

## **Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação**

Fábio Severiano do Nascimento<sup>1</sup>

INTRODUÇÃO; 1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; 1.1 Um breve histórico; 1.2 Alguns pressupostos teóricos e repercussões no direito; 2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A TRIBUTAÇÃO; 2.1 As funções do tributo no Estado brasileiro; 2.2 Os tributos e a economia; 2.3 A tributação numa perspectiva da análise econômica do direito; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

### **Resumo**

Para identificar as contribuições da Análise Econômica do Direito na tributação, o presente estudo buscou sublinhar seus principais aspectos históricos, conceituais e metodológicos da Análise Econômica do Direito; descrever as funções dos tributos; contextualizar os tributos na economia e relacionar a Análise Econômica do Direito com a tributação. No contexto atual de escassez de recursos, o Direito e a economia mantem uma relação umbilical numa perspectiva de gerenciamento e da busca de soluções para os problemas enfrentados pela sociedade decorrentes dessa escassez. A Análise Econômica do Direito centra seus estudos no comportamento dos atores do mercado e de como o direito pode direcionar para o uso mais eficiente dos recursos escassos da sociedade com a criação de incentivos que induzam as pessoas a se comportarem de maneira mais produtiva ou mais justa, e em relação ao tributo, compreendendo a tributação como fato jurídico–econômico-social que traz um custo para o contribuinte.

**Palavras-chave:** Estado; Tributação; Análise Econômica do Direito.

### **Abstrac**

To identify the contributions of Economic Analysis of Law in taxation, the present study sought to underline its main historical, conceptual and methodological Economic Analysis of Law; describe the functions of taxes; contextualize the taxes on the economy and relate the Economic Analysis of Law with taxation. In the current context of scarce resources, law and economics maintains an umbilical relationship management perspective and finding solutions to the problems faced by society resulting from this shortage. The Economic Analysis of Law focuses his studies on the behavior of market players and how the law can drive for more efficient use of society's scarce resources by creating incentives that induce people to behave in a more productive and fairer and in relation to tax, including taxation as legal fact-economic-social that brings a cost to the taxpayer.

**Key- Words:** State, Taxation, Economic Analysis of Law.

---

<sup>1</sup> Professor da UEPB, Doutorando no Programa de Pós Graduação da UERJ - área de concentração-Direito da Cidade, Advogado.

## **INTRODUÇÃO**

Há necessidade nos dias atuais de buscar em outras searas do conhecimento instrumentos que auxiliem a compreensão das implicações do direito, pois apenas os argumentos estritamente jurídicos têm se mostrado insuficientes para lhe dar uma interpretação mais próxima da vida, já que as pessoas têm exigido bem mais que uma formal manifestação do poder estatal, a comunidade espera do Estado uma efetiva prestação de serviços, seja no tocante à saúde, à educação, à moradia, à segurança ou em qualquer outra área, e isso perpassa necessariamente pela criação e pela devida aplicação de normas jurídicas em sintonia com o mundo real e com os valores constitucionalmente assegurados.

Neste contexto, recebe uma especial atenção a tributação, que representa a retirada pelo Estado de parcela da riqueza privada que será transferida para a coletividade dentro da estrita legalidade que o sistema normativo permite. Ela tem uma conotação de fato jurídico–econômico-social que transcende a vontade individual, já que o particular está impelido constitucionalmente a pagar os tributos, que é principal fonte de receita do Estado para implementação de suas políticas públicas.

Quando o Estado cria, aumenta ou extingue um tributo ocorrem impactos na sociedade, especialmente na economia, nos agentes econômicos, na oferta, na demanda, no preço, no adimplemento da obrigação tributária, na arrecadação, na qualidade dos produtos, no consumo, nos investimentos, nos gastos públicos, no aumento dos custos de transações, na segurança jurídica, na desempregabilidade, na formalização de empresas, na distribuição e a produção de riquezas etc. O movimento da análise econômica do direito tem como premissas de análise alguns destes elementos e por isso nos ajudará a ver a questão da tributação sob um enfoque diverso do comumente pleiteado.

Nesta perspectiva, o presente estudo buscou responder a seguinte pergunta: como o movimento da Análise Econômica do Direito pode contribuir na compreensão do fenômeno da tributação no Brasil? A partir desta indagação analisou os principais aspectos históricos, conceituais e metodológicos do movimento da análise econômica do direito; descreveu as funções dos tributos no Brasil; contextualizou os tributos na economia e aplicou alguns pressupostos teóricos da análise econômica do direito no fenômeno da tributação.

Levando em consideração a alta carga tributária no Brasil, o Estado no processo de criação das normas e das decisões jurídicas deverá procurar prognosticar as possíveis consequências decorrentes de suas atividades, não com um presságio seguro e exato, mas como

agente ciente da responsabilidade inerente a sua função. Neste sentido, o Estado, por meio de seus agentes públicos, ao exercer o poder de tributar deverá levar em consideração os reflexos que este exercício produz na economia.

Segundo Vergara (2003) os tipos de pesquisa podem ser divididos quanto aos fins que ela se propõe e quanto aos meios de investigação. Quanto aos fins a presente pesquisa foi descritiva, pois buscou descrever alguns pressupostos da análise econômica do direito e a sua relação com tributação na medida de suas repercussões na economia. Quanto aos meios de investigação, a pesquisa foi eminentemente bibliográfica, obtendo um mapeamento da temática e produção bibliográfica relacionada com o objeto da pesquisa. A pesquisa bibliográfica foi feita em livros, revistas especializadas, teses, dissertações e redes eletrônicas, nos quais foram levantadas doutrinas jurídicas, econômicas e filosóficas sobre o direito, a economia e a tributação.

A dificuldade das interrogações, a limitada doutrina sobre o tema, a novidade no debate nacional fazem com que nossos propósitos neste estudo sejam modestos. Não se pretende trazer uma resposta definitiva do problema mencionado, mas procurar aplicar algumas ferramentas da análise econômica do direito para conhecer algumas conexões e sentidos que têm a tributação com a economia.

## 1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

### 1.1 Um breve histórico

Vivemos num mundo marcado pela limitação dos recursos diante das necessidades crescentes do homem. Neste contexto, a economia como ciência que estuda o gerenciamento desses recursos e o Direito como um indutor de condutas mantem uma relação umbilical. Há registros da relação do direito e a economia nas análises de Adam Smith<sup>2</sup> (1723-1790) e em Jeremy Bentham<sup>3</sup> (1748-1832), mas foi com a Escola *Law & Economics* (Análise Econômica do Direito) que essa relação ganhou maior evidência, demonstrando a importância da análise interdisciplinar e multidisciplinar dessas duas ciências, neste sentido Cooter e Ulen (2010, p. 33) destacam que

A análise econômica do direito é interdisciplinar por reunir dois campos de estudo com o propósito de facilitar a compreensão de ambos. A economia nos ajuda a perceber o direito de uma

<sup>2</sup> No estudo das consequências econômicas da elaboração das normas jurídicas (SZTAJN, 2005, p. 74).

<sup>3</sup> Na associação entre a legislação e o utilitarismo (SZTAJN, 2005, p. 74).

maneira nova, que é extremamente útil para os advogados e para qualquer pessoa interessada em questões de políticas públicas, ainda, haja um costume de conceber a lei como ferramentas para a justiça e o direito como o seu provedor. A economia visualiza as leis como incentivos para mudar o comportamento, como preços implícitos, e como instrumentos para atingir objetivos de políticas públicas (eficiência e distribuição). Muitas vezes, a análise econômica pressupõe como instituições jurídicas como a propriedade e o contrato, que afetam drasticamente a economia, por exemplo, a ausência de propriedade segura e contratos confiáveis costumava paralisar a economia de alguns países da Europa oriental e do terceiro mundo, e os planos de desenvolvimento econômico nesses países é a instituição de regimes jurídicos previsíveis e estáveis.

Já lecionava Dantas (1999, p. 24) a respeito dessa intensa relação entre direito e economia ao afirmar que “[...] o termo sistema econômico engloba, ao mesmo tempo, os quadros jurídicos (direito público e direito privado) da atividade econômica e seu quadro geográfico, as formas dessa atividade e, finalmente, um fator psicológico, o móvel dominante que impulsiona os agentes da produção”. Nos Estados contemporâneos, como o Brasil, busca-se ao desenvolvimento econômico, determinando, no plano constitucional, o modo de ser da economia. Não se trata, portanto, de um Estado neutro, pois tal organização social política prestigia o desenvolvimento econômico, que se expressa através da força da economia (ELALI, 2007).

Há certo consenso que este movimento iniciou-se por volta de 1937 na Universidade de Chicago, a partir de estudos sobre a existência ou não de benefícios da intervenção do Estado nos mercados. Mas, foi somente na década de 1960 que o interesse pela aplicação de conceitos da teoria econômica ao Direito se consolidou. Graças aos estudos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Henry Manne, Gary Becker e Richard Posner, entre tantos outros, que a *Law & Economics* se tornou uma disciplina acadêmica autônoma com muitos seguidores pelo mundo (PINHEIRO; SADDI, 2005). É de destacar Ronald Coase, economista inglês e professor da Universidade de Chicago, prêmio Nobel de Economia em 1991, com seu célebre artigo de 1960 "*The Problem of Social Cost*", que foi lançada a pedra fundamental do nascente movimento teórico (CARVALHO, 2008).

O estudo sobre os custos dos acidentes de trânsito de Guido Calabresi, por exemplo, indica expressamente a intenção de se abrir algumas linhas de reflexão e pesquisa envolvendo as interfaces da economia e do direito, abordando o direito a partir dos métodos científicos da economia com visões mais pragmáticas que buscavam verificar em que medida a economia é útil para identificar observações empíricas sobre o comportamento jurídico. Mas, sem dúvida, foi a publicação do primeiro livro de Richard Posner que marca definitivamente a existência da análise econômica do direito, com o primeiro tratado de Direito e Economia, intitulado "*Economic Analysis of Law*", em 1972, aplicando então as ferramentas da disciplina aos mais diversos ramos jurídicos (CARVALHO, 2008).

É um equívoco afirmar que a “Análise Econômica do Direito” seja uma escola ou um *corpus* teórico unificado. A análise econômica do direito é mais um movimento ou abordagem do que uma escola única (SILVEIRA, 2009). Silveira (2009, p. 16) afirma que “as escolas apresentam de modo geral um conjunto de postulados compartilhados e defendidos por um grupo de pensadores [...]. Por sua vez as abordagens ou movimentos apresentam um grau mais difuso de postulados comuns ou heterogeneidade na sua agenda de pesquisa”. Podemos destacar algumas correntes de interpretação desse movimento: a escola de Chicago, a escola da *public choice*, os institucionalistas e os neo-institucionalistas.

Para Godoy (2005, p. 4) o movimento direito e economia foi uma resposta ao “descontentamento do direito com o fundamentalismo jurídico que vinha triunfando desde a consagração do iluminismo. Entre as ciências sociais, a economia se mostrava como a mais promissora candidata para oferecer respostas corretas para os problemas jurídicos”. O que este movimento buscou demonstrar foi que a aparente dicotomia entre direito e economia mais levava a uma convergência, para uma nova e necessária leitura do direito, com o fim de diminuir o foço que o separava da realidade. Este movimento tem agrupado intelectuais de todo o mundo – tanto no campo do direito de origem romano-germânica como no *common law*.

Os legisladores muitas vezes se questionam como uma sanção vai afetar o comportamento ou se indenizações punitivas são impostas ao fabricante de um produto defeituoso irá repercutir na segurança e no preço do produto no futuro, ou ainda se, a criminalidade vai diminuir se os delinquentes que violam a lei pela terceira vez forem presos automaticamente. A economia trouxe uma cientificidade para as repercussões das sanções legais sobre o comportamento, pois para os economistas, as punições se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira como reagem aos preços, consomem menos produtos mais caros; logo, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada.

A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento para estimar como as pessoas reagem às leis mediante incentivos (COOTER; ULEN, 2010). Vejamos um exemplo:

[...] um fabricante sabia que seu produto irá, às vezes, ferir os consumidores. Até que ponto esse fabricante tornará o produto seguro? Para uma empresa que queira maximizar os lucros, a resposta depende de dois custos: primeiro, dos custos efetivos para tornar o produto mais seguro, que, por sua vez, dependem de fatos relativos ao projeto e à fabricação do produto e dos custos da emissão de advertências aos usuários; e do “preço implícito” de ferimentos causados aos consumidores por meio da responsabilidade jurídica do fabricante. A responsabilidade é uma

sanção imposta por danos causados a outros. O produtor precisará da ajuda de advogados para fazer uma estimativa desse preço implícito. Depois de obter as informações necessárias, ele irá comparar o custo da segurança e o custo implícito de acidentes. Para maximizar os lucros, o produtor irá ajustar a segurança até que o custo efetivo da segurança adicional seja igual ao preço implícito de acidentes adicionais (COOTER; ULEN, 2010, 25).

Os economistas observaram que direitos de propriedade e contratuais eficazes são fundamentais para o crescimento e desenvolvimento econômico. Os juristas viram que é alto o custo o congestionamento dos tribunais e o desrespeito aos contratos, que configuram ameaças à segurança jurídica e ao fluxo de investimentos necessários ao crescimento do país. Nesse sentido, confirma Pinheiro e Saddi (2005, p. 14-15):

[...] justiça e desenvolvimento econômico estão ligados umbilicalmente, ainda mais depois das reformas liberalizantes levadas a cabo na década de 1990. Como observado por Summers e Thomas, “o estabelecimento de um sistema legal e judiciário que funcione adequadamente e que garanta direitos de propriedade é essencial como complemento às reformas econômicas”. De acordo com Willig, após as privatizações, os países que adotaram ficaram mais dependentes de bons sistemas legais e judiciais para viabilizar níveis adequados de investimento. [...].

No Brasil houve uma repercussão normativa desse movimento, a partir da Emenda constitucional nº 19, modificando o caput do art. 37 da Constituição determinando que o Estado seja eficiente e a Emenda constitucional nº 45, por sua vez, acrescentou, ao art. 5º o inciso LXXVIII a “a razoável duração do processo” e a “celeridade de sua tramitação” para todos. Sem deixar de lado que a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil não têm as características tradicionais do século passado. O contrato passou a ser dinâmico e evolutivo, exercendo uma função social, além de ser um instrumento econômico. A propriedade foi complementada e, em parte, substituída pelo sacrifício dos direitos individuais ou, em certos casos, do direito de acesso, além, também, da função social. A responsabilidade civil deixou de se basear exclusivamente na culpa e tornou-se, em certos casos, objetiva, com fundamento, muitas vezes, em aspectos econômicos decorrentes da relação entre as partes.

## 1.2 Alguns pressupostos teóricos e repercussões no direito

A análise econômica do direito centra seus estudos na microeconomia<sup>4</sup>, mas precisamente no comportamento dos atores do mercado (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005) e busca

---

<sup>4</sup> [...] diz respeito às decisões tomadas por indivíduos e pequenos grupos, como, por exemplo, famílias, clubes, firmas e órgãos governamentais. [...] é o estudo de como os recursos escassos são alocados entre fins que são alternativos entre si. Você deveria comprar aquele aparelho de MP3 que lhe agrada ou um terno bonito para usar na entrevista que vai fazer para conseguir um emprego? Você deveria fazer uma viagem com amigos neste fim de semana ou ficar em casa para estudar? Já que a sua renda e o

responder a um problema clássico: quão eficiente é o sistema de normas para induzir comportamentos específicos, e como uma sanção legal afeta esse comportamento?

A Análise econômica do Direito se propõe a aplicar métodos de economia para resolver problemas legais e a estudar como o direito impacta a economia. Logo, os agentes econômicos devem considerar o ambiente normativo em que atuam e as regras que modelam as relações subjetivas, devem levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. E ainda, busca avaliar a qualidade dos instrumentos legais, de acordo com métricas econômicas predefinidas. Seus enunciados olham o Direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico, e que pode, e deve, ser analisado à luz de critérios econômicos, como o da eficiência. A análise econômica do direito faz perguntas como essas:

“[...] que recurso jurídico para a infração contratual vai causar uma formação eficiente de promessas e confiança nelas?”, “as empresas adotam precauções excessivas ou insuficientes quando a lei as torna estritamente responsáveis por danos causados aos consumidores?”, “penas mais duras vão prevenir crimes violentos?”, “dividir o legislativo em duas casas vai aumentar ou diminuir o poder discricionário dos tribunais?”

[...] Como a regra articulada pelo legislador para resolver esta disputa específica irá afetar o comportamento de partes que se encontrem numa situação semelhante no futuro? E esse comportamento é desejável?” (COOTER, ULEN, 2010, p. 24, 29).

Posner *apud* Silveira (2009, p. 48) critica a noção de que “as soluções judiciais encontrem resposta tão-somente na teoria legal ou jurídica, sem considerar outros métodos e análises externas à experiência jurídica”. A economia é uma ferramenta importante para analisar questões importantes que operadores do Direito não conseguem conectar com problemas concretos, e ainda, para analisar as normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem racionalmente e respondem melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante sistemas de prêmios e punições. Nessa esteira pensa Pinheiro e Saddi (2005, p. 17):

[...] o sistema de preços é o grande incentivador do comportamento humano [...], o comportamento humano reage a estímulos pecuniários, tendo em vista esta premissa: sendo os recursos econômicos escassos, a decisão será aquela que maximize o seu bem estar em face dos recursos de que dispõe. Isso faz do Direito um importante instrumento para algumas políticas públicas, em especial, aquelas que dependem de seu cumprimento para serem eficazes ou, ainda, por meio dos mecanismos que garantam certa segurança e estabilidade ao sistema.

---

seu tempo são limitados e você não pode, portanto, comprar ou fazer tudo que talvez queira comprar ou fazer, tem de optar. A teoria microeconômica oferece uma teoria geral sobre a maneira como as pessoas tomam esse tipo de decisões (COOTER, ULEN, 2010, p. 35-36).

[...] O Direito é, por excelência, um indutor de condutas; assim, a interseção entre os fenômenos econômicos e jurídicos deve perseguir o mesmo ideal de todas as áreas do conhecimento, qual seja, promover a justiça e a equidade do sistema social como um todo.

No mesmo sentido leciona Carvalho (2008, p.4):

a Economia é uma ciência da escolha. Sendo assim, os economistas estudam como os indivíduos tomam decisões, como escolhem agir num mundo onde os recursos são escassos, e como essas decisões afetam a outros indivíduos num contexto internacional. Tal contexto normalmente é algum mercado, entendido este como o ambiente de interação entre indivíduos ou firmas. E o que o Direito tem a ver com isso? Desde John Austin, o pioneiro do positivismo do século XIX, passando por Hans Kelsen e Herbert L.A Hart, o Direito passou a ser definido como *um conjunto de obrigações resguardadas por sanções estatais*. Nesse diapasão, a figura da sanção jurídica é nuclear para o Direito. Ocorre, entretanto, que para os economistas, *as sanções jurídicas podem ser vistas como preços*. Enquanto a teoria jurídica tradicional preocupa-se principalmente com definições e conceitos de institutos jurídicos, a Análise Econômica do Direito aplica as ferramentas microeconômicas para construir modelos, que possam prever comportamentos regulados pelas leis. E, não obstante esse caráter analítico e preditivo próprio de uma autêntica Ciência, a Análise Econômica ainda é capaz de sugerir mudanças ou alternativas jurídicas mais capazes de alcançar os objetivos pretendidos pelo legislador.

A análise econômica divide-se tradicionalmente em duas perspectivas: a positiva e a normativa. A análise positiva significa o enfoque em como ocorrem as trocas econômicas em um dado mercado, de modo a propor teorias que descrevam e expliquem esse mercado, testar essas teorias e construir modelos que permitam prever o comportamento desses mercados, analisando os efeitos das várias regras legais ou a reação dos agentes econômicos na mudanças das leis e na sua aplicação. A análise normativa significa propor o que seria melhor, a partir de juízos de valor subjetivos, no que tange a objetivos econômicos, são feitas prescrições sobre como a economia deveria funcionar, por exemplo, a carga tributária deveria ser reduzida, propondo alterações no sistema, de modo a alcançar um ou outro objetivo ou recomendando políticas e regras baseadas nas suas consequências econômicas, caso sejam adotadas, buscando a eficiência (PINHEIRO; SADDI, 2005).

Pinheiro e Saddi (2005, p. 89-90) apontam três premissas que norteiam a Análise econômica do direito:

a) Maximização racional das necessidades humanas: as escolhas dos agentes econômicos irão se basear na adequação racional e eficiente dos fins aos meios, ou seja, os indivíduos só se engajarão conscientemente em unidades adicionais de atividade (seja de consumo, de produção, de oferta de trabalho, dentre outros) se o benefício auferido por aquele mesmo indivíduo for maior que o custo despendido para obtê-lo.

b) Os indivíduos obedecem aos incentivos de preços para conseguir balizar o seu comportamento racional: é o sistema de preços que baliza o comportamento humano. Na área legal, a norma estabelece preços (recompensas/sanções) tais como incentivos, multas, prisões etc., para os vários tipos de comportamento. A escolha de cada opção é analisada em face dos benefícios auferidos por meio de uma comparação qualitativa, vale dizer, monetária.

c) As regras legais moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influem nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc.

Já Carvalho (2008, p. 4-8) sugere quatro conceitos principais relacionados a esta teoria, como sendo:

1) Escolha Racional: indivíduos são racionais, o que significa que efetuam escolhas e que as escolhas buscam maximizar o seu próprio interesse, ou, como dizem os economistas, maximizar a sua *utilidade*. E, para tanto, reagem a incentivos.

—Maximizar significa simplesmente aumentar, melhorar. Quanto ao auto-interesse, sabemos desde (pelo menos) Adam Smith, que os indivíduos agem primordialmente pensando em si mesmos. Trata-se de uma concepção positiva (do que é) e não normativa (do que deveria ser). Dentre estes incentivos, encontram-se as normas jurídicas. Como vimos acima, a norma jurídica e, principalmente a sua sanção, é processada como um preço pelo seu destinatário. Em outras palavras, as pessoas reagem às sanções da mesma forma como reagem aos preços. E, ao tomar esse comando normativo como um preço, o receptor da norma automaticamente, por ser racional, avalia a relação —custo X benefício da conduta que poderia vir a praticar.

2) Consequências: As escolhas, sejam aquelas realizadas por criminosos, pagadores de impostos, legisladores ou juízes, sejam quais forem, acarretam consequências. Uma vez que os economistas lidam com decisões referentes a recursos escassos, onde escolhas implicam em renúncias, preocupam-se sobretudo com as consequências advindas das ações tomadas pelos indivíduos. A preocupação, menor ou maior, com as consequências é intrínseca a qualquer sujeito dotado de racionalidade, desde as suas ações mais comezinhas, até as mais complexas. Seja ao tomar um copo a mais de vinho num jantar, aceitar ou não um convite profissional, ou mesmo entre investir no mercado de ações, a mente humana calcula as possíveis consequências que seguirão das opções que se apresentam no caso concreto. Tal faculdade é inerente ao homem, e funciona sempre, mesmo que de forma intuitiva em grande parte das vezes – não é necessário ser formado em Economia para isso.

Por incrível que pareça, muitos juristas, ao menos os educados no sistema continental europeu, de origem romano-germânica, têm grande dificuldade em aceitar, ou mesmo em entender a importância que a preocupação com consequências tem para o Direito.

3) Equilíbrio: Por que as pessoas, ainda que auto-interessadas, tendem a conviver pacificamente, mesmo quando não há regras formais para tanto? Porque os costumes, as tradições, enfim, as regras informais de convivência, acabam direcionando o conjunto de ações individuais a uma situação de equilíbrio. Outrossim, mesmo quando todos os sujeitos agem em prol de seu auto-interesse racional, o resultado acaba sendo uma tendência para o equilíbrio, simplesmente porque as ações individuais acabam não tendo mais poder de influenciar o sistema (ou mercado) do que as outras.

4) Eficiência: Aqui reside, talvez, o ponto mais polêmico da Análise Econômica do Direito. Eficiência é um valor desejado por todos. Mas o que vem a ser —eficiência em termos econômicos? (Pode-se dizer que alguém é mais eficiente que outrem, quando obtém os melhores resultados com os mesmos recursos disponíveis, ou, ainda, quando obtém os mesmos resultados com menos recursos). Em outras palavras, é fazer mais com o mesmo, ou o mesmo com menos, ou, de forma ainda mais sucinta, obter o melhor resultado a partir dos recursos escassos.

Na mesma linha, Silveira (2009, p. 15) aponta os seguintes postulados da análise econômica do Direito:

- a) *o individualismo metodológico*, ou seja, 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;
- c) *preferências estáveis*, postula-se que no curto prazo há a estabilidade de preferências;
- d) *equilibrium*, entende-se que as interações na política e no direito tendem, tal como no mercado ao equilíbrio.

Para Posner (2010) os institutos jurídicos seriam explicados por um critério de racionalidade intrínseca: a eficiência<sup>5</sup> econômica, ou seja, ele propõe um método racional e dedutivo de análise de qualquer instituto jurídico pela compreensão das leis básicas de mercado e da formação de preços, logo a análise de custos e benefícios funcionaria no direito como uma forma de estímulo ou desincentivo a determinadas condutas, um instrumento modulador em cada conduta social envolvida, precificando os custos de envolvimento em determinado comportamento (SILVEIRA, 2009). A professora Sztajn (2005, p. 76) elenca os critérios de Pareto<sup>6</sup> e Kaldor-Hicks<sup>7</sup> para avaliação da eficiência, explicando que

No que diz respeito a eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor. O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior. Critica-se esse critério, chamado de Pareto, porque depende da alocação inicial da riqueza e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas.

Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como os preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam a proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando os agregados em várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este parece ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito a contribuição dos benefícios: o dar mais a quem tem maior utilidade marginal.

Silveira (2009, p. 77) define o Direito como “um sistema modulador de eficiência e equidade de um determinado sistema social, ou seja, não é apenas um instrumento de eficiência, mas é o próprio instrumento de realização da eficiência e de sua ponderação com as exigências de igualdade e equidade”. O Direito influencia no resultado individual e coletivo das trocas<sup>8</sup> e realiza a eficiência nas transações pelos seguintes meios:

---

<sup>5</sup> Eficiência é um termo utilizado para significar a realização de determinados processos, com a maximização de resultados pela menor utilização de meios. A eficácia seria a produção de resultados com a maior produção de efeitos e a efetividade a maior produção de efeitos no tempo (SILVEIRA, 2009, p. 70).

<sup>6</sup> Sociólogo, político e economista italiano de origem francesa, Vilfredo Pareto foi considerado um dos ideólogos do movimento fascista. Nasceu em Paris em 15 de julho de 1848, seus estudos o levaram a formular uma polêmica lei da distribuição de renda, doutrinando que não é aleatória e segue padrão invariável no curso da evolução histórica. Tal teoria ficou conhecida como a Lei de Pareto, tendo como importância ser uma grande contribuição à ciência econômica, notadamente à matéria de microeconomia (REIS NETO, p. 15).

<sup>7</sup> Nicholas Kaldor (1908-1986) e John Hicks (1904-1989) (SILVEIRA, 2009, p. 74).

<sup>8</sup> Segundo Silveira (2009, p. 77), partindo do pressuposto que as pessoas agem de modo a maximizar seus recursos e que eles se encontram em um ambiente social de trocas espontâneas, conduzidas por critérios de eficiência e de transferências compulsórias de recursos, orientados por critério de justiça, o direito possui um papel significativo no resultado individual e total do conjunto de trocas realizadas.

i) corrigindo ou prevenindo as falhas de mercado, assim, por exemplo, quando o direito estabelece regras jurídicas que evitam o surgimento de monopólios ou cartéis lesivos à eficiência geral do sistema; ii) garantindo a previsibilidade e ao cumprimento de promessas negociais; ou iii) regulando as externalidades, ou seja, os custos que não são diretamente refletidos nos preços dos bens e que são transferidos para terceiros de modo involuntário. Um exemplo de externalidades pode ser encontrado nos custos ambientais de produtos poluentes.

Aplicada ao direito, a maximização da riqueza, por exemplo, analisa como a noção de custo-benefício pode orientar a decisão judicial. Os custos pecuniários que as pessoas incorrem para economizar tempo ou evitar danos serão usados para possibilitar o custo-benefício das condutas regulamentadas pelas leis. Os juízes deverão usar de discricionariedade ao tomar suas decisões de modo que produzam resultados eficientes, no sentido de que seus resultados evitem desperdício social. Eficiência quer dizer explorar os recursos econômicos de tal modo que a satisfação humana, medida pela disponibilidade somada dos indivíduos para pagar bens e serviços, seja maximizadora. Na visão econômica, o Direito deve buscar a maximização dos resultados e minimização dos custos sociais, especialmente os desperdícios.

Para Posner (2010) o papel do governo e do Direito na economia de mercado é em geral, promover as medidas de prevenção das externalidades negativas e estímulo das externalidades positivas, e que insiste (na medida do possível) que, dentro de sua esfera restrita, o governo aplique políticas de minimização de custos, ou seja, a base da decisão de deve ser a relação custo-benefício e de manipular corretamente os incentivos. Os juízes em suas decisões ineficientes irão impor custos sociais maiores do que aqueles impostos por decisões eficientes. Nesse sentido, indaga a professora Sztajn (2005, p. 81):

Por que não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e Eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar o melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva, pois a perda de recursos/esforços representa custo social.

A análise econômica do direito tem contribuído: no jeito de calcular a indenização por perda da vida no sentido proteger de forma integral e justa os interesses de alguém; na análise dos custos de uma transação dentro e fora do processo judicial; nas leis que visam facilitar a lucratividade tratando da propriedade e dos contratos; na facilitação das transações comerciais ou nas restrições jurídicas para assegurar as transações voluntárias; no desestímulo do furto; no incentivo do intercâmbio; nas restrições jurídicas protetoras das pessoas afetadas por transações que não são partes envolvidas nelas.

Ainda, podemos arrolar outros exemplos, para melhor ilustrar as contribuições da economia para a análise do direito. A advocacia se divide em transações (que delineiam os

negócios), regulamentação (que são as restrições jurídicas) e litígio. O processo judicial litigioso se resolve em julgamentos decorrentes de disputas que custam muito. Uma análise da eficiência do litígio pode ajudar uma empresa a economizar recursos na resolução de uma disputa hostil, assim como um contrato eficiente pode aumentar os lucros numa transação amistosa. A economia prevê a implementação e os efeitos das políticas públicas sobre a distribuição de renda e riqueza entre classes e grupos. Um bom sistema jurídico mantém a lucratividade das empresas e o bem-estar do povo alinhados, de modo que as pessoas que buscam lucros também beneficiem o público. Logo, não há razão para distanciar a justiça de eficiência, por isso Casamiglia *apud* Silveira (2009, p. 76) afirma que há uma conexão entre ambos em pelo menos cinco sentidos:

1) uma sociedade idealmente justa é uma sociedade eficiente; 2) uma sociedade justa e equitativa dificilmente será uma sociedade que desperdiça, não utiliza ou sub-utiliza recursos; 3) a eficiência é uma componente da justiça, embora não seja nem o único, nem o principal critério de justiça; 4) a eficiência, entendida como processo de maximização da riqueza social, exige intervenções regulatórias, corretivas ou estratégicas do Estado no mercado; e 5) exige uma utilidade em observar se os mecanismos jurídicos de controle são eficientes na produção de riqueza social.

## 2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A TRIBUTAÇÃO

### 2.1 As funções do tributo no Estado brasileiro

O papel do Estado é sempre elemento de discussão no âmbito das relações sociais. A sociedade constituiu o Estado para que as funções primordiais sejam executadas, tais como a manutenção da ordem e da segurança interna, a garantia da defesa externa, o estabelecimento do ordenamento jurídico regulador do convívio social, a cobrança de tributos e a manutenção de um quadro administrativo que possibilite execução dos serviços públicos. Essas funções serão realizadas pela administração pública por intermédio de políticas públicas, tendo como referência a sociedade, porém elas dependem da “atividade financeira do Estado”, que visa à obtenção, a administração e o emprego de meios de recursos financeiros que lhe possibilitem o desempenho daquelas outras atividades que se referem à realização dos seus fins.

A obtenção de recursos pelo Estado se dá pela exploração de seu próprio patrimônio ou interferindo na riqueza individual das pessoas através da tributação, sendo assim, através dos tributos o Estado retira parcela da riqueza privada transferindo-a para a coletividade dentro da estrita legalidade que o sistema normativo permite. No Brasil, a Constituição Federal, fonte primária de toda ordem jurídica, institui o Sistema Tributário Nacional em seus artigos 145 a 162. A Constituição não cria tributo. No entanto, cumpre papel essencial na construção do

sistema ao definir as competências tributárias, ao consagrar os princípios e normas gerais de direito tributário, ao instituir limitações ao poder de tributar e ao estabelecer a repartição das receitas tributárias.

O poder de tributar é inerente ao Estado e decorre do seu poder de império. Para Bastos (1998, p. 97) só o Estado “[...] reúne poderes que lhe permitem arrecadar recursos financeiros de forma impositiva e coercitiva, é dizer, com uma força jurídica tal, que independe da vontade individual do contribuinte”. Entretanto, a instituição, a arrecadação e a fiscalização dos tributos são limitadas pela Constituição Federal de 1988, assegurando ao cidadão garantias contra a ação do Estado. A partir daí, de um lado, tem-se a necessidade de todos contribuírem, e de outro lado, o respeito aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte pelo poder tributante.

Essa obtenção de recursos dentro dos parâmetros constitucionais evidencia a função de fiscalidade do tributo, ou seja, aquela cujo fim preponderante é arrecadar dinheiro aos cofres públicos, mas há também a função extrafiscal do tributo, que nas palavras de Fanucchi *apud* Domingues (2007, p. 38) seria aquela que atende “a outros fins que não a arrecadação, mas, geralmente, à correção de situações sociais indesejadas e à condução da economia – estímulo ou desestímulo de certas atividades”. Ataliba *apud* Schoueri (2005, p. 33) define extrafiscalidade como “o emprego dos instrumentos tributários – evidentemente por quem os tem à disposição – como objetivos não fiscais, mas ordinatórios” [...] a extrafiscalidade fica caracterizada pelo “emprego deliberado do instrumento tributário para finalidades [...] regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política”.

Rothmann *apud* Schoueri (2005, p. 33) conceitua extrafiscalidade como a “aplicação das leis tributárias, visando precipuamente a modificar o comportamento dos cidadãos, sem considerar o seu rendimento fiscal”. Para Gouveia *apud* Mendes (2009, p. 62) a função extrafiscal do tributo importa realizar os fins constitucionais do Estado mediante “a canalização de recursos para finalidades específicas e a criação de estímulos que visam induzir ou reprimir comportamentos, orientando-os na busca pelos mesmos objetivos, à medida que cria diferença entre indivíduos e coisas”.

Por existir uma classificação das funções dos tributos, não implica dizer que há uma cisão total da atuação dessas funções, ou seja, na extrafiscalidade a fiscalidade também está presente. Isto quer dizer que todos os tributos cujo objetivo seja fundamentalmente fiscal podem perseguir fins extrafiscais ou produzir efeitos econômicos adicionais à mera arrecadação. Da mesma forma que os tributos com fins extrafiscais podem gerar recursos para o Estado. Desta maneira, é possível distinguir entre tributos com fins predominantemente fiscais e tributos com

fins predominantemente extrafiscais, diferenciando não como fenômenos estáticos, mas como dois axiomas finalísticos da tributação que se mesclam, em maior ou menor grau, em cada tributo e em cada momento histórico (MARTINS, 2008). Confirmando esta lição [...] Becker *apud* Schoueri (2005, p. 25-26) afirma que há na

construção jurídica de todos e de cada tributo, nunca mais estará ausente o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão sempre – agora de modo consciente desejado – na construção jurídica de cada tributo; apenas haverá maior ou menor prevalência neste ou naquele sentido, a fim de melhor estabelecer o equilíbrio econômico-social do orçamento cíclico.

## 2.2 Os tributos e a economia

Basicamente, o mercado funciona numa interação de duas variáveis, a oferta<sup>9</sup> e a demanda<sup>10</sup>, que variam em função de uma série de fatores: a demanda, conforme o preço pelo qual os produtos e serviços são ofertados e pela renda, gosto, expectativas e quantidade dos compradores; a oferta, pelo preço que o bem pode alcançar no mercado, pelo preço dos insumos necessários à sua produção, pela tecnologia disponível, pelas expectativas e pelo número de fornecedores dispostos a ofertar o mesmo bem. Neste contexto resta saber: *o que produzir*, observando a demanda, os preços e a expectativa de lucro; *como produzir*, decidindo por quais métodos produzir; e *para quem produzir*, estabelecendo o que cada qual poderia ou não consumir. Pelas regras de mercado, o aumento no preço de um bem acarreta diminuição em sua demanda, mas essa tendência depende do grau de essencialidade desse bem e, ainda, da disponibilidade ou não de bens substitutos próximos, isto é, de bens que possam ser consumidos no seu lugar (BRAZUNA, 2009).

Esse mercado é impactado por políticas econômicas que utilizam as leis para atuar sobre a economia, especialmente, protegendo os direitos de propriedade, regrando os negócios jurídicos entre agentes privados e entre eles e o Estado, definindo o acesso e saída dos mercados, estimulando a competição, e regulando tanto a estrutura como a conduta das empresas coibindo o monopólio ou afetando a baixa concorrência.

O Estado já figurou como mero vigilante de uma economia que se auto-regulava, porém, este quadro mudou e ele passou a ter um papel ativo e permanente na economia, conforme se evidenciou nas constituições do México, de Weimar e no Brasil a partir de 1934. O Estado da

<sup>9</sup> Quantidade que os produtores desejam vender por unidade de tempo.

<sup>10</sup> Desejo do consumidor de adquirir determinado produto ou serviço. Ela se encontraria em um ponto de equilíbrio com a oferta quando a quantidade do bem que os compradores desejam e podem comprar é exatamente igual à quantidade que os vendedores desejam e podem vender.

Constituição de 1988 não é neutro, o constituinte brasileiro rebelou-se com a ordem econômica e social de então, enumerando uma séria de valores sobre os quais se deveria firmar o Estado, o qual se dotaria de ferramentas hábeis a concretizar a ordem desejada, preconizando uma realidade social nova, cuja realização e concretização, por meio de medidas legais, passa a ser de interesse público, devendo o desenvolvimento econômico se afinar com o desenvolvimento humano (SHOUERI, 2005).

Grau *apud* Schoueri (2005, p. 34) designa intervenção econômica estatal como sendo “a ação desenvolvida pelo Estado no e sobre o processo econômico em direção a um mesmo objetivo: correção das distorções do liberalismo, para a preservação da instituição básica do sistema capitalista, o mercado”. Essa intervenção pode ser por indução e por direção. Grau *apud* Schoueri (2005, p. 43) define a intervenção por direção como aquela que se

apresenta por meio de comandos imperativos, dotados de ‘cogência’, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram. Norma típica de intervenção por direção é a que instrumentaliza controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los.

Complementa Schoueri (2005, p. 43-44) definindo a intervenção por indução como aquela que

caracteriza-se ante o fato de se fazer por meio de normas dispositivas. O agente econômico não se vê sem alternativas; ao contrário, recebe ele estímulos e desestímulos que, atuando no campo da formação da vontade, levam-no a se decidir pelo caminho proposto pelo legislador. Este, por sua vez, sempre deve contar com a possibilidade de seus incentivos/desincentivos não serem suficientes para a tomada da decisão pelo agente econômico, a quem, assim, é assegurada a possibilidade de adotar comportamento diverso, sem que por isso recaia no ilícito. O Estado abre mão de seu poder de dar ordens, substituindo-o por seu poder econômico, com efeito equivalente.

Schoueri (2005) lembra que a intervenção do Estado por indução pode ser dar por estímulos ou por desincentivos, no primeiro o Estado proporciona vantagens adicionais àqueles que incorrem nos atos contemplados pela norma, que não seriam obtidas no livre funcionamento do mercado; já no segundo recai sobre o destinatário da norma em custos que não lhe seriam imputados, em caso de livre curso do mercado.

Schoueri (2005) ainda assevera que essa intervenção por indução pode ser feita por “normas tributárias indutoras” e não “tributos indutores”, pois por mais que um tributo sirva de instrumento de intervenção sobre o domínio econômico, jamais se descuidará da receita dele decorrente. O legislador não precisa valer-se de um “tributo indutor”, propriamente dito, para

atingir suas finalidades, mas adotar modificações motivadas por razões indutoras em normas tributárias preexistentes, vinculando um comportamento a um conseqüente, que poderá consistir em estímulo ou num desincentivo de natureza tributária. Acrescenta Elali (2007, p. 20) que

“[...] o Estado, através da edição de normas jurídicas, detém o atributo da coerção. Pode, então, dirigir os comportamentos da sociedade. Mas, além de impor os comportamentos, através do que se chama de normas de direção, pode o Estado se utilizar da ferramenta da indução, muitas vezes mais adequada para a própria prevenção contra o cometimento de ilícitos, por nem sempre se apresentar, a direção, eficaz na busca de seus objetivos, sendo de grande relevância as políticas indutoras. E é nesse âmbito que se insere o tema da tributação, pois constitui um rico instrumento para a indução dos comportamentos dos agentes econômicos.

Selmer *apud* Schoueri (2005, p. 204) afirma que a norma tributária indutora “exerce o seu papel, privilegiando o comportamento desejado ou discriminando o indesejado, direcionando, daí, o ambiente econômico e social”. Fala-se em desincentivo quando uma norma tributária indutora torna mais oneroso o comportamento indesejado, implicando aumento dos custos do contribuinte, que, assim, fica propenso a adotar comportamento alternativo, menos oneroso, mediante a criação de um tributo antes inexistente ou pelo incremento da tributação a tal comportamento. As normas tributárias indutoras atuam, também, no sentido de incentivar contribuintes a adotarem comportamentos pretendidos pelo legislador, tendo a premissa de que os contribuintes buscam economizar tributos, aliviar a pressão tributária de modo dosado (SHOUERI, 2005).

Mohr *apud* Schoueri (2005, p. 204) distingue três fases em que o tributo pode afetar o comportamento do contribuinte: conhecimento, pagamento e incidência. A cada fase a liberdade do contribuinte é diversa. Vejamos:

Na fase do conhecimento, em que o indivíduo é confrontado com a possibilidade de tributação, goza ele de ampla liberdade, podendo ou não incorrer na tributação. Nesta fase, o grau de percepção da tributação variará em função de: i) do valor relativo do tributo; ii) de sua estrutura técnica (*i.e.*: se o tributo é perceptível ou não); e iii) de sua duração (um tributo que incide uma única vez é mais percebido que aquele que incide muitas vezes. Quanto mais previsível o tributo, tanto mais provável que o contribuinte se desvie do comportamento previsto.

Na segunda fase, a do pagamento, o grau de liberdade do contribuinte é menor, já que ele não pode mais fugir da tributação, cabendo-lhe apenas tentar escapar de suas conseqüências financeiras. O efeito tributário deste grupo será no preço ou no mercado. Assim, ter-se-á melhor efeito se o objetivo é que o aumento da carga tributária seja percebido pelo consumidor, para que este fuja do consumo tornado oneroso.

Finalmente, na fase de incidência, o tributo é inevitável e já não pode ser repassado, somente restando ao contribuinte reduzir seu consumo ou seu investimento, ou gerar mais renda, para poder suportar a sobrecarga tributária.

Sendo assim, não se estabelece uma separação tangencial entre o tributo e a economia, como diz Duverger *apud* Schoueri (2005, p. 3), no “Estado moderno, as finanças públicas não são apenas um meio de assegurar a cobertura de suas despesas administrativas, mas também e

principalmente um meio de intervir na vida social, de exercer uma pressão sobre os cidadãos para organizar o conjunto da nação”. Logo, na produção de normas jurídicas tributárias e de política fiscal pelo legislador, este não pode ignorar os ensinamentos, exigências e possibilidades trazidos pelas ciências sociais que se ocupam do tributo, notadamente, a economia (MARTINS, 2008).

No bojo de uma de suas funções constitucionais, que é de regular as relações econômicas e sociais buscando o desenvolvimento econômico pela conciliação das forças privadas de produção e as necessidades da sociedade, o Estado deve usar a tributação como um instrumento fomentador desse desenvolvimento, induzindo os agentes econômicos à prática daqueles comportamentos desejáveis na busca da ordem econômica proposta no plano da Constituição. Sendo assim, a tributação é a base financeira do Estado e tem evidentes repercussões sobre a economia, dela nascendo facilidades e/ou dificuldades para o exercício das atividades empresariais e para o crescimento econômico (ELALI, 2007). Baleeiro *apud* Schoueri (2005, p. 125) anota alguns exemplos históricos de situações nacionais e estrangeiras, para as quais o Estado usou a tributação nesses propósitos:

- a) proteção à produção nacional, agrícola ou fabril [...];
- b) combate ao luxo [...] e formação de capitais;
- c) medidas de amparo à saúde pública e à higiene alimentar [...];
- d) fragmentação de latifúndios ou remembramento de minifúndios [...];
- e) política demográfica [...];
- f) [...] indústrias novas;
- g) estímulos a construção e ao aproveitamento de áreas urbanas [...];
- h) restabelecimento da propensão ao consumo [...];
- i) preservação da moralidade e da boa-fé do povo [...];
- j) política monetária nacional [...];
- l) [...] manutenção do equilíbrio econômico pelo controle das tendências à flutuação ou de estímulo ao desenvolvimento econômico [...].

As bases (renda ou transações de bens) adotadas para a tributação provocam alguma reação no comportamento dos agentes econômicos, ora se a tributação se vincula a um comportamento ou situação relativa a um contribuinte, basta que este comportamento não seja adotado, ou que esta situação seja afastada, para que não seja devido o tributo, logo, o contribuinte tem o estímulo, diante da norma tributária, para deixar de adotar um comportamento (desestímulo para adotar outro). Sendo assim, o tributo passa a ser um elemento a ser considerado pelo contribuinte quando da tomada de uma decisão juntamente com os demais custos (SHOUERI, 2011).

Quando o Estado cria algum tributo incidente sobre as trocas econômicas, o sistema de preços do mercado altera-se, obrigando o produtor a repassar o custo da tributação para o preço

do bem, o que causa uma diminuição na quantidade de bens demandada. Acrescenta-se que boa parte do tempo necessário para abrir ou encerrar uma empresa se deve a obrigações tributárias, e isso tem um efeito direto na atividade privada, portanto, o sistema tributário está repleto de custos de conformidade e gerador de imensos custos de transação (CARVALHO, 2008). Shoueri (2011, p. 32) assevera que “ao afetar o comportamento dos agentes econômicos, o tributo poderá influir decisivamente no equilíbrio antes atingido pelo mercado”.

Uma alta carga tributária representada pelos excessivos encargos trabalhistas, tributos previdenciários, tributos federais, estaduais e municipais, complexidade na legislação, em junção aos inerentes problemas da atividade empresarial, transformam o exercício empresarial numa atividade das mais penosas, motivando o empresário a tomar medidas e fazer escolhas em prol da sua sobrevivência, incorrendo, não raras às vezes, no fechamento de suas empresas, demitindo funcionários e escorregando, intencionalmente ou não, para informalidade e ilegalidade.

Os tributos produzem efeitos no processo econômico de produção, distribuição e consumo, Neumark *apud* Schoueri (2005, p. 204) afirma que cabe ao Estado “i) ignorar tais efeitos; ii) conhecê-los, mas não os levar em conta; ou iii) conhecê-los e utilizá-los para, por meio da política tributária, atingir objetivos econômicos”, consideramos esta última posição como a correta. E ainda indaga Martins (2008, p. 143) se “é possível conceber a interpretação e a aplicação do direito tributário ou do direito financeiro sem considerar os efeitos sobre a dimensão econômica da sociedade civil? Será possível interpretar e aplicar o direito sem considerar as consequências? A resposta é não”.

### **2.3 A tributação numa perspectiva da análise econômica do direito**

Usando as palavras de Silveira (2009, p. 44) ao dizer que “as decisões em matéria fiscal afetam o comportamento de milhões de indivíduos e a possibilidade de determinar o peso de certos tributos, sua influência sobre o consumo, a renda ou o patrimônio são dados que não podem apresentar respostas precisas”, passamos a analisar uma perspectiva da análise econômica do direito sobre a tributação, não com a intenção de esgotar o tema, mas de dar alguma contribuição a estes estudos.

A tributação é introduzida no ordenamento jurídico por intermédio de normas jurídicas orientadas por valores oriundos do contexto extralegal, recebendo uma carga de significados que são adotados no direito numa conexão entre eficiência e justiça. Essas normas jurídicas são programações intersubjetivas e interpessoais, ou seja, trata das expectativas intersubjetivas no

tempo, sendo criadas num determinado momento para regular condutas presentes ou futuras moldando programações comportamentais de forma imediata e a longo prazo (SILVEIRA, 2009).

Dentre os valores que permeiam o direito e a economia, podemos retomar a justiça e a eficiência, não no sentido de submissão do Direito à Economia, sacrificando os direitos individuais ou afetando o respeito aos contratos e a sua fiel execução, mas no sentido da busca de uma justiça eficiente, no tempo e na qualidade. A justiça deve ser eficiente e humana, garantindo não só a legalidade, como também a segurança jurídica, pois ambos os princípios tem o mesmo valor. O estudo deste dilema entre eficiência e justiça apresenta -se no centro das investigações acerca das funções do tributo, por ser a principal fonte de recursos para o Estado cumprir as suas finalidades e por produzir efeitos sobre a economia, seja gerando novas distorções, seja como instrumento para atingir finalidades estatais, merecendo, destarte, instrumentos de controle e correção. Shoueri (2011, p. 36 e 37) complementa dizendo que

[...] uma má política tributária pode implicar perdas de eficiência, a tributação pode igualmente ser usada para corrigir as falhas de mercado, gerando maior eficiência.

[...]

[...] a tributação, conquanto oferecendo o risco de gerar ineficiência na busca da equidade, tem pela frente espaço onde esse dilema pode ser resolvido de modo positivo, quando o tributo, ao alocar recursos entre o setor público e o privado, e entre os agentes deste, acaba por induzir comportamentos de acordo com objetivos da própria política econômica.

Neste aspecto contribui Carvalho (2008, p.11) ao dizer que

a tributação sempre é nociva, do ponto de visto econômico, isto é, sempre gera ineficiência. Por certo que isso não faz com que se deseje eliminar a tributação, pois o Estado não é possível sem ela, e como este é necessário para proteger direitos individuais, também o é a tributação (um mal necessário, portanto). [...]. O que se deseja, do ponto de vista de eficiência econômica, é a limitação da tributação em um ponto que não iniba a atividade privada, única geradora de riqueza para a sociedade. Daí a importância do direito tributário, principalmente das limitações ao poder de tributar.

Algumas escolas do movimento pela análise econômica do direito entende a tributação de uma forma: a tributação como custo da transação (escola de Chicago), a tributação como escolha pública (escola da *public choice*), a tributação e a maximização da riqueza (*law and economics*), a tributação como instituição (institucionalistas). Passemos a destacar os seus principais argumentos.

Segundo a escola de Chicago estuda os motivos que levavam o mercado criar firmas, formas societárias, tipos contratuais diversos, montar uma determinada estrutura financeira e mesmo regulamentar instituições jurídicas diferentes, como forma de reduzir os custos de transação e a complexidade, incerteza e imprevisibilidade, dotando os agentes econômicos de

signos de programação de condutas intertemporais, evitando o custo de parar a produção ou a circulação com discussões e decisões sobre fatos já acordados. Neste contexto, a tributação torna-se determinante, influenciando decisivamente as escolhas dos agentes econômicos, um custo de transação, na medida em que se constitui em um custo para a formalização de um negócio jurídico, como também, em face das inseguranças decorrentes de um sistema tributário imperfeito e ineficiente implicam em maior incerteza na contratação e, portanto, em um custo de transação maior (SILVEIRA, 2009). Silveira (2009, p. 23) entende que a tributação pode ser tratada como sendo um custo de transação nas seguintes situações: “i) insegurança jurídica; ii) sonegação; iii) burocracia fiscal; iv) incentivos fiscais e v) elevadas penalidade em matéria tributária”. Não resta dúvida, que alguém pensará antes de abrir uma empresa formal se os custos de transação forem superiores à atuação mediante uma empresa informal.

A escola da *public choice* parte da análise do desempenho da tributação no processo de formação do consenso social e da capacidade individual do contribuinte, onde as pessoas (pelos seus interesses de classe, grupo, região, profissão, ocupação ou atividade) com o aumento na tributação demandam de forma crescente por distribuição localizada de recursos, mesmo diante de uma capacidade limitada de arrecadação do Estado, impulsionando as instituições fiscais a fazerem escolhas prévias a partir de uma equação entre a demanda por investimentos públicos e os custos de seu suprimento (BUCHANAN *apud* SILVEIRA, 2009). Para Nicklas Berggren e Nils Karlson *apud* Silveira (2009) num constitucionalismo, este processo de escolha deve seguir a regra da maioria, a proteção de direitos individuais, um sistema rígido de repartição de competências numa Constituição formal e na tipicidade fechada com vista a um sistema institucional tributário estável, claro, simplificado, prático e confiável.

Posner *apud* Silveira (2009) ainda observa que o governo tem interesse, em matéria tributária, manter uma legislação complexa, altamente detalhada, frequentemente alterada pelo Congresso e pelo Tesouro Nacional a uma administração judicial fundada em padrões flexíveis. Para North e Davis *apud* Silveira (2009) distingue ambiente institucional, como as regras explícitas e formais (constituições, leis e códigos) ou implícitas e informais (convenções sociais e regras morais) que orientam o comportamento individual; dos arranjos institucionais, que se dirigem aos objetivos e escolhas realizadas pelos atores individuais de modo específico para determinar relações econômicas específicas (como contratos, firmas, empresas etc.).

É certo que sistemas jurídicos mais abertos a inovações (principalmente as feitas pelos juízes), como a *Common Law*, são mais aptos a sofrerem influência de considerações econômicas. O sistema tributário brasileiro, pela regra da tipicidade cerrada, deixa pouca margem para inovações do juiz. Ainda assim, mesmo em nosso sistema jurídico de linha

romano-germânica, há diversas situações aonde as soluções não vêm de meros silogismos, pois o tributo não apenas implica uma forma de arrecadação de recursos para a prestação de serviços públicos, mas também age sobre o nosso comportamento, tornando mais cara a aquisição de bens (punindo economicamente) ou mais barata a aquisição de outros (premiando) (SILVEIRA, 2009).

A Constituição, ao estabelecer os objetivos nacionais, utiliza-se de dados do mundo real, que correspondem ao sistema econômico, criando facilidades para o desenvolvimento de atividades econômicas consideradas prioritárias, podendo facilmente usar a tributação com tal desiderato, sem dúvida um instrumento de indução econômica, devendo-se analisar, por meio dos instrumentos econômicos, o que é eficiente e o que é ineficiente para o sistema social (ELALI, 2007).

Afastado o dogma da neutralidade da tributação. Outro ponto relevante dessa intervenção por indução é a de considerar o mercado como um cenário em que o destinatário da norma pode decidir pela conveniência, ou não, do seu comportamento. Assim, quando um instrumento tributário é usado como instrumento para internalizar as “externalidades”, o que faz é transferir ao mercado, por meio do mecanismo do preço, aqueles custos, cabendo aos produtores e consumidores decidir, em última instância, sobre o sucesso ou o fracasso de um produto, cita-se como exemplos: com o incremento da tributação de um produto poderá implicar um menor consumo, conforme esteja ou não o mercado disposto a assumir tais custos; certas isenções podem estimular o consumo de determinados produtos (SHOUERI, 2005).

Certamente, que a introdução de um tributo altera a eficiência do mercado, induzindo o contribuinte a moldar seu comportamento no intuito de maximizar seus interesses com base numa economia de tributos. Então se pergunta: se ao contribuinte, enquanto particular, não é vedada determinada prática que lhe incorreria menor carga tributária, porque deveria realizar outra prática que lhe oneraria em montante maior? Certamente responderá aos incentivos que lhe são postos buscando maximizar seus interesses como representação efetiva do seu bem e evitar prejuízos, num mercado onde os agentes econômicos travam constante batalha na procura da maximização de seus lucros (REIS NETO, 2012). Pimenta *apud* Reis Neto (2012, p.11) confirma ao afirmar que

A partir da premissa de que os atores econômicos racionalmente buscam as opções de conduta que maximizem seus interesses, podemos concluir que o empresário somente se dedicará à empresa se os custos que ela acarretar – sejam de produção, sejam de oportunidade ou de transação – forem menores que seus ganhos, compreendidos, nesse caso, exclusivamente pelo sentido monetário da palavra. Sob a perspectiva do empresário, a empresa somente.

Logo, a oferta e a demanda serão afetadas pela cobrança e arrecadação de tributos, pois a tributação impactará nos preços dos insumos adquiridos e dos bens e serviços ofertados ao consumo, interferindo no equilíbrio normal do mercado, elevando preços e reduzindo quantidades ofertadas. Neste sentido Brazuna (2009, p. 44) afirma que

Em qualquer situação, seja cobrado do vendedor, seja do comprador, seja sobre a produção, seja sobre o consumo, seja sobre a renda, o tributo interferirá no equilíbrio do mercado e não necessariamente terá seu ônus financeiro arcado por aquele que foi escolhido pelo legislador para efetuar o seu pagamento ao Estado, mas, sim, por aquele a quem o ônus puder ser transferido conforme as leis de funcionamento do mercado e de alocação dos recursos econômicos.

Em estudo, Edwin R. A. Seligman *apud* Brazuna (2009, p. 44) elenca quatro reações possíveis que podem ser adotadas pelo agente econômico afetado pela imposição tributária:

Repercussão: processo de transferência do ônus financeiro do tributo daquele que o paga para outra pessoa que efetivamente irá suportar, podendo isso ocorrer do comprador para o vendedor ou do vendedor para o comprador;

Amortização: processo de redução antecipada do preço de um bem de acordo com o valor dos tributos que sobre ele incidirão até o consumo [...];

Transformação: processo de recuperação do tributo pago através do aprimoramento do processo produtivo, de maneira a compensar o custo tributário com a redução de outro custo envolvido na produção [...];

Evasão: alteração de comportamento dos agentes econômicos de maneira a não efetuar o pagamento do tributo cobrado, o que pode ser feito de maneira lícita ou ilícita [...].

Cumpram ressaltar que, a Evasão<sup>11</sup> e a elusão<sup>12</sup> fiscal, como duas formas de descumprimento da legislação tributária e da fuga do dever de pagar tributos prejudicam a economia, traduzindo-se em concorrência desleal, falta de equidade fiscal, reduzindo a eficiência econômica e a justiça fiscal do sistema tributário (SILVEIRA, 2009). Allingham e Sandmo *apud* Silveira (2009, p. 346-347) afirmam que o sonegador “calcula de modo racional o risco de sua conduta e os ganhos esperados e, dessa forma, tenta maximizar a utilidade esperada com fulcro no resultado do cálculo entre os ganhos, os riscos calculados, a punição aplicada e a probabilidade de sua descoberta”. Dentro desta lógica mercadológica, Siqueira e Ramos *apud* Silveira (2009, p. 347-348) concluíram em estudo que:

i) o aumento nas probabilidades de detecção da infração e nas penalidades reduzem a evasão do imposto sobre a renda da pessoa física; ii) existem diferenças regionais, em face da capacidade de os contribuintes perceberem de modo diverso o risco de sua conduta e iii) um aumento da alíquota marginal do imposto, como penalidade para o comportamento evasivo, também reduz a evasão.

Paul Hugon *apud* Brazuna (2009, p. 46), a semelhança ao Edwin R. A. Seligman, separa em quatro os efeitos que a tributação exerce sobre a economia, a saber:

<sup>11</sup> Caracteriza-se pelo descumprimento direto da obrigação de pagar impostos.

<sup>12</sup> Trata-se de um comportamento mais sofisticado e complexo, que almeja burlar indiretamente o dever fiscal de pagar tributos por meio de subterfúgios e comportamentos maliciosos.

- percussão: impacto do tributo sobre o indivíduo que o paga em primeiro lugar;
- repercussão (econômica): transferência do ônus do tributo, por aquele que o pagou, para outra pessoa;
- incidência (econômica): impacto do tributo para aquele que não consegue transferir o seu ônus para outrem, nem rejeitá-lo [...];
- difusão: ocorre quando o pagador do tributo não consegue repercutir a totalidade do que foi recolhido, sendo portador definitivo da parcela do imposto não transferida.

Ao tributar, esclarece Shoueri (2011, p. 33), o Estado acaba por produzir efeitos na economia, tais como:

Distributivos: quando se tem em conta que é possível, com a tributação, redistribuir a renda, tirando mais de uns e aplicando mais em favor de outros. No Estado social, a redistribuição visa a redução de desigualdades sociais;

Alocativos: quando se tem em conta que a própria incidência do tributo não é neutra sobre a economia, pois acaba por ter reflexos na forma como a totalidade dos recursos é dividida para utilização no setor público e no setor privado. Reflexo da função alocativa, tem-se a indução de comportamentos. Afinal, a tributação se vincula a comportamentos humanos e a incidência tributária passa a ser um fator a ser considerado na própria decisão do agente econômico;

Estabilizadores: quando se tem em conta que a política fiscal deve ser formulada objetivando alcançar ou manter um elevado nível de emprego, uma razoável estabilidade no nível de preços, equilíbrio na balança de pagamentos e uma taxa aceitável de crescimento econômico.

Avaliando o impacto tributário na alocação de recursos econômicos, Bernard Salanié *apud* Brazuna (2009, p. 49 e 50), destaca como exemplos:

- o impacto da criação ou do aumento de um tributo sobre a folha de salários, o qual, independentemente de quem efetua o recolhimento ao Estado, provocará: i) diminuição dos salários líquidos, se a demanda por emprego for mais elástica do que a oferta; ii) aumento dos salários brutos, se a demanda de emprego for menos elástica do que a oferta; ou iii) diminuição geral no nível de emprego, quanto mais demanda e oferta forem elásticas; e
- o impacto da criação ou aumento de um imposto sobre valor agregado incidente em veículos automotores, que pode provocar: i) aumento de preços de automóveis, se a elasticidade de sua demanda for menor do que a da oferta; ii) redução de preços, se elasticidade da oferta for menor do que a da demanda; iii) redução do número de veículos vendidos em estado de equilíbrio, se demanda e oferta forem mais elásticas; iv) se a demanda for muito mais elástica do que a oferta, dificilmente haverá interferência no preço; ou v) se a oferta for muito mais elástica que a demanda, o imposto será totalmente transferido para o consumidor.

Brazuna (2009, p. 47) afirma que a imposição tributária acarreta necessariamente:

- aumento no custo da mercadoria ou do serviço (percussão), que o produtor procurará incorporar ao respectivo preço (repercussão econômica) ou se as condições de mercado não lhe permitirem a elevação do preço, o produtor será obrigado a retirar o custo tributário dos seus lucros, completa (incidência econômica) ou parcialmente (difusão);
- ocorrendo os fenômenos da incidência econômica ou da difusão, a produção do bem ou serviço tenderá a diminuir. Assim os produtores marginais serão obrigados a suspender sua produção, deslocando os respectivos fatores produtivos, se possível, para a produção de outros bens ou serviços não tributados ou sujeitos a um menor ônus fiscal;
- a saída desses produtores marginais do mercado provocará uma redução na oferta do respectivo bem ou serviço, causando elevação do preço, o que, finalmente, equivalerá à repercussão econômica para o consumidor daquele aumento original da carga tributária.

Detendo-se ao fenômeno da repercussão econômica, Brazuna (2009, p. 50) acrescenta:

- se o custo da produção for decrescente conforme aumente a quantidade produzida, a imposição do tributo provocará alta no preço, levando o produtor a repassar a elevação do custo por unidade produzida;
- se o custo de produção for constante, aumentando proporcionalmente ao aumento da quantidade produzida, a repercussão econômica do imposto poderá ser maior; e
- se o custo da produção for crescente, a imposição de um tributo acarretará um forte aumento de preço, a retração da procura e a queda da produção, de maneira que, quanto mais a produção cair, menor será o custo por unidade e maior o lucro do produtor.
- [...] quanto mais geral for o tributo, mais difícil será sua repercussão econômica; e [...] quanto mais pesado for seu ônus financeiro, maior será a sua repercussão econômica.

Nos seus estudos, Silveira (2009, p. 104-106) elenca os efeitos gerais da tributação na economia quanto aos tributos que recaem sobre a renda, o capital, o consumo e a folha de pagamento, senão vejamos:

i) Os efeitos gerais da tributação a renda das pessoas físicas

A tributação da renda afeta a oferta de mão-de-obra, em primeiro lugar diminuindo a renda e, em consequência, implicando uma diminuição do tempo livre o que resulta numa oferta maior de força de trabalho. A redução dos salários pelo aumento da oferta de força de trabalho, por sua vez, diminui novamente a renda e por conseguinte torna menos atrativa a oferta de trabalho, incentivando o suprimento de atividades no setor informal da economia, em tempo integral ou parcial, dado que este é um setor não tributado.

A tributação, neste sentido, deve agir de modo a influenciar o mínimo possível a oferta de trabalho, sem estimular o mercado informal, reduzindo minimamente a renda pessoal.

ii) Os efeitos gerais da tributação sobre o capital

O aumento de preços decorrentes da tributação acarreta dois efeitos: a) efeito sobre a renda, visto que o aumento de preços implica um estímulo à poupança e b) efeito de substituição, dado que o aumento dos preços torna no futuro o consumo mais caro, reduzindo a poupança realizada inicialmente. Esse mesmo efeito pode ser observado na diminuição da poupança (riqueza acumulada) sob a forma de patrimônio ou na herança. Igualmente, a tributação irá influenciar a tomada de decisões dos agentes econômicos no enfrentamento de certos riscos.

A tributação, desse modo, deve procurar incentivar a poupança, mas também não provocar um efeito posterior de retirada do estímulo da poupança pelo aumento de preços. A tributação progressiva com alíquotas decrescentes, ou seja, tanto menor quanto maior o tempo que passar entre a aplicação e o resgate, parece ser a solução ideal.

iii) Os efeitos gerais da tributação sobre o consumo

Os efeitos da tributação sobre o consumo dependem de capacidade de se realizarem escolhas econômicas e mudanças de comportamento (elasticidade). Desse modo, quanto menor for a possibilidade de alterar minhas escolhas e mudar meu comportamento, menor será a elasticidade desta situação. Assim, se a demanda possuir maior elasticidade do que a oferta, então a tributação sobre o consumo influenciará pouco o preço ao consumidor e, portanto, os produtores carregarão todo o peso da tributação.

Se, por outro lado, a oferta possuir maior elasticidade do que a demanda, então o peso da tributação sobre o consumo será transferido diretamente para o consumidor. A regra poderia ser explicada da seguinte forma: a parte do ciclo econômico (produção ou consumo) que possuir menor flexibilidade para alterar o seu comportamento econômico e não puder realizar escolhas alternativas irá suportar a maior parte do peso da tributação.

A neutralidade fiscal deve ser alcançada, assim, diminuindo-se os efeitos da tributação sobre setores rígidos, de modo a não criar ineficiências no sistema, que provoquem um

enfraquecimento do lado da oferta (produção) ou do consumidor, o que em longo prazo pode implicar sérias distorções no sistema produtivo ou na renda geral da sociedade.

iv) Os efeitos gerais da tributação sobre a folha de pagamentos

Na maioria dos países a seguridade social é financiada pela tributação sobre a folha de pagamento e, muitas vezes, há uma repartição de ônus entre empregados e empregadores. Tal distinção, contudo, é considerada irrisória, visto que o impacto na oferta de trabalho e no emprego será o mesmo.

Novamente, o impacto da tributação deverá ser medido pela elasticidade, ou seja, flexibilidade em encontrar soluções alternativas perante o aumento ou diminuição da demanda e oferta de força de trabalho. Tomemos os seguintes exemplos:

- trabalhadores menos qualificados geralmente possuem menores possibilidades de competição no mercado, estando mais sujeitos ao aumento de carga na folha de pagamentos, visto que estão mais sujeitos a reduções de produção ou lucratividade;

- trabalhadores mais qualificados geralmente estão menos sujeitos ao desemprego por possuírem maior empregabilidade e escassez e, portanto, a demanda por parte desses profissionais tende a ser menos elástica;

- sexo, as trabalhadoras mulheres tendem a possuir maior elasticidade, podendo optar por se dedicarem (total ou parcialmente) ao cuidado dos filhos e deixar o trabalhador masculino com a tarefa de sustento. Trabalhadores do sexo masculino e menos qualificados possuem pequeno grau de elasticidade, estando mais sujeitos aos efeitos do aumento da tributação da folha de pagamento.

A tributação, dessa forma, deve se preocupar com os seus efeitos sobre o mercado de trabalho, tentando evitar que se torne um fator de desemprego ou desabastecimento do mercado de profissionais qualificados.

Sendo assim, o Estado não pode desprezar as repercussões econômicas decorrentes da criação dos tributos, dos deveres burocráticos das atividades econômicas, da alta carga tributária, do descumprimento do dever de pagar os tributos, do aumento de preços, da redução de oferta, da redução de demanda, eliminação de consumidores e produtores marginais que causa a diminuição dos excedentes do consumidor<sup>13</sup> e do produtor<sup>14</sup> e, conseqüentemente, causa a diminuição do bem-estar econômico. Devendo, portanto, considerar tais repercussões seja no momento da criação das normas tributárias ou promovendo estímulos através da própria tributação para o fortalecimento da economia, seja por razões eminentemente econômicas ou sociais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito e a economia sempre tiveram uma conexão em face das necessidades humanas e a escassez dos recursos disponíveis para satisfazê-las. Estudar o direito isoladamente tem sido um equívoco, pois as respostas do formalismo jurídico não tem sido satisfatórias em face da realidade. Quantas vezes se elaborariam leis a partir do questionamento do quanto ele afetaria o comportamento dos seus destinatários ou quais seriam as suas repercussões na economia. O

---

<sup>13</sup> Conforme Brazuna (2009, p. 51), excedente do consumidor corresponde a diferença entre aquilo que estaria ele disposto a pagar por determinado bem e aquilo que acaba efetivamente pagando, em conformidade com o preço estabelecido pelas leis de mercado.

<sup>14</sup> Conforme Brazuna (2009, p. 51), excedente do produtor, por sua vez, equivale à medida do benefício que ele obtém do mercado, consistente na quantia que o vendedor recebe pelo bem, menos seu custo de produção.

movimento da análise econômica do direito se propõe a fazer esse estudo, abrindo linhas de reflexão e pesquisa envolvendo as interfaces da economia e do direito, abordando o direito a partir dos métodos científicos da economia com visões mais pragmáticas que buscam verificar em que medida a economia é útil para identificar observações empíricas sobre o comportamento jurídico, como também propõe o que seria melhor, a partir de juízos de valor subjetivos, no que tange a objetivos econômicos, as prescrições sobre como a economia deveria funcionar. A análise de custos e benefícios funcionaria no direito como uma forma de estímulo ou desincentivo a determinadas condutas, um instrumento modulador em cada conduta social envolvida, precificando os custos de envolvimento em determinado comportamento.

Os agentes econômicos que atuam ou que atuarão no mercado devem considerar o ambiente normativo, as instituições jurídicas e as regras que modelam as relações subjetivas, devem levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. E ainda, deve avaliar a qualidade dos instrumentos legais, de acordo com métricas econômicas predefinidas, como o sistema de prêmios e punições. Um instituto jurídico que deve ser considerado pelos agentes econômicos e pelo Estado é o tributo, pelo Estado por ser a principal fonte de receita pública e pelo agente econômico que está impelido constitucionalmente de paga-los. Sendo assim, o tributo passa a ser um elemento a ser considerado pelo contribuinte quando da tomada de uma decisão juntamente com os demais custos.

Quando o Estado cria algum tributo incidente sobre as trocas econômicas, o sistema de preços do mercado altera-se, obrigando o produtor a repassar o custo da tributação para o preço do bem, o que causa uma diminuição na quantidade de bens demandada. Acrescenta-se que boa parte do tempo necessário para abrir ou encerrar uma empresa se deve a obrigações tributárias, e isso tem um efeito direto na atividade privada, portanto, o sistema tributário está repleto de custos de conformidade e gerador de imensos custos de transação.

Uma alta carga tributária representada pelos excessivos encargos trabalhistas, previdenciários, tributos federais, estaduais e municipais, complexidade na legislação tributária, ineficiência no combate a concorrência desleal, transformam o exercício empresarial numa atividade penosa, motivando o empresário a tomar medidas e fazer escolhas em prol da sua sobrevivência, incorrendo, não raras às vezes, no fechamento de suas empresas, demitindo funcionários e escorregando, intencionalmente ou não, para informalidade e ilegalidade.

Nessa análise econômica da tributação, não compreendemos que deva haver uma submissão do Direito tributário à Economia, com sacrifício de direitos individuais do contribuinte ou afetando o respeito aos contratos e a sua fiel execução para que haja uma maximização de riquezas, mas a busca de uma justiça eficiente, no tempo e na qualidade. A justiça deve ser eficiente e humana, garantindo não só a legalidade, como também a segurança jurídica, pois ambos os princípios tem o mesmo valor. A tributação constitui um custo para a formalização de um negócio jurídico e em face das inseguranças decorrentes de um sistema tributário imperfeito e ineficiente haverá uma maior incerteza na contratação e um custo de transação maior.

Logo, a tributação pode ser vista como estímulo ou desincentivo na precificação dos custos de envolvimento de um determinado comportamento do contribuinte, pois alguém pensará antes de abrir uma empresa formal, se os custos de transação forem superiores à atuação mediante uma empresa informal, certamente responderá aos incentivos que lhe são postos buscando maximizar seus interesses como representação efetiva do seu bem e evitar prejuízos, num mercado onde os agentes econômicos travam constante batalha na procura da maximização de seus lucros.

A oferta e a demanda são afetadas pela cobrança e arrecadação de tributos, pois a tributação impactará nos preços dos insumos adquiridos e dos bens e serviços ofertados ao consumo, interferindo no equilíbrio normal do mercado, elevando preços e reduzindo quantidades ofertadas. As evasões e a elusão fiscal, como duas formas de inadimplemento tributário, prejudicam a economia traduzindo-se em concorrência desleal.

Sendo assim, não com a intenção de esgotar o tema, mas de dar alguma contribuição ao seu estudo, concluímos que o Estado não pode desprezar as repercussões econômicas decorrentes da criação dos tributos, dos deveres burocráticos das atividades econômicas, da alta carga tributária, do descumprimento do dever de pagar os tributos, do aumento de preços, da redução de oferta, da redução de demanda. Devendo, portanto, considerar tais impactos seja no momento da criação ou aplicação das normas tributárias ou promovendo estímulos através da própria tributação para o fortalecimento da economia, seja por razões eminentemente econômicas ou sociais.

## REFERÊNCIAS:

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Revista: Direito, Estado e Sociedade, v.9, n.29, jul/dez 2006, p. 49-68.

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. **Defesa da concorrência e tributação à luz do artigo 146-A da Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARVALHO, Cristiano. **A Análise Econômica do Direito Tributário**. In: SCHOEURI, Luis Eduardo (coord). **Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1-21

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: SANDER, Luís Marcos; COSTA, Francisco Araújo da. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999.

DIB, Simone Faury (Coord.). **Roteiro para apresentação das teses e dissertações da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: UERJ, Rede Sirius, 2007. 133 p.

DOMINGUES, José Marcos. **Direito tributário e meio ambiente**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ELALI, André. **Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais**. São Paulo: MP, 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e economia: introdução ao movimento *law and economics***. Revista Jurídica Brasília. Junho/julho 2005. Vol. 7, nº 73: p. 01-10.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARTINS, Gustavo do Amaral. **Mercado e tributação: os tributos, suas relações com a ordem econômica e a necessidade de considerá-la na interpretação e aplicação do sistema tributário (ou será possível interpretar e aplicar o sistema tributário sem considerar os reflexos sobre a ordem econômica?)**. In: DOMINGUES, José Marcos (coord). **Direito tributário e políticas públicas**. São Paulo: MP, 2008, p. 113-149.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade: análise semiótica**. 2009. 319 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MOTA, Mauricio; BARRETTO, Vicente de Paulo. **Por que estudar Filosofia do Direito? Aplicações da Filosofia do Direito nas Decisões Judiciais**. 1. ed. Brasília: ENFAM, 2011.

POSNER, Richard Allen. **A economia da Justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REIS NETO, João Salvador dos. **A questão da tributação sob a ótica do direito e economia**  
<[www.revistadedireito.kennedy.br/art/downloadPDF.php?pdf=Artigo8](http://www.revistadedireito.kennedy.br/art/downloadPDF.php?pdf=Artigo8)>, acesso em 19/03/2012, p. 1-22.

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

\_\_\_\_ \_ \_ \_ \_ . **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.