elevada carga tributária imposta aos cidadãos, a despeito das limitações constitucionais ao poder de tributar, vê-se diante da quase exigência de adotar medidas que aliviem o peso da tributação, sob pena de, simplesmente, fazer desaparecer sua fonte de custeio.

Tendo em vista que as formas de desoneração fiscal servem como estímulo à produção e ao consumo, são medidas cada vez mais adotadas pelos entes da federação como forma de atrair investimentos e impulsionar o desenvolvimento econômico.

Ocorre que, como visto linhas acima, há que se estabelecer um equilíbrio entre o peso da arrecadação e suas limitações e desonerações, no sentido de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, direitos sociais e não tornar, ao mesmo tempo, proibitiva a atividade econômica, a produção, enfim.

Neste cenário, além de uma indispensável análise econômica da forma de desoneração adotada, bem assim da norma que concede algum benefício, é necessário que haja um devido regulamento, por exemplo, da concessão de incentivos e isenções fiscais. Supostamente, esse controle há e parece ser suficiente.

A limitação a estas desonerações encontra abrigo tanto na Constituição Federal brasileira de 1988, quanto na Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei complementar 104, de 4 de maio de 2000. Quanto aos limites impostos pela Constituição, concorda-se com Souto Maior Borges¹⁶⁸, que vincula as isenções aos princípios constitucionais tributários que limitam o exercício da tributação. Assim a concessão de incentivos fiscais, *in caso*, de isenções fiscais, está adstrita aos princípios constitucionais tributários, tais como: legalidade, isonomia, ou igualdade, e o princípio da capacidade contributiva. A concessão de isenções fiscais deve respeitar os aludidos princípios. Estas são formas de proteção, tanto dos contribuintes, de uma maneira geral, quanto do próprio estado, em face de gestores inconsequentes ou mal intencionados que intentem utilizar as referidas

¹⁶⁸ SOUTO MAIOR BORGES, José. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3ª ed. 3ª Tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.35.

desonerações como forma de propiciar privilégios odiosos, bem como prejudicar a arrecadação. Em relação ao princípio da legalidade, afirma Souto Maior Borges:

A necessidade de lei para o estabelecimento de isenções deriva do próprio princípio da legalidade tributária. Formulada constitucionalmente a reserva de lei para o estabelecimento do tributo, essa reserva estende-se inevitavelmente – salvo se outra coisa o diga o próprio texto constitucional – às isenções¹⁶⁹.

O princípio da igualdade ou isonomia deriva do princípio da legalidade e se presta tanto à exigência de tratamento idêntico aos contribuintes em mesma situação, quanto à imposição de tributos e à isenção fiscal, desde que esta não esteja sendo utilizada como forma de política fiscal ou como função extrafiscal, precipuamente. Ainda assim, entende-se que a não ser que a função extrafiscal esteja voltada para a realização da justiça social, por mais difícil que seja definir isto, aqui também deverá ser respeitado o princípio da isonomia na concessão de isenção. Uma vez que as isenções se encontram sob a reserva tanto de lei formal, quanto material, essas estão sob o manto do princípio da isonomia, e isto se deve ao fato de que foi estabelecido na Constituição, de forma geral, o princípio da igualdade de todos perante a lei ou de igualdade jurídica. Este princípio positivado e genérico se estendeu, obviamente, para a tributação, e, via de consequência, para as isenções tributárias¹⁷⁰. Além disso, conforme já indicado linhas acima, o poder de tributar está umbilicalmente ligado ao poder de isentar, razão pela qual o regramento das isenções quanto aos princípios da igualdade e da generalidade seguem o mesmo passo da disciplina do tributo. Por fim, a isenção fiscal deve seguir o princípio constitucional da capacidade contributiva. Aqui, a isenção se reveste de forma de proteção dos contribuintes, proteção, especificamente, do chamado mínimo vital ou mínimo existencial. A isenção, neste caso, deve ser aplicada às pequenas rendas, quando se verifica que os indivíduos não dispõem de capacidade contributiva, é dizer, não apresentam qualquer signo presuntivo de riqueza, e tudo o que for tributado destes indivíduos estará comprometendo a possibilidade de existência digna, ou de existência mesmo. Neste sentido, o balizamento da isenção tem o objetivo de proteger o cidadão dos exageros do Estado arrecadador.

¹⁶⁹ Op. cit., p.39.

¹⁷⁰ SOUTO MAIOR BORGES, José. Op. cit., p.45.

4.4 Espécies de Benefícios ou Incentivos Fiscais

Não obstante o objeto do trabalho sejam as isenções fiscais, forma de renúncia fiscal, e uma das espécies de benefícios ou incentivos fiscais, delineiam-se, rapidamente, alguns contornos básicos das demais espécies desse gênero.

Inicialmente, há uma discussão que aqui também não será aprofundada, visto que não é de muita valia ao objeto do estudo, sobre a distinção ou não entre benefícios e incentivos fiscais. Aqueles que fazem a distinção, defendem que os incentivos fiscais, para serem concedidos, exigem uma contrapartida do beneficiado, enquanto os benefícios fiscais não requerem contrapartida para que possam ser usufruídos¹⁷¹.

4.4.1 Não Incidência Tributária

A incidência, como se pode facilmente supor, é o posto da incidência. Esta ocorre quando os fatos hipotéticos descritos na norma jurídica ocorrem concretamente e fazem, por conseguinte, incidir a norma jurídica tributária, surgindo então a relação jurídica tributária e a consequente obrigação tributária. Ao revés, quando um determinado fato concreto havido no mundo real não apresenta correspondência com a descrição existente na norma, afigura-se a não incidência. Obviamente, caso o fato não tenha simplesmente ocorrido, não há como incidir a norma. Como afirma Sacha Calmon Navarro, a “*Imunidade e a isenção decorrem de dispositivos legais expressos, e a não incidência é uma dedução lógica*”¹⁷².

¹⁷¹GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Das Exonerações Tributárias. Incentivos e Benefícios Fiscais*. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; QUEIROZ, Mary Elbe (org.). *Novos Horizontes da Tributação: Um Diálogo Luso-Brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p.16

¹⁷²COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária: (O significado do art. 116, parágrafo único do CTN)*, São Paulo: Dialética, 2003, p.218-219, apud, Op. cit., p.19.

4.4.2 As Imunidades

Ocorre dissonância na doutrina, do mesmo modo que ocorre com a não incidência, sobre a definição de imunidade. Há uma corrente, majoritária, que entende que a imunidade tem relação direta com a competência tributária e seria bloqueadora da competência tributária, é dizer, impediria o exercício da competência tributária. Outra corrente entende que as imunidades fariam parte do grupo de normas que impediriam a ocorrência do fenômeno da incidência. A discussão doutrinária, além de irrelevante para este trabalho, parece ser daquelas que não terá fim, havendo sempre opiniões abalizadas, bem fundamentadas, conquanto jamais definitivas. Até quem é partidário da última corrente, que defende que as imunidades impediriam a incidência, reconhece haver uma íntima ligação com a competência, embora não aceite que as imunidades possam ser consideradas normas de não incidência previstas no texto constitucional. Para o escopo deste trabalho, o relato e a explicação a respeito dos dois entendimentos acerca das imunidades são mais do que suficientes.

4.4.3 Outras Espécies de Benefícios ou Incentivos Fiscais: Subvenções e Subsídios; Créditos Presumidos, Diferimento, Alíquota Zero e Reduções da Base de Cálculo

Desde já menciona-se que há na doutrina quem não veja as subvenções ou subsídios como espécies de benefícios ou incentivos fiscais, uma vez que não teriam natureza tributária, dentre outros motivos, porque ao contrário dos tributos, aqueles seriam hipóteses de desembolsos feitos pelo Estado em favor dos particulares. Fiel ao marco teórico do trabalho, mais interessa o fim a que se presta, as consequências da sua adoção, do que a exata definição do instituto. Importa relevar que não há no ordenamento jurídico brasileiro regramento para a concessão de subsídios, apenas de subvenções. Não obstante, a lei que trata das subvenções, a Lei nº 4.320/64, inclui os subsídios no conceito de subvenção, que é mais abrangente. Aliás, a Constituição também trata os dois institutos de forma indistinta. A despeito disso, os dois não são institutos iguais, como bem afirma Betina Treiger Gruppenmacher:

[...] Mas se afastam os dois privilégios porque o subsídio tem função específica na intervenção do Estado no domínio econômico. Visa precipuamente influir na formação de preços e a incentivar a produção de determinados bens.¹⁷³

O crédito presumido, por sua vez, presta-se a beneficiar um determinado setor da economia, que, por entendimento da autoridade fazendária, necessita de um auxílio, de um incentivo para incrementar suas atividades produtivas. É decorrente de uma política tributária e aplica-se, sobretudo, aos tributos plurifásicos, como o são o ICMS e o IPI. Não se configura como efetivo desembolso por parte do Estado, mas é inegável a condição de incentivo tributário, uma vez que se materializa pela concessão de um crédito que é fictício e tem natureza tributária. Para o melhor esclarecimento de como se dá a sistemática do crédito presumido aplicado aos tributos sujeitos ao princípio da não cumulatividade, eis o seguinte relato:

Ocorre que, em algumas ocasiões, por razões de política fiscal, alguns contribuintes, destinatários de benefícios e incentivos tributários, embora destaquem no documento fiscal o valor total do tributo a ser pago, recolhem de forma efetiva apenas parte deste valor, pois desfrutam de autorização legal para registrar em sua escrita fiscal *crédito presumido*, equivalente a uma parte do valor do respectivo imposto, ou seja, não pagam integralmente o imposto devido com seus próprios recursos, pois têm autorização legal para acrescer ao valor que efetivamente desembolsarão, para fins de recolhimento do imposto, crédito fictício à diferença entre o valor devido e aquele concretamente recolhido¹⁷⁴.

O diferimento, por sua vez, implica adiar a exigência do tributo, postergar a cobrança do tributo. Na cadeia percorrida por um tributo plurifásico, uma das partes envolvidas não pagará o tributo, que ficará a cargo do contribuinte seguinte, devendo arcar com sua parte e com a parte diferida. Por conta dessa feição, por muitos nem sequer é considerado benefício fiscal, uma vez que o Estado não abre mão da arrecadação, apesar de desonerar uma das partes da cadeia. Não obstante a desoneração de uma das partes, a seguinte arcará com a “benesse” concedida. Há alguns problemas envolvendo o diferimento; entre eles pode-se destacar a controvérsia, a discussão a respeito do desrespeito à capacidade contributiva do contribuinte que arca com o ônus do diferimento concedido a outrem. Questão pertinente e séria, que não cabe no espaço estreito em que se propõe examinar as espécies de benefícios ou incentivos fiscais. Por fim, o diferimento parece ser mais

¹⁷³GRUPENMACHER, Betina Treiger. Op. cit., p.32.

¹⁷⁴GRUPENMACHER, Betina Treiger. Op. cit., p.33.

uma forma de aperfeiçoamento e simplificação da arrecadação do que, propriamente, um benefício fiscal.

Outra espécie de benefício fiscal é a instituição de alíquota zero no critério quantitativo da regra matriz de incidência da norma concreta. Essa modalidade de incentivo é bastante confundida com a isenção, contudo, com esta não se assemelha. Elas têm efeitos práticos semelhantes, mas tecnicamente não são idênticas. A diferença entre as duas espécies de benefícios pode ser assim explicitada:

[...] A isenção está relacionada ao fato juridicamente relevante previsto na hipótese de incidência, pois quando da sua edificação ficam excluídos os fatos isentos, já a alíquota zero relaciona-se ao critério quantitativo da norma-padrão de incidência. A obrigação nasce, mas com a característica da gratuidade. Ontologicamente são profundamente diversas. [...] ¹⁷⁵

Esta medida tem-se mostrado bastante útil e eficiente como uma forma célere de tomada de medidas de política fiscal para regular dada situação econômica que cobre uma solução imediata.

4.4.4. Redução de Alíquota e de Base de Cálculo

Da mesma forma que a alíquota zero, as reduções de alíquota e de base de cálculo impactam o critério quantitativo da norma, reduzindo a carga tributária e causando uma desoneração. Neste sentido, não há dúvidas, são formas de benefícios fiscais. A diferença em relação à espécie alíquota zero reside na amplitude da desoneração. É dizer, enquanto nesta o valor do tributo vai a zero, naquelas o valor é apenas reduzido. Apenas a título de registro, este tipo de benefício fiscal recebeu a denominação, por muitos doutrinadores considerada indevida, de isenção parcial.

Examinadas as espécies de incentivos ou benefícios fiscais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, estudar-se-á mais detidamente aquela que apresenta maior pertinência com o objetivo do presente trabalho. Neste sentido, abre-se um tópico específico para tratar dos principais aspectos da isenção.

¹⁷⁵ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Op. cit., p.40.

4.5 Aspectos Gerais sobre as Isenções Fiscais

4.5.1 Um Conceito de Isenção Fiscal

A isenção fiscal é uma forma de exoneração de pagamento de tributos, assim como é uma forma ou um procedimento de exclusão do crédito tributário (art. 175, I e II). A pessoa ou coisa poderia ser normalmente tributada, estaria normalmente submetida à tributação, não fosse a excepcional medida que a põe fora do alcance da incidência da norma jurídica tributária¹⁷⁶.

Dito de outro modo, as isenções encontram-se em nível infra-constitucional, ou seja, são estabelecidas por meio de lei e se prestam a impedir a incidência e o consequente surgimento da relação jurídica. Com efeito, o professor Roque Antonio Carrazza apresenta sua definição de isença fiscal nos seguintes termos:

[...] a isenção é uma limitação tributária do âmbito de validade da norma jurídica tributária, que impede que o tributo nasça ou faz com que surja de modo mitigado (isenção parcial). Ou, se preferirmos, é a nova configuração que a lei dá à norma jurídica tributária, que passa a ter seu âmbito de abrangência restringido, impedindo, assim, que o tributo nasça *in concreto*¹⁷⁷.

Com efeito, há vozes autorizadas que discordam da inclusão da isenção no rol das formas de exclusão do crédito tributário. O professor Sacha Calmon Navarro Coêlho, por exemplo, entende que a isenção não exclui crédito algum. Para ele, a isenção é um fator impeditivo do nascimento da obrigação tributária, uma vez que subtrai fato, ato ou pessoa da hipótese de incidência da norma impositiva. Aliás, o aludido autor vê como

[...] erro rotundo considerar a isenção dispensa legal do pagamento de tributo devido. Este conceito é exatamente o que corresponde à remissão do pagamento de tributo devido, que é forma de extinção do crédito tributário¹⁷⁸.

Conquanto Sacha Calmon aponte o erro crasso de considerar a isenção fiscal como forma de dispensa legal de tributo que já é devido, ele não oferece

¹⁷⁶ SOUTO MAIOR BORGES, José. Op. cit., p.154-155.

¹⁷⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.829.

¹⁷⁸ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p.759.

expressamente um conceito, apesar de ser possível depreender o que o autor entende por este instituto. Não obstante, a melhor definição parece ser a de Roque Carrazza, que define a isenção como limitação da norma jurídica tributária, que impede o nascimento do tributo ou que faz com que o tributo nasça de maneira mitigada. Serve, também, a ideia de que a lei que confere a isenção altera a norma jurídica tributária, fazendo com que seu limite de abrangência, ou seu alcance, seja restringido.

4.5.2 Fiscalidade e Extrafiscalidade da Concessão de Benefícios Fiscais

Seão abordados os incentivos fiscais sob os dois prismas: fiscal e extrafiscal. É dizer, analisar-se-á de que forma os benefícios fiscais podem ter um papel fiscal ou extrafiscal. Dos dois, aquele que mais de perto toca ao objetivo deste trabalho é o extrafiscal, obviamente.

Na concessão de benefícios com o caráter fiscal, o que se pretende é redistribuir a carga tributária, sem comprometer a arrecadação total. Ou seja, a desoneração com caráter fiscal pretende estabelecer um equilíbrio quanto à sujeição do pagamento de tributos, levando-se em consideração a condição individual de cada um dos sujeitos passivos. A concessão de benefícios com o caráter fiscal mostra-se oportuna, notadamente em países que apresentam uma carga tributária elevada, como é o caso brasileiro, além de tentar adequar a tributação aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da vedação da cobrança de tributos com efeito confiscatório. Desde logo, vê-se que o maior intento da concessão de benefício fiscal com o intuito meramente fiscal é corrigir distorções da tributação, adequá-la aos princípios constitucionais tributários que servem de baliza para a correta distribuição de encargos, e, finalmente, e como decorrência de todo o resto, tentar implementar um direito tributário mais justo, ou realizar a tão desejada e propalada justiça fiscal, de tão árdua definição e mais difícil ainda implementação. Neste sentido, os incentivos fiscais, notadamente aqueles que têm o caráter fiscal, são instrumentos compensadores de desigualdade na distribuição da carga tributária, em estrito cumprimento dos princípios elencados. Destarte, a utilização de benefício fiscal para corrigir desigualdades ou injustiças na distribuição da carga

tributária não significa, necessariamente, usar a tributação com o objetivo de realizar distribuição de riquezas para reduzir desigualdades sociais. São coisas distintas, e, aliás, a despeito do grande potencial da tributação para realizar distribuição de riqueza, essa utilização é polêmica e fruto de calorosos debates entre correntes antagônicas na doutrina. Entende-se que não seja função dos benefícios fiscais realizar a redistribuição de riqueza, porém parece inevitável que mesmo por via transversa isso deixe de ocorrer. E, por falar em justiça fiscal ou justiça na tributação, não se pode deixar de fazer uma referência ao estudo deste tema. A obra de Klaus Tipke e de Douglas Yamashita, *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*, voltada ao exame do que seja a justiça fiscal, em dado momento afirma que o conceito de justiça vai variar conforme a disciplina do direito de que se está a tratar. Assim, os autores afirmam que “Para o Direito Tributário é amplamente reconhecido que este deve ser orientado pelo princípio da capacidade contributiva. Isto não vale, porém, para normas extrafiscais¹⁷⁹”.

4.5.3 A Concessão de Benefícios de Caráter Extrafiscais: Normas Indutoras

Linhas acima, expôs-se a ideia de Posner, segundo a qual as normas seriam indutoras de comportamentos, é dizer, as normas, especialmente as normas jurídicas tributárias, têm a aptidão para incentivar ou desestimular condutas, especificamente no mercado. As normas tributárias seriam como que preços implícitos, que caso alterados, poderiam causar a mudança de comportamento. Aliás a tão só existência da tributação já afeta o comportamento normal ou estável do mercado. Cristiano Carvalho, ao advertir que sendo os indivíduos racionais e auto-interessados, a tributação funciona muito mais como incentivo a condutas, do que a considerações dos custos morais e das normas morais¹⁸⁰. Importante transcrever lição do aludido autor, que põe às claras a influência que as normas jurídicas tributárias têm, não só no comportamento de contribuintes, mas no momento das decisões dos juízes e dos agentes administrativos:

Nota-se que, no contexto da decisão jurídica, o repertório de normas compõe o estado de coisas que influenciarão a escolha. Sejam princípios,

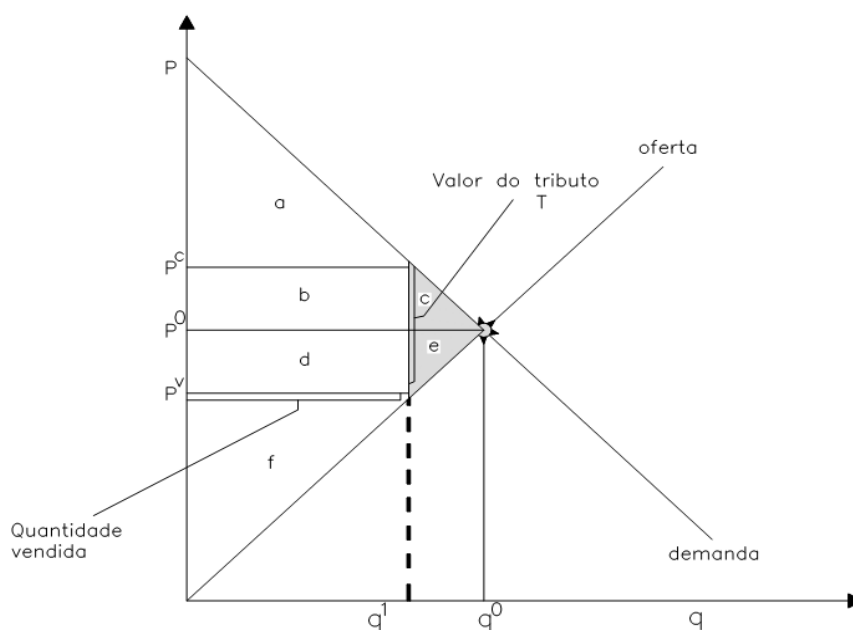
¹⁷⁹TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.21.

¹⁸⁰CARVALHO, Cristiano. Op. cit., p.95.

sejam regras, e, principalmente, a pragmática que firma essas normas no sistema – a jurisprudência –, esta é a informação sobre a realidade que importa ao agente que necessita escolher. No direito tributário, por exemplo, o contribuinte, o agente ou o juiz tomarão como base justamente esse repertório ao realizar os seus atos visando os resultados pretendidos, sempre no afã maximizador: obter economia fiscal, atuar de forma eficiente ou pôr fim ao litígio alcançando a decisão mais justa¹⁸¹.

Como este trabalho tem como referencial metodológico a Análise Econômica do Direito segundo Richard Posner, que, entre outras coisas, defende a utilização do instrumental da economia para aumentar a eficiência das escolhas, das decisões e da legislação, apresenta-se graficamente o impacto que a tributação ou uma norma jurídica tributária têm sobre as trocas econômicas, sobre o sistema de preços, e, conseqüentemente, sobre a oferta e a procura:

Figura 1: Gráfico da influência da Tributação na Oferta e na Demanda



Fonte: CARVALHO, Cristiano. Op. cit., p.154.

Desde já, deixa-se claro que o objetivo é mostrar como qualquer norma, especialmente tributária, pode ter um efeito para além da arrecadação. A despeito do desequilíbrio que é verificado e será explicado, em hipótese alguma se cogitará da eliminação da tributação, mas sim do aperfeiçoamento da tributação, a fim de que esta seja eficiente e possa cumprir com as funções a ela destinadas, sem que para isso seja preciso inibir a atividade privada, sob pena de não haver mais de onde

¹⁸¹ Op. cit., p.96.

retirar riqueza e recursos. Dir-se-á então que a tributação provoca um desequilíbrio indispensável na relação entre demanda e procura, que apenas pode ser controlado pelos limites ao poder de tributar e pela verificação empírica do que seja uma imposição tributária eficiente.

Por ora, a exposição do gráfico tem o único escopo de demonstrar, como dito alhures, que a simples inclusão de um tributo em uma troca equilibrada causa alteração nos preços, afetando a relação de oferta e demanda, provocando mudanças de comportamentos, que são escolhas racionais maximizadoras, ou na tentativa de maximizar a riqueza.

O gráfico acima mostra a transformação do seguinte cenário: há um cenário antes da tributação, assim representado: o excedente do consumidor, ou seja, a quantia que ele está disposto a pagar por um bem, menos o que ele efetivamente paga está representado graficamente pela soma das partes indicadas pelas letras “a”, “b”, e “c”. Por outro lado, o chamado excedente do produtor, que vem a ser a quantia que ele recebe pelo seu bem, menos os custos, está representado graficamente pela soma das partes indicadas pelas letras “d” e “f”. Este é, precisamente, o cenário antes da entrada da tributação. Com a entrada da tributação (imposto sobre o consumo – ICMS), as seguintes mudanças ocorrem: o tributo causa uma diminuição na quantidade produzida/ofertada, por conta, basicamente, da elevação do preço. Graficamente, isto é representado pela passagem de q^0 para q^1 . Neste caso, o consumidor tem uma perda, e no gráfico, a quantidade que agora pode consumir em função da restrição orçamentária passa para P_c . O produtor, por sua vez, desloca-se para P_v , que representa graficamente o lucro contábil recebido, após dedução do custo do imposto. Assim, a entrada da tributação do consumo faz com que haja redução do excedente do consumidor em $(b+c)$ e o do produtor em $(d+e)$. A receita tributária, por sua vez, fica em $(b+d)$, e a perda do bem estar-estar total, o que no jargão da economia se chama “peso morto”, é representada pela área $(c+e)$. Como visto, a variação do excedente total é o que se denominou “peso morto”, que nada mais é do que o custo incorporado, e que implicou a redução do bem-estar social. Via de consequência: temos uma produção reduzida, menor consumo e menos riqueza para a sociedade. A conclusão a que se chega, além da evidente constatação de que uma mera norma jurídica que crie um tributo influencia na riqueza da sociedade, é que:

Como se pode verificar a partir do gráfico, a tributação frequentemente gera distorções alocativas. Nos sistemas tributários mundo afora, dificilmente verificar-se-á algum que não contenha distorções, pesos mortos e ineficiências, sejam países desenvolvidos economicamente ou não¹⁸².

Conforme demonstrado, parece quase um pleonasma a expressão normas indutoras, uma vez que todas as normas, notadamente as tributárias, são indutoras de comportamentos. Destarte, tratar-se-á especificamente das normas tributárias com caráter extrafiscal, que almejam, pela concessão de benefícios, induzir comportamentos, influenciar na economia, no comportamento dos mercados, enfim.

Os incentivos fiscais são os mecanismos mais aptos a servir à indução econômica nas hipóteses dos benefícios concedidos para estimular determinados comportamentos¹⁸³. As espécies de benefícios já foram devidamente tratadas, com suas especificidades, porém o mais importante aqui são as consequências da utilização das normas tributárias indutoras e o exame da eficiência destas. Como leciona André Elali:

Nessa visão, é notória a importância da intervenção estatal por meio da tributação com objetivos regulatórios, já que é atribuição sua estimular determinadas atividades econômicas para que se busque a ordem proposta pela Constituição da República. É, vale dizer, indiscutível o papel da tributação na busca do desenvolvimento econômico, devendo, para tanto, pautar-se pelos princípios constitucionais econômicos, tributários, sem que se ponha de lado toda a teorização econômica que pode auxiliar o direito a melhorar o nível de eficiência da economia nacional¹⁸⁴.

Com efeito, na linha defendida por Posner, após sua revisão de conceitos, as escolhas públicas devem, respeitados os valores como a democracia e a linguagem do direito, buscar a eficiência, com supedâneo nas ferramentas que a ciência econômica oferece. Assim, na utilização das normas tributárias indutoras, há que se fazer esse cotejo e se ter a preocupação com o respeito à Constituição e com as consequências práticas da concessão de incentivos, de benefícios, sempre voltando a vista para o futuro e para as consequências. Desse modo, “[...] os incentivos devem ser concedidos para gerar eficiência econômica, no sentido de se buscar o desenvolvimento econômico¹⁸⁵”.

¹⁸² CARVALHO, Cristiano. Op. cit., p.154-155.

¹⁸³ ELALI, André. *Tributação e Regulação Econômica: Um exame da Tributação Como Instrumento da Regulação Econômica na Busca da Redução das Desigualdades Regionais*. São Paulo: MP Editora, 2007. p.114.

¹⁸⁴ Op. cit., p.116-117.

¹⁸⁵ ELALI, André. Op. cit., p.117.

É para isso que servem as concessões de benefícios fiscais ou incentivos fiscais. Essas normas são indutoras de comportamento, são formas de intervenção do Estado na economia e devem estar voltadas para o aumento do desenvolvimento, a maximização da riqueza da sociedade, a evolução dos indicadores sociais; enfim, para que sejam legítimas e justificáveis, sob todos os aspectos, devem ser eficientes.

As normas tributárias com função extrafiscal têm destacada importância na intervenção do Estado na economia, ou seja, na regulação indireta do mercado. Esta é uma intervenção do Estado sobre o mercado, não no mercado. A importância e a indispensabilidade de tais intervenções sobre o mercado podem ser assim descritas:

[...] É empiricamente difícil encontrar trocas econômicas que não sejam também revestidas de substrato jurídico, pois em um mundo no qual os custos de transação não são nulos, são justamente as instituições formais do Direito que fornecem as balizas necessárias para a segurança jurídica, essencial para o funcionamento do mercado¹⁸⁶.

A utilização de tributos para além da função arrecadatória, com o intuito de alterar a alocação de recursos, é a denominada função extrafiscal. Esta função, forma de intervenção do Estado na economia, tem o propósito de provocar incentivos para que os contribuintes ajam da forma considerada mais apropriada. É uma ferramenta direta do Estado para o cumprimento dos fins públicos.

A despeito de as considerações acima se referirem ao comportamento de consumidores, da intenção de intervir na economia com o objetivo de alterar a conduta de tais consumidores, a tributação com o perfil extrafiscal pode induzir comportamentos de produtores e de corporações a fim de incrementar o desenvolvimento, o crescimento de uma dada localidade, de uma região específica. Neste caso, o modo mais comum é justamente por meio da concessão de incentivos, de benefícios fiscais, seja isenção, subsídio, alíquota zero, diferimento, redução da base de cálculo, enfim, todas as espécies já aqui demonstradas. Neste sentido, o Estado busca, por meio da concessão de benesses, que representam, na maioria dos casos, renúncia de receitas, estimular, atrair investidores e produtores que, supostamente, compensarão o custo estatal. Há um entendimento interessante, e em certo sentido bastante pertinente, de que a concessão de benefícios é decorrência direta da tributação pesada e ineficiente criada pelo próprio Estado, que

¹⁸⁶ CARVALHO, Cristiano. Op. cit. p.159.

em momento seguinte surge como o generoso e perspicaz criador de fórmulas eficientes de atração de investimentos. Na verdade, a concessão de benefícios fiscais mais se assemelha a uma forma improvisada de correção dos absurdos e distorções da tributação.

5 A AED DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS – O PRODESIN ALAGOANO

5.1 O Prodesin e seus Objetivos

O Prodesin – Programa de Desenvolvimento Integrado do Estado de Alagoas – foi criado pela Lei nº. 5.671, de 1º de fevereiro de 1995, e tem sua regulamentação feita pelo Decreto Estadual nº 38.394, de 24 de maio de 2000.

Os objetivos do Prodesin, declarados no próprio texto da lei, especificamente no art. 2º, são os seguintes:

Art. 2º - São objetivos específicos do Programa de Desenvolvimento Integrado do Estado de Alagoas – Prodesin:

I - apoiar ações e providências tendentes ao melhoramento da qualidade e ao aumento da produtividade turística e industrial, através da modernização tecnológica, do aperfeiçoamento dos recursos humanos e do aprimoramento das atividades de gestão, de modo a assegurar melhores condições de competitividade aos empreendimentos instalados em Alagoas;

II - propiciar incentivos financeiros, técnicos, creditícios, locacionais, fiscais, infra-estruturais e de interiorização turística e industrial, visando a expansão, a diversificação e a modernização destes setores;

III - estimular a interiorização do processo de desenvolvimento turístico e industrial, especialmente a implantação, a ampliação e a modernização de agroindústrias;

IV - promover a difusão e a implantação de programas de qualidade total e de pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e processos;

V - estimular a ampliação e a modernização de agroindústrias e a implantação de novos empreendimentos do gênero;

VI - contribuir na recuperação de empresas consideradas prioritárias para o desenvolvimento do Estado de Alagoas;

VII - incentivar a descentralização econômica, especialmente das atividades produtivas;

VIII - fomentar a implantação de indústrias de transformação de matérias-primas disponíveis ou produzidas no próprio Estado;

IX - promover o desenvolvimento de programas visando ao controle da poluição e à preservação do meio ambiente;

X - estimular a implantação e o desenvolvimento de micro e pequenas empresas, através da concessão de incentivos fiscais, e de outros mecanismos capazes de proporcionar condições favoráveis à ampliação deste segmento da economia;

XI - incentivar a implantação de incubadoras de empresas e parques tecnológicos, além da adoção de novas técnicas de gestão;

XII - conceber e executar outras ações voltadas para o desenvolvimento sócio-econômico do Estado de Alagoas.

Com efeito, da leitura dos objetivos elencados pela lei em exame, percebe-se, claramente, o intuito indutor, de caráter extrafiscal, inerente ao dispositivo legal. Reunindo-se todas as metas traçadas, estas podem ser resumidas na busca por incrementar o desenvolvimento do estado, por interferência de incentivos, que, supostamente, atrairão investimentos e tornarão melhores os indicadores sociais e econômicos. É uma norma, portanto, indutora, que tem como finalidade, mediante a concessão de benefícios ou incentivos, alterar o comportamento de investidores; estes, por meio de uma escolha racional, maximizadora de riqueza, passarão a realizar suas atividades no estado, ou ampliarão suas atividades, caso já instaladas. Espera-se, por conseguinte, que a renúncia fiscal e o dispêndio com as condições para a instalação das corporações sejam recompensados com o aumento da riqueza, o desenvolvimento da unidade da federação e a evolução nos indicadores sociais, ou seja, um provimento mais consistente e abrangente de direitos sociais; do contrário, não terá sido eficiente o investimento.

5.2 O tipo de abordagem sobre a Lei e o Programa

Antes do exame da lei e de seus efeitos, há que se reafirmar a metodologia seguida neste trabalho. O estudo do caso proposto seguirá o método pragmático, especificamente aquele delineado por Richard A. Posner, notadamente a versão por ele mesmo definida após a série de críticas recebidas por sua Análise Econômica do Direito e sua defesa da eficiência ou da maximização da riqueza como princípio ético do direito. Cumpre frisar que Posner não abandonou o entendimento de que a economia é instrumento de indiscutível importância para o aperfeiçoamento das relações jurídicas e das escolhas e decisões feitas no âmbito do Judiciário, assim como não deixou de relegar à eficiência um papel destacado, tampouco deixou de

considerar a eficiência uma meta fundamental a ser perseguida. A mudança havida foi no sentido do deslocamento da eficiência do centro da ética do direito, passando a ser mais uma preocupação do direito. Em função desses aspectos, a análise de Posner se mostrou mais próxima do pragmatismo, com os olhos voltados para as consequências dos atos, das escolhas, em direção ao futuro, e mais empírico, o que tem total identificação com as ciências econômicas.

Assim, e como afirmado durante o trabalho, a análise se funda na ideia de que as pessoas e as corporações são suscetíveis a incentivos, e disto decorre a possibilidade de que as mudanças dos incentivos possam causar alterações nos comportamentos. A aferição da eficiência partirá da compreensão de que esta é a relação entre a maximização dos resultados, desde uma ponderação de custos e benefícios. Conforme é pragmatismo posneriano, pós-revisão de concepções, tem-se a eficiência como consideração fundamental, mas junto com outras, tais como a defesa de valores democráticos e da Constituição.

O objetivo deste estudo, portanto, será a verificação das consequências da criação do Prodesin, na forma da sua lei instituidora, sobretudo em face dos indicadores econômicos e sociais do estado, notadamente o nível de emprego e sua relação com o custo exigido para tanto, custo tributário, especialmente aqui representado pelo volume de renúncia fiscal, ou seja, quanto o Estado deixou de arrecadar com o ICMS, imposto que representa a maior fonte de receita derivada do ente da federação. Serão confrontados alguns dos principais objetivos justificadores da lei com a realização prática destes. Ou seja, serão selecionados alguns dos objetivos considerados mais relevantes, verificando-se se houve efetivo sucesso na proposição da lei. Como não poderia deixar de ser, para além dos eventuais êxitos obtidos, serão observadas as externalidades negativas, é dizer, serão analisadas as consequências negativas, os efeitos indesejados das medidas de desoneração e de incentivos fiscais para atores não diretamente ligados à relação de concessão de benefícios.

O estudo segue também um pressuposto básico: o estado que cria os tributos e a alta carga tributária, muitas vezes inibidora do investimento, é o mesmo que concede benefícios, e quem paga por esses benefícios não é o estado, mas a própria sociedade. Diante desta irrefutável constatação, traduzida na consagrada

expressão do economista Milton Friedman, “*Não há almoço grátis*”, objetiva-se saber, empiricamente, se o preço pago pela sociedade tem tido o retorno esperado ou prometido. A intenção, portanto, é confrontar alguns indicadores sociais com o estimado custo da concessão de benefícios.

Para tanto, não obstante a dificuldade em obter informações, especialmente em Alagoas, foram selecionados alguns indicadores para nortear a pesquisa: arrecadação de ICMS, quantidade de indústrias instaladas desde o surgimento do programa, permanência das indústrias incentivadas, distribuição espacial das indústrias, evolução do volume de empregos, e utilização de insumos e energia local, que darão uma boa noção se houve e há um efetivo processo de industrialização a justificar a renúncia de receita e a utilização dos incentivos. Obviamente, a industrialização é um dos aspectos a serem considerados para a alteração e melhora nos indicadores sociais, porquanto a justificação do programa passa por tal evolução. Além disso, todos os fatores analisados têm direta relação com os objetivos propostas pela própria lei que instituiu o Prodesin.

5.3 A Análise Econômica da Lei 5.671/95 de Alagoas – Prodesin

O início do exame a respeito da eficiência da Lei nº 5.671/95 do Estado de Alagoas, que instituiu o Programa de Desenvolvimento Integrado – Prodesin, norma que traz incentivos, benefícios de variadas normas, inclusive fiscal, será feito com a relação das empresas admitidas no programa, com a respectiva indicação do local onde se instalou, ou onde estava instalada. Para delimitar a abrangência do estudo, toma-se um período delimitado, qual seja, de 2008 até a presente data. Assim, trabalha-se com as empresas incentivadas desde 2008 até o momento, bem como com as outras informações colhidas no mesmo período. A tabela abaixo fornece a relação das empresas incentivadas e que ainda estão incluídas no programa.

Tabela 4: Empresas Beneficiadas pelo Prodesin e Local de Instalação

NOME DA EMPRESA	MUNICÍPIO
BRASKEM S/A (TRIKEM S/A)	Maceió
KENOA INVESTIMENTOS LTDA.	Barra de São Miguel
Indústrias Reunidas Boa Sorte Ltda.	Palmeira dos Índios
Vetor Plásticos Ltda.	Marechal Deodoro
Indústria Química Alagoana Ltda.	Murici
NORDESTE MÓVEIS LTDA.	Rio Largo
Indústria de Massas G.R.M. Ltda.	Arapiraca
MILI S/A	Maceió
CORR PLASTIK Nordeste Industrial Ltda.	Marechal Deodoro
IVE - INDÚSTRIA VICENTIN DE EMBALAGENS LTDA.	Marechal Deodoro
NOVA EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.	Maceió
PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S.A.	Marechal Deodoro
CAOFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	Maceió
TEXAS INDUSTRIAL	Maceió
BRAVIA MOTORS DO BRASIL LTDA.	Girau do Ponciano
CAF - CIA. DE ÁGUAS FUNCIONAIS DO NORDESTE	Maceió
Pandurata Alimentos Ltda.	Rio Largo
CIA. DE PAPEL DE ALAGOAS - CODEPAL	Marechal Deodoro
FUNDINOR - Fundação de Aço do Nordeste Ltda.	Maceió
ALOÉS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE DESCARTÁVEIS LTDA.	Marechal Deodoro
J. MACEDO S/A	Maceió
SURFACES, INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.	Maceió
PLASCAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	Maceió
ESTALEIRO EISA ALAGOAS S.A.	Maceió
CENTAURO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	Marechal Deodoro
GRAFMARQUES INDÚSTRIA EDITORA E SERVIÇOS LTDA.	Maceió
INDÚSTRIA DE MASSAS W. G. LTDA. - EPP	Arapiraca
MEGAPLÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.	Maceió
TIMAC - Agro Indústria e Comércio de Fertilizantes Ltda.	Santa Luzia do Norte
Cerâmica Elizabeth Alagoas Ltda.	Marechal Deodoro
EM ESTALEIRO DO BRASIL LTDA.	Rio Largo
CODAÇO Confecção e Dobra de Ferro e Aço Ltda.	Maceió
LEÃO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.	Maceió
Hotéis Ponta Verde Ltda	Marechal Deodoro
E.M. Estaleiro do Brasil Ltda.	Rio Largo
KRONA Tubos e Conexões do Nordeste Ltda.	Marechal Deodoro
Pratense Química Industrial Ltda.	Atalaia
Indústria Alagoana de Colchões e Espumas Ltda. (BONSONO)	São Miguel dos Campos
Montebello Indústria e Comércio de Metais Ltda. EPP	Maceió
LG Investimentos, Administração e Serviços Ltda. ME	Maceió
CBA – Cia. de Bebidas e Alimentos do São Francisco	Arapiraca

Alagoas Cimentos Ltda.	Marechal Deodoro
Indústria de Cimentos de Alagoas Ltda.	Marechal Deodoro
Pré-moldados Empresarial Alagoas Ltda.	Atalaia
Indústria e Comércio de Alimentos da Terra Ltda. EPP	Maceió
NEO Indústria e Comércio Ltda.	Marechal Deodoro
Ourofertil Nordeste Ltda.	Maceió
Renove - Energia de Biomassa Ltda.	Maceió
Indústria e Comércio de Perfilados GL Ltda.	Rio Largo
Casa Forte Indústria de Argamassas Ltda.	Maceió
GDM Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.	Maceió
Alagoas Vidros Temperados Ltda. EPP	Maceió
SABB – Sistema de Alimentos e Bebidas do Brasil Ltda.	Maceió
Alquímica – Alagoas Química Ltda. – EPP	Maceió
Braus S/A	Rio Largo
Solidez Pré-Moldados Ltda.	Maceió
Star Fest Indústria e Comércio de Artefatos Plásticos Ltda. - EPP	Maceió
OAZEM - INDUSTRIA E COMERCIO DE VIDROS LTDA	Maceió
Clodax Reciclagem Ltda. - EPP	Rio Largo
Maceió Pet Reciclagem Ltda. - EPP	Rio Largo
Ferplás Indústria de Artefatos de Arame Ltda.	Maceió
Dalka do Brasil Ltda.	Penedo
ILPA – Indústria de Laminados Plásticos de Alagoas Ltda.	Marechal Deodoro
IVC Alimentos Ltda.	Arapiraca
BEN – Bioenergia, Geração e Comercialização de Energia do Nordeste S.A.	Teotônio Vilela
Mineração Vale Verde Ltda.	Craíbas
Zamp Estofados Ltda.	Maceió
M. W. Indústria e Empreendimentos Ltda.	Feliz Deserto
PlaxMetal Ltda.	Marechal Deodoro
Cerâmica Bricks de Alagoas Ltda.	Maceió
Cooperativa de Colonização Agro Pecuária e Indl. Pindorama Ltda.	Coruripe
Iloa Empreendimentos Turísticos Ltda.	Barra de São Miguel
Surveillance do Brasil Ltda. - EPP	Rio Largo
Almeida e Silva Produtos Alimentícios Ltda.	Maceió
CPM Indústria de Bebidas Ltda. EPP	Maceió
Loris Company Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda.	Maceió
Tubos Tigre-Ads do Brasil Ltda.	Marechal Deodoro
WTEC Móveis e Equipamentos Técnicos Ltda. - EPP	Marechal Deodoro
S. G. Ind. Com. E Repres. De Produtos Alimentícios Ltda.	Murici
Portobello S.A.	Marechal Deodoro

Fonte: Secretaria da Fazenda do Estado de Alagoas GT Incentivos Fiscais

5.3.1 Da Interiorização da Industrialização

O mero exame das empresas incentivadas e a verificação dos locais onde se instalaram ou já estavam operando mostra de pronto que a lei que criou o Prodesin não foi eficiente ou não foi capaz de realizar um dos objetivos por ela mesma proposto: a interiorização da industrialização não foi alcançada. Um rápido olhar na lista acima deixa ver que a maioria absoluta das empresas incentivadas já se achava ou se instalou na região metropolitana de Maceió. A quase totalidade das empresas incentivadas está distribuída entre Maceió, Marechal Deodoro e Rio Largo. A mera concessão de incentivos ou benefícios fiscais não é capaz de mudar o comportamento dos atores racionais e fazê-los mudar o comportamento, levando seus empreendimentos para o interior do estado, que participa do financiamento dos benefícios, mas não usufrui deles, diretamente. Obviamente, há uma exceção, que é Arapiraca. Destarte, pode-se apontar este fato como uma limitação ou uma falha, ou mesmo uma ineficácia da lei em comento, tendo-se em conta que a lei e o programa já existem há 18 anos.

5.3.2 Do Incentivo às Micro e Pequenas Empresas

O exame das empresas incentivadas também aponta uma limitação ou ineficiência do programa. Ele não foi capaz, ao contrário do que se propôs, a incentivar a instalação ou o crescimento das empresas de pequeno porte ou microempresas. Das 232 empresas admitidas no programa, apenas 14 são empresas de pequeno porte (EPP) ou microempresas. Apesar da constatação de que o programa não foi capaz de incentivar a adesão de pequenos e microempresários, o que certamente seria de grande valor para o desenvolvimento do estado, não se pode afirmar categoricamente quais as causas deste fenômeno. Uma possibilidade é o indeferimento da adesão por falta de algum requisito necessário à entrada no programa. Não obstante, é difícil crer que os indeferimentos por ausência de requisitos sejam o único responsável pelo número insignificante de empresas de pequeno porte e de microempresas que fizeram jus ao benefício. Aliás, se o motivo for esse, os requisitos talvez tenham de ser revistos, uma vez que podem estar funcionando como empecilho ao êxito do programa. Uma outra

possibilidade, pode ser uma certa visão de que grandes empresas é que fazem a prosperidade de um estado. Neste caso, essa eventual concepção estaria em desacordo com o que propugna a lei. Além disso, haveria uma distorção ou desconhecimento da realidade, uma vez que há dados que mostram as pequenas e microempresas como as grandes criadoras de postos de trabalho. Aliás, dados fornecidos pelo Sebrae indicam que no mês de agosto as pequenas e microempresas foram responsáveis por praticamente 100% da criação dos empregos no país¹⁸⁷.

Neste sentido, a lei que criou o Prodesin, não obstante ter como objetivo o incentivo às micro e pequenas empresas, talvez não tenha os mecanismos necessários para atraí-las. Outrossim, pode ser que os requisitos para a admissão, que, com exceção de algumas exigências, são subjetivos, não tenham privilegiado, efetivamente, a entrada dessas empresas no programa. Com efeito, mencionados os requisitos para adesão ao programa, cabe dizer que há na lei exigências objetivas, que não serão todas aqui mencionadas, até porque não representam, isoladamente, restrições dignas de nota. Ou seja, os requisitos objetivos nada têm de proibitivos. Um exemplo deles é que a empresa não seja beneficiada por outro programa; além disso, exigem-se algumas certidões de regularidade, nada de muito rigor. Ocorre que a decisão efetiva a respeito da adesão ao programa vai ser tomada pela deliberação do Conedes (Conselho Estadual do Desenvolvimento Econômico e Social), que é composto por 27 membros e foi instituído pela lei nº 6.897, de 18 de dezembro de 2007. Este conselho é formado por vários secretários de Estado, presidentes de Associações e Fundações, um corpo relativamente técnico, como não poderia deixar de ser, em função das escolhas políticas que são feitas para os cargos que dão direito a assento no aludido conselho. Como nada tem de científico, não se pode considerar que o perfil dos integrantes possa vir a influenciar nas escolhas, não obstante Cardozo, como dito linhas acima no capítulo referente ao pragmatismo jurídico, tenha dito que os julgadores são influenciados por questões internas ou por informações que carregam consigo.

¹⁸⁷Pequenos Negócios Geram 100% dos Empregos no País, **Revista Exame**. 30 set. 2013. Disponível em:< <http://exame.abril.com.br/pme/noticias/pequenos-negocios-geram-100-dos-novos-empregos-no-pais>> Acesso em: 15/10/2013, às 18h.

5.3.3 Do Incentivo à Indústria do Turismo

O exame das empresas incentivadas mostra que há poucas voltadas ao turismo. Todas são hotéis, apenas uma não se localiza na capital, o que demonstra uma falha no potencial para interiorizar o turismo por meio de incentivos dessa natureza, especificamente o fiscal.

Abre-se espaço para uma crítica aos programas de incentivos fiscais de uma maneira geral. Como visto, a despeito do potencial turístico do Estado, não apenas da capital, não se observa uma eficiência no objetivo de interiorizar o turismo. O grande problema está na falta de investimento em infraestrutura, sem a qual de nada adianta gastar o dinheiro da sociedade com incentivos ou benefícios fiscais. Em matéria do jornal Folha de São Paulo, o economista José Roberto Afonso¹⁸⁸ aponta que para cada R\$ 100,00 que os estados investem para aprimorar a infraestrutura local, R\$ 217,00 são dados em incentivos tributários, como o Prodesin o faz, com o objetivo principal de trazer indústrias de outros estados.

Neste sentido, jamais haverá interiorização da indústria do turismo enquanto não houver um sério investimento em infraestrutura, investimento no capital humano e físico, o que envolve, necessariamente, investimento em educação, rodovias, ferrovias, oferecimento de energia, e não apenas a utilização do arsenal tributário.

Os investimentos não irão para os lugares que não dispuserem de infraestrutura satisfatória, seja qual for o incentivo ou o benefício fiscal ofertado. A falta de infraestrutura anula a possibilidade de que a tributação possa influenciar na escolha do investidor. Neste sentido, se o estado não investir em capital humano e físico, como dito antes, não irá conseguir atingir um dos objetivos mencionados. Para dar uma ideia da concentração de investimentos, inclusive relativos ao turismo, há um estudo de Paulo Alberto Macedo Pinto, fiscal de tributos, em que ele analisa o Prodesin e diz em determinado momento que:

Observa-se que há uma grande concentração na capital alagoana, quase que a metade das empresas incluídas no programa está em Maceió. Quando somamos a capital mais os municípios limítrofes – Marechal

¹⁸⁸ Estados Preferem Guerra Fiscal a Investir, **Folha de São Paulo**. 15 set.2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/09/1342182-estados-preferem-guerra-fiscal-a-investir.shtml>> Acesso em: 15/10/2013 às 22h20.

Deodoro, Rio Largo e Messias –, localizados na Microrregião de Maceió, totalizam 69% das empresas ativas do Prodesin¹⁸⁹.

Sem dúvida alguma, o fortalecimento da indústria do turismo e sua interiorização têm importância estratégica para o Estado de Alagoas. Esse tipo de indústria que encontra na região uma vocação natural tem neste diferencial uma justificativa para a utilização de incentivos fiscais. É que, conforme estudo aprofundado sobre a guerra fiscal, seus malefícios e suas indicações, chegou-se à conclusão de que quando a localidade tiver um diferencial estratégico para as empresas, o benefício fiscal traz muito mais vantagem do que desvantagem para a sociedade. Neste sentido:

[...]há somente alguns setores específicos em que os programas de incentivos podem determinar o surgimento de decisões de inversão, que na ausência destes não existiriam: “Um exemplo pode ser o caso de programas setoriais de incentivos que exploram vantagens comparativas locais e visam alavancar iniciativas locais de inversão, como o incentivo à indústria de turismo no Nordeste” (Prado e Cavalcanti, 1998: 42), onde o incentivo reduz o volume de capital mínimo requerido para o projeto¹⁹⁰.

Desta feita, a despeito de uma norma como o Prodesin ter, supostamente, reconhecida potencialidade de influenciar o comportamento dos investidores e convencê-los a se instalarem em Alagoas, em função dos incentivos, não se tem eficiência neste intento, provavelmente pela carência de infraestrutura.

Outrossim, até o momento é possível dizer que o Prodesin atende ao objetivo de atrair indústrias para o estado, uma vez que há uma lista de 232 delas, porém não se vislumbra eficiência em relação a objetivos específicos, o que, preliminarmente, indica algumas limitações da lei.

5.4 O Prodesin e o Custo do Benefício Fiscal

Tem-se agora, talvez, a parte mais relevante do trabalho, que é o confronto entre o custo da renúncia fiscal, o preço cobrado pelos incentivos fiscais, aqui representados pelo programa e pela lei estudados, e o retorno esperado e

¹⁸⁹ MACEDO PINTO, Paulo Alberto. *PRODESIN – Programa de Desenvolvimento Econômico Industrial de Alagoas*. Disponível em: <<http://www.febrafite.org.br/documento/publicacoes/2001.pdf>>

¹⁹⁰ DA SILVA ALVES, M. *Guerra Fiscal e Finanças Federativas no Brasil: O caso do setor automotivo*. 2001.111f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas. 2001. p.47.

prometido, porque constante dos objetivos da lei, em termos de evolução dos indicadores sociais, notadamente, emprego formal.

Parece ser bem fundamentado o entendimento segundo o qual a instalação de empresas, aumentando a produção de bens, teoricamente empregando grande número de pessoas, faz funcionar com mais vigor a economia, aumenta o número de consumidores e proporciona um considerável avanço nos indicadores de qualidade de vida.

Também se mostra incontestado que normas indutoras de investimentos sejam sempre, e em qualquer medida, desejadas. Ocorre que, como relatado algumas vezes neste trabalho, mediante uma constatação um tanto simplória, há um preço para tudo. Há um preço pelo desenvolvimento há um preço a ser cobrado pelos direitos, que podem ser chamados de externalidades negativas. Não há discussão quanto a isso. O debate está na grandeza e na relação entre o preço e o retorno, entre o custo e o benefício. Para ser pragmático e posneriano, nas consequências e na eficiência das escolhas e das decisões estatais.

O custo para a sociedade vai depender das modalidades de incentivos fiscais concedidas. Mencionam-se a seguir aquelas que se encontram na lei que criou o Prodesin.

Em verdade, o objetivo aqui é verificar se a industrialização feita nos moldes propostos pelo Programa de Desenvolvimento Integrado de Alagoas, fazendo uso de incentivos ou benefícios fiscais, se mostra eficiente para incrementar de forma decisiva o índice de desenvolvimento humano dos municípios de Alagoas, e se houve, de forma consistente, um efetivo processo de industrialização. A ideia é que a atração de empresas, a despeito do custo para o estado, entenda-se sociedade, seja suplantado por uma futura recompensa em termos de desenvolvimento econômico e humano.

Com efeito, os dados apresentados mostram um predomínio das empresas de médio e grande porte sendo incentivadas, assim como uma concentração das empresas na região metropolitana. Conclui-se, como dito anteriormente, pela incapacidade do programa de incentivo e da lei que o instituiu, conseqüentemente, de promover a interiorização da indústria em Alagoas. O estado continua, à exceção

da cidade de Arapiraca, com seu potencial econômico resumindo-se às cercanias da capital. A constatação do perfil das empresas incentivadas mostra um enorme poder de barganha das corporações, notadamente sobre um estado com indicadores econômicos e sociais extremamente tímidos. Isto faz com que o Estado de Alagoas, ao posicionar sua estratégia de desenvolvimento quase exclusivamente na atração de empresas, leve grande desvantagem em relação aos estados com estrutura mais consolidada. Segundo o estudo demonstrado¹⁹¹, havendo vantagem competitiva, como no caso da indústria do turismo em Alagoas, não se pode ter dúvida de que a concessão de incentivos é uma boa estratégia.

O prazo extenso da fruição do incentivo, 15 anos em Alagoas, somado à possibilidade de renovação do benefício, tornam ainda mais difícil a aferição do impacto da renúncia fiscal e limitam, sobremaneira, a possibilidade de sucesso do programa. Neste sentido:

A maior parte das dificuldades existentes para uma avaliação do impacto fiscal destes programas deriva do fato de eles abrangerem, em geral, períodos de tempo muito amplos. Nos três casos que estamos analisando, o período durante o qual a empresa usufrui de algum tipo de benefício varia de 10 anos a 29 anos, o que coloca dificuldades quase insuperáveis para qualquer avaliação do significado destes benefícios para os respectivos orçamentos¹⁹².

Por outro lado, o período em que a empresa está fruindo do benefício e em operação é, obviamente, o interstício em que o orçamento do estado é mais fortemente afetado. Contudo, acaso o projeto dê certo, o estado poderá ser beneficiado com o incremento da arrecadação e com a possível criação de uma cadeia produtiva, desde que os fornecedores não sejam também incentivados. Aqui, temos duas condições para que o estado possa, efetivamente, usufruir dos benefícios de seu investimento: o êxito do projeto, ou seja, que a empresa permaneça no estado após o período de incentivo e que os fornecedores atraídos pelos incentivos também não sejam beneficiários de algum incentivo, o que, em um estado como Alagoas, não é muito provável. Em relação à permanência da empresa no Estado, constata-se que muitas das incentivadas pelo Prodesin ou foram excluídas do programa, ou não estão mais em funcionamento. Além disso, como

¹⁹¹ DA SILVA ALVES, M. Op. cit.

¹⁹² Op. cit., p.52.

mencionado alhures, a renovação do benefício torna incerta, tanto quanto reduzida, a possibilidade de êxito do programa.

Sem embargo, é certo que a arrecadação de ICMS tem sido crescente, porém isto se deve muito mais ao rigor na fiscalização, ao aperfeiçoamento dos meios de controle eletrônico das entradas e saídas, e, sobretudo, à crescente aplicação da substituição tributária, técnica que facilita a fiscalização das operações e reduz drasticamente a possibilidade de sonegação. Outra observação que precisa ser feita é que até hoje o Fundo de Participação dos Estados, ou seja, a receita transferida pelo Governo Federal costuma superar a arrecadação do estado com ICMS. Há algumas variações, mas na maior parte do período observado, Alagoas ainda é extremamente dependente do FPE.

Existe um fator a ser considerado ao se cogitar a adoção de incentivos ou benefícios fiscais. Há um estudo que aponta para a pouca influência da concessão de benefícios sobre a mudança de direção das empresas, tendo quem defenda que as leis de incentivos têm reduzido potencial de influenciar as escolhas de determinados segmentos industriais, os quais tomam suas decisões muito mais por motivos estratégicos ou concorrenciais¹⁹³.

Destarte, não se pode esquecer o impacto que as renúncias a receitas têm sobre os Municípios, na forma da redução do FPM – Fundo de Participação dos Municípios, o que tem provocado uma enxurrada de ações judiciais endereçadas ao STF. A mera discussão a respeito já está a provocar custos.

Passar-se-á verificação da eficiência do programa, pelo confronto entre os dados a respeito da renúncia fiscal e pela verificação do estoque de empregos. Antes, porém, uma última consideração, amparada na lição de Cristiano Carvalho ao tratar do peso do subsídio ou do benefício fiscal para a sociedade, ante a constatação do perfil da maioria das empresas aqui incentivadas:

A ponderação racional que necessita ser feita não deveria levar em conta interesses de grupos de pressão, os chamados *rente-seekers*, mas, sim, o interesse de toda coletividade. Nesse sentido, a análise que deve ser empregada é se o retorno possível do subsídio é maior do que seu custo social, ou, em outras palavras, se há a eficiência Kaldor-Hicks no caso específico. O exemplo do subsídio que pode alcançar esse critério de eficiência é o empregado na educação ou na pesquisa científica, pois,

¹⁹³ DA SILVA ALVES, M. Op. cit.p.58.

eventualmente toda a sociedade poderá se beneficiar das externalidades positivas criadas pela escolaridade, cultura e inovações científicas propiciadas pelo dinheiro público¹⁹⁴.

Independentemente de qualquer melhora no quadro social do estado, adota-se inteiramente o entendimento acima apresentado. Não parece pragmático assumir o custo de um incentivo fiscal, como parece ocorrer, sobrepondo este modelo ao investimento em infraestrutura e capital humano, por exemplo. Não parece o papel mais adequado ao estado interferir desta maneira na economia, concedendo tamanhas benesses.

5.4.1 Renúncia fiscal, industrialização e geração de empregos em Alagoas

Este, pois, o momento de verificar, sob o prisma da geração de emprego, e conseqüente geração de renda, se o programa de atração de indústrias para Alagoas, o Prodesin, tem sido eficiente ou necessita de ajustes importantes, ou mesmo, se pode ser considerado viável ou a melhor política para o desenvolvimento do estado. Inicia-se com um demonstrativo das empresas incentivadas entre os anos de 2008 e 2013, com as respectivas previsões de criação de empregos:

Tabela 5: Empresas Beneficiadas pelo Prodesin e projeção de empregos gerados

NOME DA EMPRESA	NÚMERO DE EMPREGOS
BRASKEM S/A (TRIKEM S/A)	280
KENOA INVESTIMENTOS LTDA.	41
Indústrias Reunidas Bona Sorte Ltda.	99 (250)
Vetor Plásticos Ltda.	150
Indústria Química Alagoana Ltda.	18
NORDESTE MÓVEIS LTDA.	65
Indústria de Massas G.R.M. Ltda.	146
MILI S/A	50
CORR PLASTIK Nordeste Industrial Ltda.	68
IVE - INDÚSTRIA VICENTIN DE EMBALAGENS LTDA.	19
NOVA EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.	80
PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S.A.	160
CAOFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	43

¹⁹⁴ CARVALHO, Cristiano. Op. cit., p.164.

TEXAS INDUSTRIAL	46
BRAVIA MOTORS DO BRASIL LTDA.	101
CAF - CIA. DE ÁGUAS FUNCIONAIS DO NORDESTE	91
Pandurata Alimentos Ltda.	81 (700)
CIA. DE PAPEL DE ALAGOAS – CODEPAL	192 – 422 (6º ano)
FUNDINOR - Fundação de Aço do Nordeste Ltda.	54
ALOÉS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE DESCARTÁVEIS LTDA.	187
J. MACEDO S/A	500
SURFACES, INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.	15
PLASCAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	261
ESTALEIRO EISA ALAGOAS S.A.	4.300
CENTAURO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	150
GRAFMARQUES INDÚSTRIA EDITORA E SERVIÇOS LTDA.	49
INDÚSTRIA DE MASSAS W. G. LTDA. – EPP	70
MEGAPLÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.	57
TIMAC - Agro Indústria e Comércio de Fertilizantes Ltda.	136
Cerâmica Elizabeth Alagoas Ltda.	220
CODAÇO Confeção e Dobra de Ferro e Aço Ltda.	42
LEÃO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.	62
Hotéis Ponta Verde Ltda	105
E.M. Estaleiro do Brasil Ltda.	23
KRONA Tubos e Conexões do Nordeste Ltda.	120
Pratense Química Industrial Ltda.	53
Indústria Alagoana de Colchões e Espumas Ltda. (BONSONO)	38
Montebello Indústria e Comércio de Metais Ltda. EPP	18
LG Investimentos, Administração e Serviços Ltda. ME	23
CBA – Cia. de Bebidas e Alimentos do São Francisco	?
Alagoas Cimentos Ltda.	73
Indústria de Cimentos de Alagoas Ltda.	Não informado
Pré-moldados Empresarial Alagoas Ltda.	Não informado
Indústria e Comércio de Alimentos da Terra Ltda. EPP	23
NEO Indústria e Comércio Ltda.	124
Ourofértil Nordeste Ltda.	Não informado
Renove - Energia de Biomassa Ltda.	42
Indústria e Comércio de Perfilados GL Ltda.	Não informado
Casa Forte Indústria de Argamassas Ltda.	40
GDM Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.	50
Alagoas Vidros Temperados Ltda. EPP	26
SABB – Sistema de Alimentos e Bebidas do Brasil Ltda.	162
Alquímica – Alagoas Química Ltda. – EPP	40
Braus S/A	209
Solidez Pré-Moldados Ltda.	58
Star Fest Indústria e Comércio de Artefatos Plásticos Ltda. – EPP	Não informado
OAZEM - INDUSTRIA E COMERCIO DE VIDROS LTDA	24
Clodax Reciclagem Ltda. – EPP	46
Maceió Pet Reciclagem Ltda. – EPP	Não informado

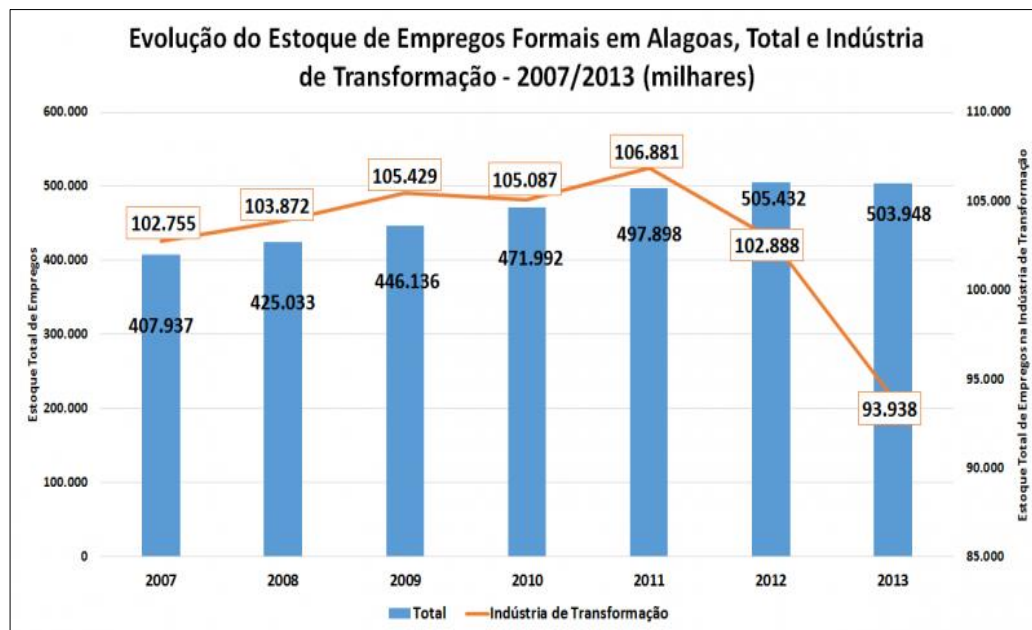
Ferplás Indústria de Artefatos de Arame Ltda.	Não informado
Dalka do Brasil Ltda.	Não informado
ILPA – Indústria de Laminados Plásticos de Alagoas Ltda.	Não informado
IVC Alimentos Ltda.	Não informado
BEN – Bioenergia, Geração e Comercialização de Energia do Nordeste S.A.	Não informado
Mineração Vale Verde Ltda.	Não informado
Zamp Estofados Ltda.	Não informado
M. W. Indústria e Empreendimentos Ltda.	Não informado
PlaxMetal Ltda.	Não informado
Cerâmica Bricks de Alagoas Ltda.	Não informado
Cooperativa de Colonização Agro Pecuária e Indl. Pindorama Ltda.	Não informado
Iloa Empreendimentos Turísticos Ltda.	Não informado
Surveillance do Brasil Ltda. – EPP	Não informado
Almeida e Silva Produtos Alimentícios Ltda.	Não informado
CPM Indústria de Bebidas Ltda. EPP	Não informado
Loris Company Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda.	Não informado
Tubos Tigre-Ads do Brasil Ltda.	Não informado
WTEC Móveis e Equipamentos Técnicos Ltda. – EPP	Não informado
S. G. Ind. Com. E Repres. De Produtos Alimentícios Ltda.	Não informado
Portobello S.A.	Não informado

Fonte: Secretaria da Fazenda do Estado de Alagoas GT Incentivos Fiscais

Somados todos os empregos teoricamente ou potencialmente gerados, tem-se que as empresas incentivadas contribuirão com a criação de 9.130 postos de trabalho. Ocorre que desse número, 4.300 são atribuídos ao estaleiro Eisa, que permanece como uma promessa, a despeito do aumento da chance de se realizar. Além disso, há algumas empresas que já tiveram o benefício cancelado e provavelmente deixaram de existir. Mas, como há empresas que não forneceram a previsão de criação de empregos ou não a têm, toma-se a grandeza em sua integralidade.

Ocorre que os números de postos de trabalhos potencialmente criados, além de relativamente modestos, não se mostram suficientes para compensar a crescente diminuição de empregos na indústria alagoana, devido, principalmente, à crise no setor sucroalcooleiro. O gráfico a seguir demonstra a evolução do estoque de empregos formais na indústria alagoana em período coincidente com esse que se está a trabalhar:

Figura 2: Gráfico da evolução do estoque de empregos formais em Alagoas, total e indústria de transformação.



Fonte: <http://cadaminuto.com.br/blog/fabio-guedes>¹⁹⁵

Vê-se, pois, que há uma queda no estoque de empregos formais em Alagoas, no que se refere à indústria de transformação. Com efeito, o autor da ilustração acima, professor Fábio Guedes Gomes, oferece o diagnóstico da situação da indústria e da industrialização alagoana, ao fazer menção ao aludido gráfico:

O quadro abaixo revela a tendência do drama. Até 2013 o estoque total de empregos formais no estado crescia em média 2,8% ao ano. No período 2007-2013 o estoque se expandiu 23,5%, com um acréscimo de 96 mil novos trabalhadores com carteira assinada no estado. Entretanto, a partir de 2011 o ritmo de geração de empregos formais total diminuiu sensivelmente. O ano 2013 fechou com a perda de 1.484 postos de trabalho no estado. Como pode ser observado na ilustração em seguida, a indústria de transformação, em razão das profundas mudanças no setor sucroalcooleiro e o incipiente avanço em demais setores industriais, saiu de 106.881 trabalhadores, em 2011, para 93.938, em 2013. Uma queda de 12%, entre 2011 e 2013, e de 8,6%, no período mais longo de 2007 e 2013¹⁹⁶.

Ao que parece, a geração de postos de trabalho na indústria alagoana ainda se encontra profundamente dependente do setor sucroalcooleiro, e o Estado não

¹⁹⁵ Disponível em: <http://cadaminuto.com.br/blog/fabio-guedes>

¹⁹⁶ Disponível em: <http://cadaminuto.com.br/blog/fabio-guedes>

tem sido capaz de encontrar saídas consistentes para o problema, mesmo concedendo incentivos como o Prodesin.

Uma nova tabela também referente à criação de empregos vem a reforçar a afirmação de que há uma estagnação na industrialização alagoana e uma incapacidade de oferecer espaço para absorção de mão de obra, com a consequente impossibilidade de considerável incremento na geração de renda:

Tabela 6: Evolução do estoque de empregos formais em Alagoas - 2007/2012

EVOLUÇÃO DO ESTOQUE DE EMPREGOS FORMAIS EM ALAGOAS - 2007/2012							
SETORES ECONOMICOS	2007	2008	2009	2010	2011	2012	$\Delta\%$ 2012/2017
Extrativa mineral	935	11.081	1.035	782	1.079	1.020	9,09%
Indústria de transformação	102.755	103.872	105.429	105.087	106.881	102.888	0,13%
Serviços ind. De utilidade pública	4.403	4.755	4.591	4.618	4.795	4.983	12,15%
Construção civil	11.150	13.634	18.434	27.986	37.007	36.602	228,27%
Comércio	56.611	60.880	65.892	73.322	78.672	84.329	48,96%
Serviços	80.379	89.966	93.329	102.442	111.237	117.748	46,49%
Adiministração pública	140.849	140.756	147.439	147.926	148.432	148.940	5,74%
Agropecuária	10.855	10.089	9.987	9.829	9.768	8.967	-17,39%
Total	407.937	425.033	446.136	471.992	497.898	505.432	23,90%

Fonte: Ministério do Trabalho e Emprego¹⁹⁷

A tabela acima mostra um crescimento tímido, próximo a zero, da criação de empregos formais em Alagoas, no setor industrial, no período compreendido entre os anos de 2007 e 2012. Na explicação do autor da pesquisa:

Na indústria de transformação, por exemplo, o estoque de empregos formais, em 2012, foi de 102.888 trabalhadores, apenas 0,1% de crescimento em relação a 2007, quando atingimos 102.755 carteiras assinadas. Em 2011, o patamar alcançou 106.881 trabalhadores, coincidindo com o melhor ano na década de 2000 para a produção e exportação de açúcar do estado, tema já abordado em artigo anterior escrito nesse espaço.

No mesmo período, o estoque de empregos na construção civil saiu de 11.150 trabalhadores para 36.602, um incremento extraordinário de 228%. Nos setores de comércio e serviços houve crescimento de 49% e 46,5%,

¹⁹⁷ GOMES, Fábio Guedes. Reflexões Críticas sobre a Realidade e Dinâmica Recente da Economia Alagoana. Disponível em: <<http://www.centrocelsofurtado.com.br>>

respectivamente. Somando os trabalhadores formalizados nos dois setores passamos de 136.990, em 2007, para 202.077, em 2012.

A criação de empregos nos subsetores da indústria como metalurgia, madeira e mobiliário, mecânica e material de transporte está muito mais relacionado à expansão da construção civil, consumo de automóveis e ao investimento do governo federal na montagem de plataformas para a Petrobrás, no porto da capital. Mesmo assim não tem sido significativo a ponto de surpreender tanto na observação dos indicadores.

Por outro lado, atividades industriais de maior peso no estado, como o setor químico, alimento, bebidas e álcool etílico, a expansão da oferta de emprego tem aumentado muito na margem (setor químico) ou declinado (setor sucroalcooleiro). A indústria têxtil, infelizmente, vem reduzindo velozmente o número de trabalhadores. Em 2007, tínhamos nessa atividade 1.865 trabalhadores e atualmente contamos com cerca de 1.300, redução, portanto, de 27%¹⁹⁸.

Importante ressaltar que além da quase inexistência de crescimento da geração de postos de trabalho na indústria alagoana, neste período, a evolução positiva havida no estoque de empregos tem como principais responsáveis o consumo de automóveis, a expansão da construção civil e o investimento do governo federal na montagem de plataforma para a Petrobrás, no porto de Maceió. É dizer, se houve aumento digno de nota, não foi devido às políticas do governo estadual, nem ao Programa de Incentivos.

Além da verificação do crescimento da criação de postos de trabalho na indústria, outro importante indicador da suposta evolução da industrialização alagoana e da conseqüente eficiência do Prodesin é a variação no número de consumidores de energia elétrica no setor industrial. Isto porque, se há aumento expressivo de consumidores, há uma efetiva industrialização, ou um incremento na produção. Eis o que mostra a tabela abaixo:

¹⁹⁸ GOMES, Fábio Guedes. Reflexões Críticas sobre a Realidade e Dinâmica Recente da Economia Alagoana. Disponível em: <<http://www.centrocelsofurtado.com.br>>

Tabela 7: Evolução do número de consumidores por classe econômica 2007/2012

EVOLUÇÃO DO NÚMERO DE CONSUMIDORES POR CLASSE ECONÔMICA 2007/2012							
CLASSES	2007	2007	2009	2010	2011	2012	CRESCIMENTO 2012/2007
Residencial	704.368	736.372	762.450	806.313	841.383	871.781	23,8%
Industrial	2.671	2.649	2.655	2.646	2.681	2.675	0,15%
Comercial	47.213	48.188	48.925	50.342	52.220	56.412	19,5%
Rural	9.372	9.651	9.627	9.911	10.036	10.331	10,2%
Outros	8.810	9.191	9.155	9.309	9.686	9.794	11,2%
Total	772.434	806.051	832.812	878.521	916.006	950.993	23,1%

Fonte: Anuário Estatístico de Energia Elétrica (2012;2013)/Empresa de Pesquisa Energética/Ministérios das Minas e Energia¹⁹⁹.

Como visto, o crescimento no número de consumidores de energia no segmento industrial alagoano entre 2007 e 2012 foi de apenas 0,15%. Ou seja, muito próximo de ausência de crescimento, muito próximo de zero. Novamente, uma indicação de que a industrialização alagoana ainda é modesta não encontra o cenário propício para se desenvolver com consistência, mesmo com a existência de um programa que confere benefícios de toda ordem para que indústrias aqui se instalem e passem a produzir, gerar empregos e consumir insumos locais.

Um outro dado de grande importância para a verificação da situação do processo de industrialização alagoana é a variação no consumo de energia elétrica pelo setor industrial. Este é um outro indicador do crescimento do número de indústrias no estado, assim como do vigor da atuação desse setor da economia. A tabela abaixo oferece informações relevantes em relação a esse respeito:

¹⁹⁹ GOMES, Fábio Guedes. Reflexões Críticas sobre a Realidade e Dinâmica Recente da Economia Alagoana. Disponível em: <<http://www.centrocelsofurtado.com.br>>

Tabela 8: Evolução do consumo total por classe econômica 2007/2012 (gwh)

EVOLUÇÃO DO CONSUMO TOTAL(*) POR CLASSE ECONÔMICA 2007/2012 (GWh)							
CLASSES	2007	2007	2009	2010	2011	2012	CRESCIMENTO 2012/2007
Residencial	741	809	854	926	1020	1096	47,9%
Industrial	1927	1985	1778	1896	1627	1945	0,93%
Comercial	442	465	487	538	572	645	45%
Rural	163	173	167	148	153	210	28,8%
Outros	473	475	496	497	509	551	16,5%
Total	3.746	3.907	3.782	4.005	3.881	4.447	18,7%

Fonte: Anuário Estatístico de Energia Elétrica (2012;2013)/Empresa de Pesquisa Energética/Ministérios das Minas e Energia²⁰⁰.

Novamente, ocorre um crescimento próximo do zero em relação à utilização de energia elétrica pelo setor industrial. Não bastasse essa constatação, que por si só já demonstra a fragilidade da indústria local, quando se faz uma comparação com o consumo de energia pelo mesmo setor da economia em estados da mesma região, a situação de Alagoas parecerá ainda menos favorável. É o que constata o estudo do professor Fábio Guedes Gomes:

Por sua vez, o consumo de energia industrial cresceu apenas 0,9% em Alagoas. Para efeito de comparação, no mesmo período, em Pernambuco, Ceará, Sergipe e Paraíba as taxas de crescimento foram 20,6%, 17,2%, 14,9% e 13,3%, respectivamente²⁰¹.

Esta comparação é eloquente, difícil de refutar e expõe uma realidade que parece exigir uma revisão nos rumos. Mesmo retirados da comparação os dois primeiros estados, que são, indiscutivelmente, mais desenvolvidos quanto à questão industrial e se encontram em um estágio mais avançado, ter-se-iam os dois últimos, menores, mais modestos, com números infinitamente maiores do que o de Alagoas, o que demonstra a extrema deficiência da indústria deste estado.

Destarte, apesar desses números ou por causa desses números, verifica-se em Alagoas uma expressiva e crescente renúncia fiscal. Os números que serão apresentados foram colhidos da própria Lei de Diretrizes Orçamentárias de Alagoas,

²⁰⁰ GOMES, Fábio Guedes. Reflexões Críticas sobre a Realidade e Dinâmica Recente da Economia Alagoana. Disponível em: <<http://www.centrocelsofurtado.com.br>>

²⁰¹ Disponível em: <http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/file/Texto_para_o_CICEF.pdf>

Lei nº 7.529, de 8 de agosto de 2013. O estado justifica a renúncia fiscal em face da atração de empresas e da geração de emprego e renda. Eis, inicialmente, o montante da renúncia fiscal de 2012:

Tabela 9: Renúncia fiscal em 2012

SEGMENTOS	ATACADISTA	CENTRAL DE DISTRIBUIÇÃO	PRODESIN	Total geral
Alimentação	49.616.747	47.928.483	73.734.287	171.279.517
Bebidas/fumo	-	98.719.116	37.411.544	136.130.660
Comunicação	-	3.409.648	-	3.409.648
Construção civil	20.990.378	4.702.620	14.413.840	40.106.838
Departamentos/têxtil	13.294.046	8.282.009	7.151.759	28.727.814
Energia elétrica	-	-	25.581	25.581
Mineral	-	-	1.346.677	1.346.677
Outros	1.665.155	6.477.578	11.786.092	19.928.825
Químicos	21.833.643	25.875.160	72.845.065	120.553.868
Total	107.399.969	195.394.614	218.714.845	521.509.428

Fonte: Gerência de Gestão Fiscal e Estatística²⁰²

Conforme a última tabela, a renúncia fiscal do estado de Alagoas no ano de 2012 chegou a R\$ 521.509.428 (quinhentos e vinte e um milhões, quinhentos e nove mil e quatrocentos e vinte e oito reais), valor nada desprezível para a magnitude das receitas deste estado. Por outro lado, a renúncia de receita por conta do Prodesin foi de R\$ 218.714.845 (duzentos e dezoito milhões, setecentos e quatorze mil, oitocentos e quarenta e cinco reais). Este valor, a despeito de expressivo, pode ser considerado, inicialmente, relativo, a depender do retorno efetivo observado com o programa de incentivo. Uma forma de medir a eficiência da perda de arrecadação em prol de um retorno significativo é estimar o custo dos empregos previstos pelas empresas incentivadas, acima elencadas. Não é a única forma, uma vez que os dados trazidos relativos à geração de empregos e ao consumo de energia, principalmente a comparação com estados historicamente mais humildes, do ponto de vista da economia, são indicativos que depõem contra o Prodesin.

²⁰² LEI Nº 7.529, DE 8 DE AGOSTO DE 2013. ANEXO II – A5 DEMONSTRATIVO DA ESTIMATIVA E COMPENSAÇÃO DA RENÚNCIA DE RECEITA METAS ANUAIS. Disponível em: <http://www.seplande.al.gov.br/planejamento-e-orcamento/orcamento/lei-orcamentaria-anual-loa-2003-2011/2014-1>

De qualquer sorte, faz-se a conta sugerida, tendo em mente que são previsões os promessas de criação de empregos, que há alguns empresas excluídas do programa e que aquela que promete o maior número de postos de trabalhos, o Estaleiro Eisa, nem sequer é uma realidade. Retirem-se os 4.300 postos de trabalho prometidos pelo hipotético Eisa, matem-se os 4.830, prometidos. Dividindo o total da renúncia fiscal no ano de 2012, chega-se a R\$ 107.973,00 (cento e sete mil, novecentos e setenta e três reais) para a criação de um posto de trabalho. Segundo esse cálculo aproximado e com base em número de empregos prometidos pelas empresas, o governo de Alagoas, entenda-se, os alagoanos deve pagar R\$ 107.973,00. A proposta da análise econômica dos incentivos ou da lei que concede incentivos é, diante da constatação empírica do andamento e dos custos do programa, rever e aperfeiçoar as disposições.

Aspecto interessante mencionado na própria LDO é à forma como aconteceu ou como acontece o processo de desenvolvimento econômico de Pernambuco, aos olhos do Poder Executivo alagoano:

O processo de desenvolvimento econômico e social do Estado de Pernambuco no seu sentido mais abrangente e sustentável se alicerçou em bases como: a expansão econômica da base produtiva local; altos investimentos estruturantes abrangendo diversos municípios com financiamento de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); a eficiência da base educacional e principalmente uma política agressiva de concessão de renúncia fiscal. Além disso, os investimentos, por exemplo, da Petrobrás em Pernambuco cresceram muito no governo Dilma Rousseff²⁰³.

Chama a atenção o destaque para a política agressiva de renúncia fiscal supostamente feita pelo estado vizinho. Não há por que duvidar disso: a chamada guerra fiscal é uma realidade, e grande justificativa dos estados para adotarem tal política. Entretanto, merecem maior destaque os outros aspectos, os quais, talvez, não tenham sido copiados ou realizados por Alagoas, seja por impossibilidade, seja por incapacidade, seja por desinteresse, desde sempre: expansão econômica da base produtiva local; altos investimentos estruturantes abrangendo diversos municípios com financiamento de recursos do PAC; eficiência da base educacional.

²⁰³ LEI N° 7.529, DE 8 DE AGOSTO DE 2013. ANEXO II – A5 DEMONSTRATIVO DA ESTIMATIVA E COMPENSAÇÃO DA RENÚNCIA DE RECEITA METAS ANUAIS. Disponível em: <http://www.seplande.al.gov.br/planejamento-e-orcamento/orcamento/lei-orcamentaria-anual-loa-2003-2011/2014-1>

Talvez, se adotadas tais medidas, a política de renúncia fiscal alagoana não precise ser tão agressiva, tão onerosa e consiga mostrar uma maior eficiência.

Por fim, há outro indicativo a respeito do desempenho do setor industrial, que auxilia na conclusão sobre a eficiência do Prodesin. Consta na LDO que a participação do setor indústria de transformação representou, tão somente, 8,31% do PIB alagoano, tendo tido uma participação no PIB, em 2003, de 14,4%. Além de ter havido uma considerável redução da participação ao longo do tempo, fica atrás de quase todos os outros segmentos da economia²⁰⁴.

Além disso, a LDO registra um aumento na arrecadação do ICMS. Contudo, este aumento não é atribuído ao incremento da produção, ao aumento da industrialização e às consequências benéficas dela advindas:

[...] Salienta-se, ainda, que o incremento da arrecadação do ICMS foi reflexo do incremento das transferências da Previdência Social e do Programa de Bolsa Família para o Estado de Alagoas. A título de comparação em 2007 o montante das transferências da Previdência Social era de R\$ 1,906 bilhão e do Programa de Bolsa Família de R\$ 289 milhões; em 2012 aquelas totalizaram R\$ 3,991 bilhões e este atingiu R\$ 684,5 milhões. Salienta-se, também, o aumento do financiamento de veículos e imobiliário, os quais impactaram no incremento da arrecadação em % do PIB de Combustível e Construção Civil. Entretanto, com relação a este demonstra modelo de esgotamento em % do PIB em face da ampliação do crédito imobiliário. A título de comparação, em 2012 atingiu R\$ 1,654 bilhão e de janeiro de 2007 a dezembro de 2012 o montante atingiu R\$ 1,027 bilhão²⁰⁵.

Novamente, o suposto processo de industrialização, alavancado pela atração de empresas ao estado em decorrência do programa de benefícios e incentivos fiscais, não parece apresentar, com nitidez, um retorno consistente em arrecadação para o estado de Alagoas.

Com efeito, estudo sobre os programas de incentivos fiscais do estado do Ceará, cogita a ocorrência de algumas externalidades negativas, que podem ser comuns a todos programas do gênero, e apresenta algumas particularidades que poderiam ser adotadas pelo estado de Alagoas. O “Prodesin cearense”, por exemplo, adota um sistema de pontuação para estipular o percentual de incentivos a

²⁰⁴ LEI Nº 7.529, DE 8 DE AGOSTO DE 2013. ANEXO II – A5 DEMONSTRATIVO DA ESTIMATIVA E COMPENSAÇÃO DA RENÚNCIA DE RECEITA METAS ANUAIS. Disponível em: <<http://www.seplande.al.gov.br/planejamento-e-orcamento/orcamento/lei-orcamentaria-anual-loa-2003-2011/2014-1> p.47>.

²⁰⁵ LEI Nº 7.529, DE 8 DE AGOSTO DE 2013. ANEXO II – A5 DEMONSTRATIVO DA ESTIMATIVA E COMPENSAÇÃO DA RENÚNCIA DE RECEITA METAS ANUAIS.

serem dados. Há outras medidas que servem e serviriam aqui para melhor controle dos resultados, aumentando a eficiência do programa. Neste sentido:

As novas diretrizes tiveram como base uma política econômica robusta que passou a valorizar os efeitos das externalidades positivas que as empresas atraídas poderiam gerar na economia local. Para tanto, foi inserido um sistema de pontuação para determinar o percentual de incentivos a serem dados. Este sistema de pontuação consiste em pontuar e classificar os empreendimentos industriais considerando algumas variáveis econômicas e geográficas, como: o volume de investimento, números de empregos gerados (diretos e indiretos), responsabilidade social, aquisição de matérias-primas e de insumos consumidos do Ceará e localização geográfica. Outra novidade foi a criação de um sistema de acompanhamento, onde o Estado passou a possuir parâmetros para avaliar os impactos desta política²⁰⁶.

Alagoas poderia adotar o sistema cearense de pontuação e acompanhamento dos impactos da política de incentivos. Por outro lado, o estudo cearense chega a resultados muito semelhantes ao que se pode observar em relação ao comportamento do setor industrial alagoano, especialmente quanto à participação na composição da arrecadação do ICMS, indicando que os efeitos da política de incentivos daquele estado em muito se assemelha às consequências do Prodesin. Transcreve-se, então, a conclusão do estudo em comento, uma vez que poderia ser quase que transposto para a presente análise:

O referido trabalho, conforme análise nas seções anteriores indicou que a política de incentivos fiscais praticada pelo estado do Ceará, ao longo do período analisado, vem contribuindo para redução da arrecadação de ICMS nos setores industriais, conforme análises estatísticas. Setores econômicos tradicionais e importantes como têxtil, vestuário e calçados têm perdido espaço na estrutura tributária.

A perda em potencial de receita é uma das externalidades que a política de incentivos fiscais adotada pelo estado do Ceará pode estar causando, através do Fundo de Desenvolvimento Industrial, entretanto, o modelo econométrico proposto não captou este tipo de impacto. Entretanto, este informa que à medida que se intensifica a política de incentivos fiscais a participação dos setores industriais, contidos no modelo, se reduz, ou seja, estes setores passam a contribuir cada vez menos com o pagamento de ICMS ao estado. Por outro lado, a participação de setores como o de energia elétrica, serviços de comunicação e combustíveis vem aumentando consideravelmente. Este fato indica que houve, entre os anos de 1995 a 2006, uma compensação tributária entre estes setores, que mais que compensou a queda na arrecadação dos setores industriais.

²⁰⁶BARBOSA SOUSA, Paulo Francisco et FLEXA DALTRO BARRETO, Flávio Ataliba et IRFFI, Guilherme. *Impactos da política estadual de incentivos fiscais sobre a arrecadação de ICMS no estado do Ceará*. Disponível em: <<http://www.ipece.ce.gov.br/economia-do-ceara-em-debate/v-encontro/artigos/IMPACTOS%20DA%20POLITICA%20ESTADUAL%20DE%20INCENTIVOS%20FISCAIS%20SOBRE%20A%20ARRECADACAO%20DE%20ICMS%20NO%20ESTADO%20DO%20CEARA.pdf>>.

Proporcionando ao longo deste período um aumento na arrecadação de ICMS²⁰⁷.

Como dito, os efeitos das políticas de incentivos fiscais nos dois Estados são muito parecidos, para não dizer idênticos. Os dados trazidos por este trabalho indicam exatamente uma diminuição na participação na arrecadação de ICMS por parte dos setores incentivados, enquanto esta mesma arrecadação tem um incremento, provavelmente, fruto de uma compensação pelos setores de combustíveis e de energia elétrica.

Não se pode falar em efetiva diversificação na economia do estado, e, como visto, a interiorização da industrialização não aconteceu. Diante desse cenário e conscientes dos custos dos direitos, não há como defender sem ressalvas um modelo de renúncia fiscal que, como visto, para oferecer o retorno esperado depende de algumas variáveis. Sabe-se que o modelo do ICMS vinculado ao local da produção quase exige que os governantes travem a propalada guerra fiscal. Destarte, como visto, apenas em segmentos que o estado apresente vantagens competitivas, tem-se como fortemente recomendada a concessão de benefícios como forma de influenciar a escolha dos empreendedores e fazê-los mudar o comportamento.

No caso de Alagoas, excepcional, há que se investir em infraestrutura e em capital humano. Ante os dados até este momento acessíveis, parece uma temeridade atribuir a uma lei de incentivos fiscais, por si só, à potencialidade para prover direitos sociais, para garantir o desenvolvimento humano e econômico de um estado. Caso seja possível realizar escolhas que afastem os *rent-seekers*, que efetivamente privilegiem as micro e pequenas empresas, a indústria do turismo, não só os hotéis, é possível que a Lei 5.671/95, que criou o Programa de Desenvolvimento Integrado, se mostre mais eficiente, no sentido de reduzir as externalidades negativas, atingir os objetivos propostos e resultar em mais benefícios com menores custos sociais. Não há dúvidas de que o Prodesin demonstra êxito em atrair empresas, porém os dados sobre montante da renúncia

²⁰⁷ BARBOSA SOUSA, Paulo Francisco et FLEXA DALTRO BARRETO, Flávio Ataliba et IRFFI, Guilherme. *Impactos da política estadual de incentivos fiscais sobre a arrecadação de ICMS no estado do Ceará*. Disponível em: <<http://www.ipece.ce.gov.br/economia-do-ceara-em-debate/v-encontro/artigos/IMPACTOS%20DA%20POLITICA%20ESTADUAL%20DE%20INCENTIVOS%20FISCAIS%20SOBRE%20A%20ARRECADACAO%20DE%20ICMS%20NO%20ESTADO%20DO%20CEARA.pdf>>.

fiscal, custo para a geração de postos de trabalho, forma de escolha das empresas incentivadas, consumo de energia elétrica pelo setor industrial, participação do setor industrial na arrecadação de ICMS, evolução de consumidores de energia elétrica no setor industrial, provável compensação de arrecadação de ICMS decrescente no setor industrial, pelo aumento de arrecadação nos setores de energia, combustíveis e comunicação, põem em dúvida a eficiência do programa e demonstram a necessidade de promover alterações.

6 CONCLUSÃO

As decisões legislativas e sobre políticas públicas devem ser mais pragmáticas, no sentido apresentado neste trabalho. Não se deve afastar dos cânones tradicionais do direito, porém, a validade, a constitucionalidade, o respeito à linguagem jurídica e a busca pela justiça não garantem um resultado satisfatório às escolhas.

O pragmatismo vem para superar os dualismos paralisantes e limitantes, e as discussões metafísicas são infundáveis e não resistem a um teste de aplicação prática. As teorias sobre justiça e as teorias morais não acrescentam muito ao direito, principalmente, em face de casos difíceis, em que as considerações valorativas são insuficientes para solucionar verdadeiros dilemas jurídicos.

É preciso, seguindo o pensamento de Dewey, haver uma maior preocupação com a instrumentalidade dos conceitos, a fim de que estes possam produzir resultados. A busca pela “verdade” deve ser substituída pela busca pelo que é útil, eficiente, sem ser injusto, obviamente.

Neste sentido, apresenta-se com destaque o pensamento de Holmes, segundo o qual o direito é muito mais experiência, e menos lógica. Com efeito, Holmes não refutava inteiramente o silogismo, mas não deixava de duvidar de sua capacidade de resolver os problemas.

Vê-se, também, a importância do pensamento de Cardozo e suas concepções a respeito da forma como os juízes devem exercer a função decisória. Destaca-se a concepção de que os juízes deveriam se afastar um pouco dos exercícios conceituais e se preocupar mais com as exigências e realidades da vida. Cardozo enxerga a necessidade de juízes mais influenciados e envolvidos com o aspecto político-social.

O marco teórico do trabalho, portanto, é o pragmatismo, mas, tendo em vista que o pragmatismo não se mostra como uma escola, em face das variadas vertentes observadas, especifica-se o embasamento teórico na obra e no pragmatismo de Richard A. Posner.

O pragmatismo de Posner apresenta, como não poderia deixar de ser, traços comuns com o pragmatismo relatado, porém tem especificidades. É conhecido como praticalismo ou eficientismo, devido à sua constante preocupação com a eficiência nas escolhas públicas e nas decisões judiciais.

A eficiência é preocupação central na obra de Posner, assim como o é a maximização de riqueza, que, em dado momento do desenvolvimento de sua teoria, era posta como fundamento ético do direito, o que lhe rendeu uma legião de críticos, notadamente Ronald Dworkin, que em suas obras mais relevantes criticou a ideia de riqueza como valor, em uma clara referência ao pensamento de Posner e sua ideia da maximização de riqueza.

Posner não ficou alheio às críticas e, como visto, mesmo com muita demora e pouca vontade, reviu alguns conceitos e passou a entender que o direito não poderia ser guiado pela maximização de riqueza ou pela eficiência. Apesar disso, não deixou de conferir destacada importância a esses elementos, porém, passou a encará-los como alguns dentre outros de importância similar.

Posner se destaca por sua sistematização da aplicação da economia ao direito. Apesar de a aplicação da economia em questões jurídicas já poder ser verificada, ainda que de forma tímida e incipiente desde Adam Smith, foi Posner que, como dito, sistematizou a aplicação da economia aos vários ramos do direito.

Com efeito, a economia começou a ser utilizada como instrumento do direito em questões referentes ao monopólio e à responsabilidade civil. Apesar da resistência da aplicação da economia ao direito, restou demonstrado sua importância e a possibilidade da convivência entre os dois campos do saber, não obstante suas claras diferenças metodológicas.

A economia tem o condão de, mediante seus modelos, verificar a eficiência das decisões, mensurar o impacto de leis ou de escolhas públicas sobre a distribuição de renda e de riqueza, além de prever os efeitos da utilização de tributos alternativos ou de incentivos fiscais no desenvolvimento de um dado estado.

Por outro lado, ficou provado que a economia pode ser muito útil ao direito, uma vez que possibilita a verificação, a experimentação e dispõe de meios para testar as afirmações, confirmando-as ou não. O exemplo da representação gráfica

do efeito do preço implícito que uma norma tributária tem sobre uma relação de mercado, ilustra o que se afirma.

Também se demonstra que a economia pode ter um papel descritivo da realidade, servindo para coletar e interpretar os dados, para que os formuladores de políticas públicas possam fazer suas escolhas com maior precisão. É a Análise Econômica do Direito em sua feição ou vertente positiva. Do mesmo modo, a Análise Econômica do Direito pode indicar o caminho a ser seguido e apontar as melhores soluções em sua vertente normativa.

Como dito, o marco teórico do trabalho foi o pragmatismo de Posner, especificamente a utilização da Análise Econômica do Direito por ele sistematizada. Com referência à AED segundo Posner, ele parte da ideia de que as pessoas são maximizadoras racionais de riqueza para além do ambiente de mercado. Para Posner, o fato de as pessoas serem maximizadoras racionais de riqueza faz com que elas sejam suscetíveis a incentivos, e disto decorre a possibilidade de que mudanças nos incentivos provoquem alterações em seus comportamentos. Deste ponto, foi feita a ligação com a questão das normas tributárias concedentes de benefícios fiscais, como potenciais indutoras de comportamentos ou potenciais transformadoras de comportamentos.

Conforme demonstrado, para Posner a Teoria Econômica do Direito é o exemplo perfeito da aplicação da ética da investigação científica, compreendida sob um ponto de vista pragmático, ao direito. Este entendimento vem após a revisão de seu pensamento, ante as críticas sofridas. Posner, portanto, defende que a economia é instrumental e não pretende reduzir o comportamento humano aos mandamentos da razão. Além disso, para Posner, a economia não enxerga o homem como um ser econômico, mas sim, um ser pragmático. Pelo exposto, ficou patente que Posner não vê o indivíduo comprometido com metas egoístas, uma vez que não há nada na ciência econômica que determine quais devem ser as metas de um indivíduo.

Em relação à eficiência, tema caro ao pensamento de Posner, viu-se que ele partiu da ética de Pareto, segundo a qual haveria uma situação ideal caso a posição de uma pessoa não pudesse ser melhorada, sem que a posição de outra fosse piorada. Daí se passou à ética de Kaldor-Hicks, mais realista, segundo a qual

haveria eficiência mesmo que uma parte sofresse piora na sua posição, desde que houvesse possibilidade de compensação, ainda que apenas possibilidade não efetivada, da pessoa prejudicada.

A eficiência para Posner pode ser entendida como uma relação de maximização dos resultados, desde uma ponderação entre os custos e benefícios. Tanto a ética de Kaldor-Hicks, quanto esta última concepção de eficiência foram utilizadas para avaliar a lei que criou o Prodesin, e ele próprio.

Quando da aplicação de ferramentas da economia para auxiliar na tomada de decisões, procura-se antever as consequências das aludidas decisões. Neste sentido, foi desenvolvido estudo com relação à utilização de argumentos consequencialistas nas tomadas de decisões, deixando claro que a adoção de argumentos consequencialistas não significava, em absoluto, o menoscabo pelo ordenamento jurídico ou pelas normas jurídicas. Foi demonstrado o caminho a ser seguido, desde a escolha da norma aplicável ao caso até a efetiva utilização das consequências como justificação da escolha. Neste passo, adotou-se o entendimento de Neil MacCormick a respeito de argumentos consequencialistas válidos, que seriam aqueles revestidos de valores caros ao direito tributário, no caso, capazes de, legitimamente, servir de padrão para outras decisões. Isto definido, foram expostos os valores atinentes ao direito tributário que legitimam os argumentos consequencialistas, que são aqueles através dos quais se busca o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, com a proteção dos contribuintes e a busca pela justiça fiscal. Partiu-se, então, da ideia de que não há Estado sem o direito tributário, cuja principal função é prover recursos para a manutenção desse mesmo Estado. Sendo assim, os argumentos econômicos ou financeiros não mais poderiam ser tidos como pré-jurídicos ou metajurídicos, desde que, claro, revestidos dos valores antes mencionados.

Utilizando o direito tributário como referência, uma vez que é disciplina com vocação eminentemente interdisciplinar, foi demonstrada a importância da interação do direito com disciplinas outras, como a própria economia, a administração e a contabilidade. Com efeito, ainda em relação ao direito tributário, foi demonstrado que a interação dessa disciplina com outras traz para a tributação o benefício do aperfeiçoamento das normas e das práticas, por meio da verificação empírica do

impacto sobre os contribuintes e sobre as empresas, podendo aperfeiçoar as políticas tributárias e analisar a necessidade ou a eficácia da concessão de incentivos fiscais.

A extrafiscalidade ou função extrafiscal da tributação foi examinada, definida. Foi demonstrado que há tributos com especial vocação extrafiscal, mas que não se deve estabelecer a dicotomia entre aqueles com função fiscal e outros com função extrafiscal.

Os limites para a utilização da extrafiscalidade foram delineados, e expostas as duas teses clássicas: a primeira, de Paulo de Barros Carvalho, segundo a qual as limitações da extrafiscalidade são as mesmas do direito tributário, ou seja, os princípios constitucionais tributários ou limitações constitucionais ao poder de tributar; a segunda, de Casalta Nabais, segundo a qual as limitações à extrafiscalidade estão, principalmente, nos princípios do direito econômico. O aludido autor divide a extrafiscalidade em dois setores: um em que se verifica a oneração dos impostos com vistas a induzir determinado comportamento, e outro em relação aos benefícios fiscais. Apesar das respeitáveis opiniões, adota-se o entendimento que reúne uma gama mais ampla de ferramentas de controle: controle principiológico, tanto do direito tributário, como aqueles que se referem a outras áreas e que fazem parte do escopo constitucional; controle normativo; controle lógico, segundo o qual há situações em que a escolha feita para influenciar nas escolhas não pode, logicamente, surtir efeitos, como o caso de querer utilizar o Imposto sobre a Renda para influenciar no consumo.

Dedicou-se uma parte do trabalho para o trato dos incentivos e benefícios fiscais, suas modalidades, restrições e razões de existir. Foi demonstrado que os incentivos fiscais são desonerações que devem seguir os princípios constitucionais tributários, pois constituem o outro lado do poder de tributar.

Ao tratar da concessão de benefícios fiscais de caráter extrafiscais, tratou-se das normas indutoras de comportamento, ou seja, normas jurídicas tributárias com aptidão para incentivar e desestimular condutas, especificamente no mercado. Trabalhou-se a questão das normas de concessão de benefícios como preços implícitos, que caso alterados, podem mudar o comportamento dos atores da economia. A utilização de tributos com efeito extrafiscal, portanto, tem objetivo de

alterar a alocação de recursos; é uma forma de intervenção do Estado na economia e uma ferramenta direta do Estado para o cumprimento de fins públicos. São as leis de incentivos, tais como a que criou o Prodesin, foco deste trabalho.

Foram mencionados os objetivos do Programa de Desenvolvimento Integrado do Estado de Alagoas – Prodesin, constantes do artigo 2º da Lei nº 5.671/95. Selecionados os principais objetivos, tais como, interiorização da industrialização, desenvolvimento econômico e social, incentivo às micro e pequenas empresas, incentivo e interiorização das empresas voltadas ao turismo, verificou-se, diante dos dados até o momento coletados, como empresas incentivadas, área de atuação, local de instalação, segmentos de atuação, porte das empresas, permanência das empresas no programa ou mesmo continuidade das atividades da empresa durante ou após o período de concessão, bem como a forma de admissão das empresas ao programa, que há muitos objetivos não alcançados.

De igual modo, há inúmeras variáveis a ameaçar a eficiência do programa: o longo prazo de concessão do benefício, 15 anos, o que dificulta a própria análise da perda da arrecadação, além de propiciar a saída de empresas do programa, bem como o encerramento de suas atividades, fazendo com que o retorno esperado na forma de maior arrecadação não ocorra; estudo demonstrando que em segmentos importantes da economia, as empresas escolhem onde vão se instalar, independentemente de incentivos, mas sim levando em conta questões de estratégia e planejamento, além de motivos concorrenciais; o insignificante número de empresas de pequeno porte incentivadas, o que contraria a ideia de que estas deveriam ser as mais incentivadas, dentre outros motivos, pelo fato de que, como demonstrado, são, hodiernamente, as empresas de pequeno porte que garantem a não estagnação do indicador de criação de postos de trabalho no país.

Para além do exame dos objetivos propostos pela lei que institui o Prodesin, foram analisados, a fim de se chegar o mais próximo possível de um diagnóstico sobre a eficiência do aludido programa, dados em relação à quantidade de empregos prometidos pelas empresas incentivadas, no intervalo de 2008 até o presente; a variação na quantidade de estabelecimentos industriais consumindo energia elétrica; o volume de energia elétrica consumido pelo setor industrial, inclusive com uma comparação em relação a outros estados do Nordeste,

constatando-se uma discrepância enorme de Alagoas para os demais; o valor da renúncia fiscal; a relação entre a renúncia fiscal e o número de postos de trabalho criados (prometidos), a fim de mensurar o custo de cada emprego criado; a participação do setor industrial na arrecadação de ICMS do Estado de Alagoas; a possível compensação da diminuição da arrecadação do setor industrial, pela arrecadação de outros setores da economia, tais como energia elétrica, comunicação e combustíveis.

Por fim, foi examinado um estudo a respeito dos programas de incentivos fiscais do Ceará, que apresentou resultados muito semelhantes aos de Alagoas, mas que mostrou algumas evidentes vantagens, tais como a implantação de um sistema de pontuação entre as empresas incentivadas, mediante o qual se decide, especificamente, quanto de benefício cada empresa pode ou merece auferir. Além disso, foi visto que o programa cearense exerce um controle maior e mais rígido sobre os resultados do programa. Como dito, as conclusões do estudo cearense podem ser aplicadas ao caso alagoano: basicamente, uma diminuição na participação na arrecadação de ICMS por parte dos setores incentivados, enquanto esta mesma arrecadação tem um incremento, provavelmente fruto de uma compensação pelos setores de combustíveis e de energia elétrica. Ou seja, nos dois casos a arrecadação de ICMS do setor industrial cai, até porque está sob benefício, e este pode ser prorrogado por longos anos. Mesmo assim, ainda que sem o benefício, não parece haver recuperação, mas uma compensação através dos outros setores mencionados.

O estudo deixa a sensação de que a precariedade da infraestrutura do estado e o insignificante investimento em capital humano fazem com que Alagoas ainda dependa do oferecimento de benefícios para atrair empresas, muito mais do que a maioria dos outros estados da Federação. E este fato faz com que o custo dos benefícios para os alagoanos seja maior, visto que a desoneração precisa ser compensada. Neste sentido, o alto custo dos benefícios para a sociedade, o duvidoso retorno em melhorias para os contribuintes, a constatação de que muitos objetivos não são atingidos e os péssimos indicadores sociais fazem crer que o Prodesin não se mostra eficiente para prover direitos sociais. No sentido de eficiência posneriano, a relação entre custos e benefícios alcançados não parece ser favorável. Já sob a ética de Kaldor-Hicks, há uma melhora para quem é incentivado,

que não corresponde, necessariamente, a uma melhora de quem financia, podendo, inclusive, haver piora na situação, que dificilmente será recompensada.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as Nações Fracassam:** as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Trad. Cristina Serra, Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BROWNE REGO, George. O Pragmatismo Como Alternativa à Legalidade Positivista: O Método Jurídico-Pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da Legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial.** Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução: Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CASTELAR PINHEIRO, Armando. Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto? In. BENETTI TIMM, Luciano (Org.). **Direito e Economia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism:** The Influence of Oliver Holmes Jr. Disponível em: <<http://publikationen.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/24903>> Acesso em: 21 ago. 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COLETTO POHLMANN, Marcelo; DE IUDÍCIBUS, Sérgio. **Tributação e Política Tributária: Uma Abordagem Interdisciplinar**. São Paulo: Editora atlas, 2006.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa, 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DA SILVA ALVES, M. **Guerra Fiscal e Finanças Federativas no Brasil: O caso do setor automotivo**. 2001. 111f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas. 2001.

DE MELO FREITAS, Lorena. **Um diálogo entre pragmatismo e Direito: Contribuições do Pragmatismo Para Discussão da Ideologia na Magistratura**. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/5715>> Acesso em: 21 ago. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Is Wealth a Value?** Disponível em: <<http://blogs.law.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dwor-kin.pdf>>. Acesso em: 29 set.2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELALI, André. **Tributação e Regulação Econômica: Um exame da Tributação Como Instrumento da Regulação Econômica na Busca da Redução das Desigualdades Regionais**. São Paulo: MP Editora, 2007.

Estados Preferem Guerra Fiscal a Investir. **Folha de São Paulo**. 15 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/09/1342182-estados-preferem-guerra-fiscal-a-investir.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2013.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. Trad. Alonso Reis Freire, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In. BENETTI TIM, Luciano (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GOMES, Fábio Guedes. **Reflexões Críticas sobre a Realidade e Dinâmica Recente da Economia Alagoana**. Disponível em: <<http://www.centrocelsofurtado.com.br>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A Extrafiscalidade no Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Das Exonerações Tributárias. Incentivos e Benefícios Fiscais. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; QUEIROZ, Mary Elbe (Org.). **Novos Horizontes da Tributação: Um Diálogo Luso-Brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012.

JAMES, William. **Pragmatism: A New Name For Some Old Ways of Thinking**. 1907.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes: limitações constitucionais ao poder de tributar**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.

MACEDO PINTO, Paulo Alberto. **PRODESIN – Programa de Desenvolvimento Econômico Industrial de Alagoas**. Disponível em: <<http://www.febrafite.org.br/documento/publicacoes/2001.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2013.

MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. Breves considerações sobre a capacidade contributiva e a isonomia. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário, Homenagem a Alcides Jorge Costa**. São Paulo, 2003. **Falta Editora**

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

MEYERHOF SALAMA, Bruno. O que é “Direito e Economia”? In: BENETTI TIMM, Luciano (Org.). **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. Apresentação. In: MEYERHOF SALAMA, Bruno. (Org.). **Direito e Economia: Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

PARSONS, Talcott; SHILS, Edward A. **Toward a general theory of action. Theoretical Foundations for the social sciences**. London: Transaction Publishers, 2001.

PEIRCE, Charles Sanders. **Como Tornar as Ideias Claras**. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf> Acesso em: 16 jul. 2013.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas Consequências em Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro F. Silva, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo, 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Economic Analysis of Law**. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

Revista Exame. Pequenos Negócios Geram 100% dos Empregos no País. 30 set. 2013. Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/pme/noticias/pequenos-negocios-geram-100-dos-novos-empregos-no-pais>>. Acesso em: 15 out. 2013.

RODRIGUES RIEFFEL REIMER, L. **Um Mundo Refeito**: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner, 2006. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2006.

SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SOUTO MAIOR BORGES, José. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of The Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York and London: W.W. Norton & Company.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a Maneira Mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: Uma Perspectiva de Direito e Economia? In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e "Reserva do Possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

WENDELL HOLMES JR., Oliver. **The Path of The Law**. BARBOSA DA SILVEIRA, Lauro Frederico; MARTÍNEZ C., Vinício (trad.) Veredas do Direito. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/262/126>>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **The Common Law** (Basic But Correct Edition), New Orleans: Quid Pro Books, 2010.

_____. **The Path of The Law**. Collected Legal Papers, 2010, 180.

WERNECK ARGUELHES, Diego; LEAL, Fernando. Pragmatismo Como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ZILVETI, Fernando Aurélio. **Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.