

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO E COLISÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS: UM CASO CONCRETO.

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/5sb875z8>

Authors

Carvalho, Cristiano
Mattos, Ely José de

Publication Date

2008-05-20

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO E COLISÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS: UM CASO CONCRETO.

ECONOMIC ANALYSIS OF TAX LAW AND CONFLICT OF LEGAL PRINCIPLES: AN ACTUAL CASE.

Authors:

Cristiano Carvalho (Master and Ph.D. in Tax Law – PUC/SP, Visiting Scholar at U.C. Berkeley. Professor of Law at IBET and Unisinos) ccarvalho@berkeley.edu

Ely José de Mattos (Master in Economics – UFRGS. Professor of Economics at UFRGS) elymattos@gmail.com

Resumo:

Esse artigo visa aplicar a Teoria da Escolha Racional ao problema da decisão do julgador em casos concretos onde há colisão de princípios jurídicos. Através da aplicação de conceitos e ferramentas da microeconomia, pretendemos oferecer alternativas para a obtenção de soluções ótimas em situações de direitos fundamentais de igual importância encontram-se em pólos opostos.

Abstract:

This paper aims to apply Rational Choice Theory to legal decisions in actual cases where there are conflict of legal principles. Through the application of concepts and tools from microeconomics, we intend to offer alternatives for reaching optimal solutions in situations where constitutional rights of equal importance and weight are diametrically opposed.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO E COLISÃO DE PRINCÍPIOS: UM CASO CONCRETO.

Cristiano de Carvalho¹

Ely José de Mattos²

1. Problema objeto: livre iniciativa VS. livre concorrência. 1.1. O caso. 1.2. Porquê a Análise Econômica no Direito para analisar o problema da colisão de princípios? 2.1. Escolha Racional. 2.2. Levando as consequências a sério. 3. Aplicações no Direito: a questão dos princípios. 3.1. Valores, escolhas e renúncias. 3.2. O que são “princípios”, afinal? 3.3. Escolha Racional, externalidades e critério de ponderação na colisão de princípios. 3.4. Entre Princípios e Regras: contradição e colisão normativa. 3.5. Ponderação entre Princípios e a Construção de Regras: restrição normativa e curvas de indiferença. 4. A Análise Econômica da decisão no caso American Virginia: elementos fundamentais envolvidos. 4.1. Aspectos decisórios do caso. 4.2 Caso American Virginia: uma decisão. Conclusões. Referências bibliográficas.

¹ Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Pós-Doutor em Direito e Economia pela University of California, Berkeley. Professor nos cursos do IBET, PUC/COGEAE, IDP, UFRGS e Escola da Magistratura do Tribunal Federal da 4^a Região. Advogado no RS e em SP.

² Economista e Mestre em Desenvolvimento Rural pela UFRGS. Doutorando em Economia Aplicada pela UFRGS. Professor Substituto do Departamento de Economia da UFRGS. Pesquisador na área de Desenvolvimento Sócio-Econômico e Economia Aplicada.

1. Problema objeto: livre iniciativa vs. livre concorrência

Trata-se de caso julgado no STF³ da fabricante de cigarros American Virginia. Esta indústria sofreu interdição por parte do Governo Federal devido, basicamente, a falta de arrecadação de Imposto sobre Produto Industrializado (IPI).

O âmago da questão, presente em todos os votos dos Ministros, é a colisão entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Cabe, preliminarmente, estabelecer a diferença conceitual entre livre iniciativa e livre concorrência. Não obstante ser comum a confusão entre ambas, o fato é que tais valores têm identidade própria e podem, inclusive, entrar em conflito.

É que a livre iniciativa não pode ser levada às últimas conseqüências, da mesma forma que a liberdade individual não pode ser levada às últimas conseqüências. A tese do Anarquismo é falaciosa justamente por retirar do Estado a função de restringir tal liberdade – uma vez que não haja restrição, ou se cai num estado hobbesiano da natureza, anômico ou logo algum(ns) indivíduo (s) acabarão por estabelecer a ordem através do uso da força.

O Estado moderno, tipicamente Constitucional e Democrático de Direito tem por premissa um contrato social onde os indivíduos, de livre vontade renunciam a parte de sua liberdade de modo a preservar a liberdade de todos. Nesse diapasão, a livre-iniciativa, se ilimitada, pode gerar paradoxalmente o seu próprio fim, seja através de monopólios e oligopólios, seja através de cartéis.

É amplamente discutível o limite de intervenção do Estado na esfera econômica. A Teoria Econômica nos mostra que, na maior parte das vezes, tal intervenção gera resultados negativos em situações onde a auto-regulação do próprio mercado já seria suficiente para corrigir os seus eventuais desvios. Da mesma forma, é bastante discutível se tal intervenção deve ser *ex-ante* (e.g., através de legislação) ou *ex-post* (e.g. através de decisões judiciais), mas é indiscutível que há situações que o Estado deve intervir, ainda que seja como árbitro em conflito de interesses.

Tércio Sampaio Ferraz Jr (2007, p. 156). distingue, com a sua habitual precisão, os conceitos de livre-iniciativa e livre-concorrência: “é importante assinalar que livre iniciativa (CF. art. 170, *caput*) e livre concorrência (CF. art. 170, IV) não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre-iniciativa e vice-versa. Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala etc., impedindo, porém que se torne instrumento de restrição estratégica à capacidade de iniciativa dos concorrentes.”

Em suma, a livre iniciativa e a livre concorrência são valores complementares, porém não idênticos. Há situações em que estes princípios entram em colisão, e o opção por um ou outro desses valores de magnitude constitucional gerará conseqüências econômicas que podem inclusive afetar terceiros externos ao conflito em questão.

³AC-MC 1657/RJ- RIO DE JANEIRO Medida Cautelar em Ação Cautelar Relator(a): Min. Joaquim Barbosa Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso Julgamento: 27/06/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-092 Divulg. 30-08-2007 Public. 31-08-2007

1.1. O caso.

Expondo brevemente o caso, a American Virginia Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Tabacos Ltda. teve o seu registro especial, previsto no Decreto-lei nº 1.593/77 cancelado, por contumaz não-pagamento de IPI. O registro é condição necessária para que se produza cigarros e o não pagamento de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal é hipótese de cancelamento do registro especial (art. 2º do Decreto-lei nº 1.593/77, com redação dada pela Lei nº 9.822/99).

Durante o processo fiscal, a Receita Federal concedeu à American Virginia o prazo de dez dias para regularização de sua situação tributária, o que significa o pagamento de todos os débitos existentes. A empresa, então, ingressou com medida cautelar para assegurar o seu direito ao livre-exercício da atividade econômica, alegando que o Estado estaria aplicando uma sanção política, ou seja, constrangimento impingindo ao contribuinte como forma de lhe coagir ao pagamento de tributo, o que é vedado pela Constituição Federal. A própria constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.593/77 foi posta em xeque, sob o argumento de que o mesmo não teria sido recepcionado pela CF 88 (arts. XIII e LIV e 170), uma vez que implicaria em sanção política.

A medida cautelar foi concedida e, depois de ajuizada a ação principal, que teve sentença favorável à empresa. A União apelou, tendo sido a sentença reformada pelo Tribunal Regional da 3ª Região. Novamente a empresa ingressou com ação cautelar no Supremo, visando obter efeito suspensivo ao seu Recurso Extraordinário, de modo a impedir a paralisação de suas atividades.

O Supremo Tribunal Federal, em plenário, decidiu por não conceder a cautelar. Os Ministros Joaquim Barbosa (relator), Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence votaram no sentido de deferir a cautelar. Os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Pelluso, Carmen Lúcia e Ellen Gracie votaram pelo indeferimento da cautelar.

O denominador comum nos votos foi a colisão entre o princípio da livre-iniciativa e o princípio da livre-concorrência. Interessante notar que ambos os valores são decorrentes do valor mais geral da liberdade econômica, não obstante o primeiro ser uma típica liberdade negativa, enquanto o último é uma liberdade positiva, que depende de intervenção do Estado, no caso, de proteção à concorrência.

O argumento em prol da livre-iniciativa foi no sentido de evitar a utilização de sanções políticas para coagir o particular a pagar seus débitos tributários, o que é vedado, inclusive, pela Súmula nº 70 do STF. Por outro lado, o argumento em prol da livre concorrência foi no sentido de evitar conferir vantagem injusta à empresa que não paga tributos, responsáveis por grande parte do preço do cigarro. Este argumento também acaba invocando o princípio da isonomia, que não obstante ser de natureza negativa, também funda, por assim dizer, a livre concorrência.

Dada esta colisão de princípios estabelecida, sugerimos uma breve análise com suporte em elementos de Teoria Econômica. Fundamentalmente, é interessante focar no mecanismo de escolha que determinou os votos a favor ou contra a medida cautelar que pedia o restabelecimento do direito de produzir da American Virginia.

Todavia, antes de adentrarmos na análise da decisão acima referida, é preciso expor a teoria com a qual pretendemos trabalhar.

1.2. Porquê a Análise Econômica no Direito para analisar o problema da colisão de princípios?

A colisão acima referida ocorre quando em relação a um mesmo caso jurídico concreto podem resultar decisões antagônicas, sendo estas fundamentáveis em princípios jurídicos de igual validade e hierarquia. Qual princípio deverá então prevalecer?

Em relação ao tema, a nossa tradicional teoria jurídica muito tem produzido sob a influência jusfilosófica, tanto norte-americana quando continental-européia.⁴ Acreditamos, entretanto, que uma contribuição teórica muitíssimo mais rica, prática e bem-sucedida está a nossa disposição há um considerável tempo, mas que apenas recentemente foi apresentada ao Brasil. Trata-se da aplicação da Economia ao Direito, ou, mais simplesmente, *Direito e Economia*. A sua superioridade encontra-se no fato da Ciência Econômica ser, de longe, a ciência social com mais êxito até hoje. Seu caráter empírico e sua forte matematização a tornaram uma ciência no mais puro sentido da palavra, pois é capaz de não apenas descrever acuradamente o seu objeto, como também prever, com razoável grau de precisão, o comportamento futuro desse mesmo objeto.

E qual objeto é esse? *A escolha humana*, ou seja, como os indivíduos escolhem agir em face de um mundo onde os recursos são escassos. Tal objeto é tão amplo que inclui, em rigor, todo o espectro da realidade social, em nível intra e intersubjetivo. Isso faz, conforme ensina Gary Becker⁵, com que a Economia seja mais um método do que uma Ciência com objeto delimitado, uma vez suas ferramentas podem ser aplicadas a todo tipo de comportamento humano⁶, regido por escolhas individuais.

Como o direito positivo prescreve condutas e (de)limita o raio dessas escolhas, ao mesmo tempo que essa própria produção normativa também é realizada por indivíduos que escolhem, e que os direitos em questão são escassos, nada mais apropriado que a Análise Econômica para descrever o fenômeno jurídico e prescrever como ele pode ser mais eficiente.

Isso se aplica de forma ainda mais dramática quando a escolha deve ser feita de forma a solucionar casos difíceis, onde há lacunas normativas ou a possibilidade de mais de um princípio ser aplicado ao mesmo caso. Para tanto, ferramentas precisas e preditivas da Economia são mais do que bem-vindas ao Direito.

⁴ Os exemplos mais comuns são a clássica obra de Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, bem como a igualmente clássica contribuição de Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, livro publicado na Alemanha em 1986. Interessante notar que Alexy aplica as curvas de indiferença econômicas como critério de ponderação entre princípios.

⁵ *The Economic Approach to Human Behaviour*, The University of Chicago Press, 2001, p.5.

⁶ Daí a interdisciplinaridade da Economia, o que permite aplicações na Psicologia, na Sociologia e também no Direito.

O que pretendemos, com este breve artigo, é, em vez de trazer uma solução propriamente dita, dar início a um debate. Entendemos que as análises de externalidades, de *trade offs*, custos de oportunidade, dentre outras categorias econômicas, devem ser levadas em conta pelos operadores do direito, principalmente pelos juízes, que fecham o sistema jurídico através de suas decisões.

Em suma, as premissas básicas da Análise Econômica do Direito são: 1) Indivíduos são racionais, o que significa que efetuam escolhas e que as escolhas buscam maximizar o seu próprio interesse, ou, como dizem os economistas, maximizarem a sua *utilidade*. *E, para tanto, reagem a incentivos*⁷. 2) Essas escolhas, sejam as realizadas por criminosos, pagadores de impostos, legisladores ou juízes, *acarretam conseqüências*.

2.1. Escolha Racional.

Para que uma escolha seja racional, do ponto de vista econômico, é necessário que ela contenha as seguintes características: 1) seja completa, o que significa que o indivíduo deve ser capaz de elencar a sua preferência em face de suas alternativas. Por exemplo, deve ser capaz de dizer que prefere A a B; 2) seja transitiva, isto é, se o indivíduo é capaz de perceber que se prefere A a B, e B a C, então necessariamente prefere A a C: $(A > B > C \rightarrow A > C)$.

Nesse sentido, o método econômico aplicado ao comportamento humano implica que os indivíduos normalmente agem de forma racional, buscando melhorar o seu bem-estar e avaliando as suas escolhas através de uma avaliação custo/benefício. Cabe não incorrer na confusão freqüente entre escolha racional e escolha acertada ou correta. Fazer escolhas racionais não implica, de forma alguma, que, *aos olhos de terceiros*, a alternativa optada pelo sujeito seja a melhor para si ou para outros.

Como não poderia deixar de ocorrer com qualquer teoria, a Escolha Racional tem a sua porção de críticos. Dentre as críticas mais usuais, provenientes de grandes pensadores como, p.ex, John Searle⁸ e Amartya Sen⁹, encontram-se as que defendem uma visão menos reducionista da racionalidade, que inclua conceitos morais, tais como obrigações, proibições e deveres¹⁰.

Seja como for, o fato é que a ponderação custo/benefício é uma propriedade ínsita de todo indivíduo racional. Tal raciocínio funciona como um mecanismo regulador,

⁷ Conforme Richard Posner (*Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, 1998. 5ª ed., p. 4): “The concept of man as rational maximize of his self-interest implies that people respond to incentives – that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behaviour, he will do so.”

⁸ *Rationality in Action*. MIT Press, 2001

⁹ *Rationality and Freedom*. Harvard University Press, 2002.

¹⁰ A maior parte das críticas e revisionismos em relação à Escolha Racional provém atualmente da própria Escola da Análise Econômica do Direito. Como exemplo, os crescentes estudos interdisciplinares entre Psicologia e Economia, que levam o nome de *Heurística*, cujo tema de análise são as avaliações que sofrem influências que incorrem em parcialidades muitas vezes não percebidas de forma consciente pelo indivíduo, mas que influem nas suas escolhas. Como sugestão de leitura, ver o livro *Heuristics and the Law* (MIT Press, 2006, coordenado por Gerd Gigerenzer e Christoph Engel).

certamente desenvolvido ao decorrer de milênios de evolução, que tem a função de adaptar o indivíduo da melhor forma possível ao seu meio.

2.2. Levando as conseqüências a sério

Qualquer ação tomada pelo indivíduo requer, como condição necessária, uma escolha dentre as alternativas que lhe cabiam no momento, de acordo com a quantidade de informação de que ele dispunha. Essa escolha que motivou a ação acarretará, inevitavelmente, toda uma miríade de novas alternativas de ações a serem tomadas. Da mesma forma que no jogo de xadrez cada jogada abre toda uma nova gama de possíveis estratégias, assim também acontece com em nossa vida, desde as situações mais comezinhas até as mais relevantes.

Todavia, muitas vezes, as conseqüências afetam não apenas quem tomou as decisões, mas também a terceiros. São as *externalidades*, que podem ser tanto positivas quanto negativas¹¹. Por outro lado, as externalidades geradas para terceiros podem ser também positivas. Por exemplo, a implantação de obras públicas podem acarretar valorização nos imóveis dos contribuintes. Essa externalidade pode ser internalizada pelo Estado, ao instituir a Contribuição de Melhoria, que será cobrada na medida dessa valorização. O problema é que nem sempre essa externalidade pode ser internalizada, gerando o problema do *free rider*.

Externalidades positivas e *free riders* são, na Economia, usualmente associados à problemática dos bens públicos. Cabe salientar que a concepção econômica de bem-público não se confunde com a definição jurídica usualmente atribuída à mesma expressão. No direito, bem-público costuma ser aquele que é de propriedade do Estado, como, por exemplo, hospitais, bibliotecas e escolas públicas. Para a Economia, no entanto, um bem é público quando reúne duas características: 1) uso não-rival; e 2) não-exclusividade.

Uso não-rival significa que o fato de um fruir do bem não impede que o outro possa fruir também. Exemplificando, o fato de eu tomar sol na praia não impede que outros possam fazê-lo da mesma forma, ou seja, o meu uso do sol não reduz o uso dos outros.

Não-exclusividade significa que não há como excluir terceiros do uso do mesmo bem, ou então o custo para possibilitar essa exclusão é tão alto que nenhuma empresa privada desejará produzi-lo.¹² Se respiro o ar a minha volta, não posso impedir que outros também respirem. O contrário, por óbvio, ocorre nos bens privados, onde o proprietário tem condições de impedir o uso de seu bem por outras pessoas.

¹¹ O exemplo de externalidade negativa mais citado na literatura especializada é o da fábrica poluidora, cujo custo gerado a terceiros (poluição) que não fazem parte da relação fábrica e cliente não é internalizado nos custos da fábrica. Desde Arthur Pigou (1877-1959) que a tributação, via incidência ou subsídios, é utilizada para corrigir falhas de mercado, “internalizando” as externalidades. No caso acima, a tributação sobre a atividade poluidora teria a função de internalizar a referida externalidade, gerando uma sanção que seria decodificada como um preço gerador de custo para o fabricante. Ronald Coase foi mais longe, no seu artigo “The Problem of Social Cost”(*Journal of Law and Economics*, University of Chicago, 1960) ao sugerir a barganha como forma de resolver externalidades, desde que os custos de transação sejam viáveis.

¹² COOTER, Robert D. e UELLEN, Thomas. *Law and Economics*, Addison Wesley, 1992. 2ª ed, p. 40.

A externalidade positiva, ao contrário do que o senso-comum possa pensar, também acarreta problemas, pois não gera incentivos para que aquele bem possa ser produzido ou explorado de forma eficiente.

3. A questão dos princípios no direito: valores, escolhas e renúncias.

Invocar princípios deveria ser a exceção e não a norma geral. O ordenamento jurídico é formado, na maior parte, por regras de razoável clareza. Regras de direito privado e de direito penal têm um forte grau de objetividade. Entretanto, quando a situação fática não se enquadra em nenhuma das previsões normativas ou então mais de uma regra pode ser aplicada à mesma situação, problemas surgem. São os chamados, pela doutrina americana, de *hard cases*, *i.e.*, aqueles casos onde uma mera subsunção do fato à regra não é suficiente para resolver o problema. Nessas situações, para que o sistema jurídico retorne ao equilíbrio, o juiz necessita de um grau maior de “criatividade” e, num certo sentido, cria novo direito.

Sequer cabe falar em conflito entre princípios e regras, pois havendo regras legais para o caso concreto, elas sempre deverão prevalecer dada a sua objetividade e também pelo fato de terem sido criadas por um poder cujos representantes (ao contrário do Judiciário) são eleitos popularmente. Cabe dizer que a prevalência das regras legais atende à própria regra constitucional da legalidade bem como também ao valor fundamental que está por detrás desta, o do Estado Democrático de direito.

Mas, e o que são princípios, afinal? Sabemos, desde Austin, Kelsen e Hart, que o direito é formado por comandos apoiados por sanções. Em outras palavras, os elementos do direito são regras que obrigam, proíbem e permitem, cujo elemento coercitivo se dá através das sanções (estas também regras, ou, como querem alguns, pertencentes à própria estrutura lógica da regra dispositiva, que impõe primeiramente a conduta a ser tomada), cuja aplicação se dá através do Estado, detentor do monopólio de uso da força.

Mas não é apenas isso. Regras que impõem condutas são meios que o direito tem para implementar certos fins. Seja esse fim meramente a estabilização da ordem social (polícia, repressão ao crime, execução de contratos, proteção aos direitos individuais, preservação da ordem pública, etc.), seja um programa definido (v.g., políticas públicas), o meio para se alcançá-los é impô-los através da coercitividade estatal. Mesmo no que tange a direitos e garantias pertencentes à esfera privada do indivíduo, tais como, por exemplo, o direito de propriedade ou o direito à livre expressão, o Estado se faz necessário para, quando preciso, fazer valerem esses direitos individuais.

Ocorre que às vezes ou não há regra prevista para o caso, ou as regras conflitam entre si ou ainda, são postas no sistema contrariando a Constituição ou diploma infraconstitucional de hierarquia superior. Aí entram em cena os princípios.¹³

Os chamados princípios são enunciados, explícitos ou implícitos, que buscam traduzir em linguagem normativa valores morais, políticos e sociais que o legislador constituinte

¹³ Por amor ao critério aristotélico de definição, qual seja, gênero próximo e diferença específica, tanto os princípios quanto as regras tem como gênero próximo a norma jurídica, sendo esta, portanto, o elemento universal do sistema jurídico.

entendeu ser o núcleo duro do sistema jurídico. Referem-se tanto a direitos e garantias fundamentais, principalmente os de natureza negativa (artigo 5º da Constituição), como a expedientes de solução de lacunas e antinomias jurídicas.

Na dinâmica normativa, de autoconstrução constante do sistema por seus operadores, os princípios são também *argumentos*. Como argumentos, são utilizados tanto pelas partes num litígio, quanto pelo seu julgador. Na solução de *hard cases*, os princípios funcionam como válvula de escape do ordenamento jurídico, pois permite que se possa solucionar um caso concreto que carece de regra, sem que se instaure uma crise sistêmica.

3.1. Escolha Racional, externalidades e critério de ponderação na colisão de princípios

Como mencionamos linhas acima, há situações onde as regras não dão conta do serviço. E, para piorar ainda mais, os princípios também não oferecem saída objetiva. Imagine um caso fictício, onde determinado sujeito, pessoa pública (ex. apresentadora de tevê) tem a sua intimidade revelada pelos meios de comunicação. Considere que não há regra prevista para tal situação específica, logo, há uma lacuna normativa. A apresentadora processa o veículo de comunicação, por danos à sua imagem. Como deve o juiz decidir?

Dois princípios parecem entrar em “colisão”, no presente caso. O direito fundamental da privacidade e o direito fundamental à livre expressão (do qual a livre imprensa é corolária).

Como decidir? Os critérios de solução costumam ser bastante retóricos, apoiados em noções ordem moral por vezes indefinidas e ambíguas. Por que não aplicar um pouco de escolha racional e análise econômica?

É importante ressaltar que o consequencialismo não deve ser a única questão a ser levada em conta. O juiz pode ser um kantiano, i.e., alguém que prefere a Deontologia do que o Consequencialismo, mas o que se pede é que ao menos as consequências também sejam tomadas em consideração, especialmente se a decisão tiver o efeito de atingir terceiros que não integram a lide. Como isso acontece frequentemente, as consequências sempre deveriam ser levadas a sério por aqueles que têm o poder de decidir no sistema jurídico.

No caso fictício mencionado, o julgador deve levar em consideração: 1) haverá externalidades negativas se a sua decisão proteger o direito à privacidade da apresentadora? Ou as externalidades serão positivas? 2) essas externalidades acarretarão quais possíveis consequências?

Aplicando a teoria econômica dos bens públicos aos direitos e garantias fundamentais, podemos perceber que a mera irradiação *erga omnes* destes para todos os cidadãos os torna bens públicos. Não posso impedir que o sujeito ao lado também, *a priori*, tenha a sua liberdade de expressão protegida pela Constituição, nem tampouco a sua liberdade de expressão excluirá a minha.¹⁴

Entretanto, quando interesses conflitam, a aplicação efetiva desses direitos fundamentais pelo julgador os converte em bens privados. Há um *trade off* aqui: se o julgador conceder

¹⁴ COOTER, Robert. D. *The Strategic Constitution*. Princeton University Press, 2002, PP. 248-250.

o direito de privacidade à apresentadora, excluirá a liberdade de expressão (para o presente caso, é bom lembrar) do veículo de comunicação. Por outro lado, se proteger a liberdade de expressão deste, excluirá a apresentadora do uso do seu direito à privacidade.¹⁵

Havendo externalidades, positivas ou negativas, o juiz deve avaliar o impacto que elas acarretarão. O argumento de que o que interessa é apenas a decisão justa entra as partes é falacioso, pois, se terceiros são atingidos pela decisão, o caso não é mais apenas entre “as partes”. Por exemplo, se a decisão pelo juiz condenar pesadamente o veículo de comunicação, no exemplo acima, o efeito poderá ser uma elevação do “custo” avaliado pela mídia em colher e transmitir esse tipo de informação, privando os consumidores desse bem tão precioso. Por outro lado, se a decisão for absolver o veículo, o efeito poderá ser uma “carta branca” para que a imprensa possa invadir a privacidade de qualquer um, pois o custo para tanto será baixo.

Uma observação é importante para evitar equívocos e mal-entendidos. Avaliação de conseqüências não configura uma espécie de inversão de valores, mas tão-somente tem a capacidade de tornar as decisões jurídicas mais eficientes. Se o que o juiz pretende é punir o veículo de comunicação, deve fazê-lo de forma que o efeito de barreira (*deterrence*) de fato ocorra.¹⁶ Se condená-lo a pagar uma baixa quantia a título de indenização, essa condenação será vista como um preço baixo para tais ações por parte do infrator, que terá, portanto, um incentivo para continuar cometendo-as. Em outras palavras, para se realizar a justiça no caso concreto, as conseqüências devem consideradas.

3.2 Entre Princípios e Regras: contradição e colisão normativa

Como vimos, os princípios são enunciações de valores morais, tornados jurídicos através do legislador, via de regra, o constituinte. Na dinâmica normativa, servem como argumentos para a justificação e fundamentação da escolha do julgador, ao decidir o caso concreto. *As regras, por sua vez, são os produtos dessas escolhas, funcionando como comandos capazes de objetivamente proibir, obrigar ou permitir condutas.*

Por essas premissas, percebe-se que não pode haver conflito entre princípios e regras. As regras podem conflitar, e mesmo serem, de um ponto de vista estático do ordenamento, incompatíveis entre si, tal a sua objetividade deontológica.¹⁷ Se de um lado temos uma regra que proíbe e de outro uma regra que obriga o mesmo comportamento, temos uma antinomia. O sistema oferece, entretanto, alguns critérios ou meta-regras, para resolver

¹⁵ Alguns podem argumentar, dependendo da sua opinião, que ou o veículo nunca teve liberdade de expressão, ou a apresentadora nunca teve direito à privacidade, naquele caso concreto. Isso em nada muda o argumento econômico acima exposto. Quem decidirá será o julgador que excluirá o uso de tal direito (existisse ele *a priori* ou não) de um ou de outro, e o *trade off* permanece.

¹⁶ No Brasil as condenações por dano moral são relativamente baixas, o que gera poucas barreiras ao cometimento de novas infrações. Se o infrator condenado considera baixa a condenação e para ele tem mais utilidade continuar cometendo-a (afinal, ele é um agente racional), o mero pagamento de danos morais não impedirá reincidências. Logo, se a intenção é impedir a ocorrência de danos morais, a regra contida na decisão do juiz não tem eficiência.

¹⁷ Ou conforme Ronald Dworkin (1997, p. 24), a sua natureza de “tudo ou nada” (*all or nothing*).

tais impasses: *lex posterior derogat priori*, ou lei específica prepondera sobre lei genérica ou, finalmente, a hierarquia das leis como fator de solução de antinomias.

Os princípios, por sua vez, não podem ser antinômicos, por uma questão de coerência lógica do sistema. Se considerarmos que, enquanto valores supremos, os princípios são o núcleo duro do ordenamento jurídico, se permitirmos a possibilidade de contradição, não teremos nenhum sistema possível de ser construído. Metaforicamente, é o mesmo que tentar erigir um prédio a partir de fundações podres: certamente o prédio não será levantado ou, se for, ruirá logo em seguida.

A contradição normativa, por assim dizer, se dá sempre entre as regras disponíveis no ordenamento ou entre estas e aquelas possíveis de virem a ser construídas pelo julgador, dentro das possibilidades que o direito lhe oferece. Dentre esse campo do possível juridicamente, o julgador pode decidir por qual regra aplicar, num campo de escolha que pode ser mais ou menos amplo.

Isso não significa que não possa haver conflito entre princípios. Ainda que não se possa admitir contradição ou antinomia entre eles, isso não significa que, diante de um caso concreto, não possa haver colisão de princípios. Por colisão queremos dizer aqueles casos difíceis onde valores de igual monta do ordenamento estão em pólos opostos, ainda que todos eles sejam, em tese, aplicáveis à mesma situação concreta.

Estando diante de dois princípios que, embora igualmente aplicáveis ao mesmo caso, encontram-se axiologicamente em campos antagônicos, terá o julgador que ponderar sobre qual o princípio deve servir de fundamento para a sua decisão.

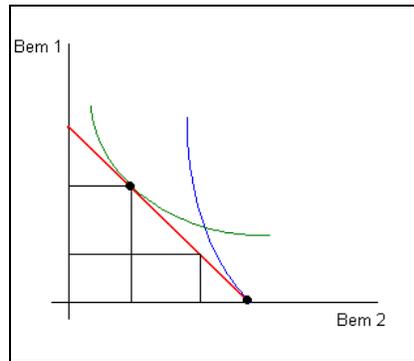
Entendemos que a Teoria da Escolha Racional e a Microeconomia oferecem ferramentas potentes para auxiliar a decisão do julgador frente aos casos difíceis.

3.3. Ponderação entre Princípios e a Construção de Regras: restrição normativa e curvas de indiferença

A teoria da decisão ou, mais especificadamente, a teoria da escolha racional oferece ferramentas de análise para as decisões efetivamente feitas (enfoque positivo) ou para informar quais decisões deveriam ter sido feitas (enfoque normativo).

Aplicando as categorias da escolha racional do consumidor para o direito, temos, no gráfico da Figura 1, dois vértices. No vertical encontra-se o direito fundamental à privacidade e no horizontal, o direito fundamental à livre iniciativa. Note que, se nos vértices encontram-se os valores constitucionais, as possíveis combinações “R” entre os dois “valores-bens” denotam as escolhas do aplicador do direito. Em outras palavras, as possíveis regras construídas a partir da ponderação entre os princípios jurídicos que se encontram em conflito frente a uma situação concreta.

Figura 1



Fonte: elaborado pelos autores.

O campo da restrição orçamentária típico da teoria da escolha do consumidor significa o quanto ele pode consumir em vista do seu orçamento limitado. Como as pessoas têm recursos limitados, seja em qual nível for, elas têm de escolher como utilizar esses recursos para consumir os bens e serviços que desejam, ou, de forma mais simples ainda, o consumidor não pode gastar mais que o total da renda de que dispõe.¹⁸

Na Figura 1, a restrição orçamentária aparece como uma reta que conecta os dois eixos, que demonstra os limites de recursos que o consumidor dispõe, dentro da qual as diversas combinações entre os bens localizados nos dois eixos podem ser feitas. Respeitando essa restrição, não podemos esquecer que o consumidor sempre procurará, enquanto indivíduo racional que é, maximizar a sua utilidade, i.e., efetuar escolhas que lhe tragam mais satisfação.

A curva de indiferença informa as diversas combinações de bens que fornecem um determinado nível de bem-estar; quanto mais afastada da origem, maior é o nível de bem estar obtido. No caso da escolha do consumidor, a curva de indiferença não pode estar fora da linha da restrição orçamentária, pois isso implica em escolhas que não são passíveis de serem obtidas pelos recursos escassos do consumidor. Ou seja, o consumidor não pode atingir níveis de satisfação mais altos do que aquele representado pela curva de indiferença verde, na Figura 1. Todavia, dentro da restrição orçamentária, o consumidor pode realizar escolhas ótimas ou sub-ótimas, ou mesmo, *soluções de canto*.

A solução de canto ocorre quando a taxa marginal de substituição de um consumidor não se iguala entre os preços em nenhum nível de consumo.¹⁹ A curva de indiferença azul representa uma solução de canto. Em outras palavras, ainda que o preço de um bem caia, o consumidor continuará adquirindo apenas um dos bens, empurrando a curva de indiferença para um dos cantos do gráfico. O indivíduo pode optar por não consumir determinada mercadoria por diversas razões (morais, religiosas, preço do bem, etc), e a variação no preço dela não causará diferença na preferência do consumidor.

¹⁸ KRUGMAN, Paul, Wells, Robin. *Introdução à Economia*. São Paulo: Campus Elsevier, 2007, p. 104.

¹⁹ PINDICK, Robert, S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2002. 7ª Ed, p. 85.

Aproximando essas categorias ao direito, temos a *restrição normativa*, que significa o campo permitido pelo ordenamento jurídico, dentro do qual o juiz pode construir suas regras individuais e concretas. Trata-se do raio deontológico de obrigações, proibições e permissões, a partir do qual o julgador tem discricionariedade para produzir/construir suas regras.

Cabe ter em mente que o juiz, como qualquer outro indivíduo, é um agente racional que busca maximizar a sua utilidade. Isso não significa, é bom frisar, que o juiz quer se beneficiar de suas decisões num sentido imoral ou ilícito. Não Significa que o juiz busca alcançar a decisão que lhe parece a mais adequada, a mais equânime possível dentro do contexto de conflito de interesses que deve dirimir.

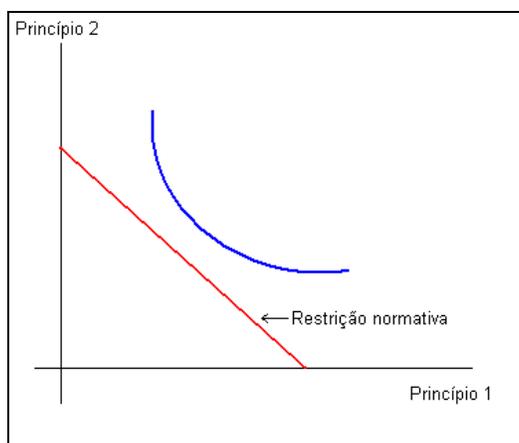
Também, como qualquer consumidor, o juiz tem preferências individuais e subjetivas, tem a sua noção do que é justo e correto. Todavia, essas preferências individuais, da mesma forma que na teoria padrão do consumidor não podem extrapolar a restrição orçamentária. Por exemplo, o consumidor que tem orçamento de R\$ 50.000,00 para comprar um automóvel que reúna as qualidades de “estilo” (ex. carro esportivo) ou “praticidade” (ex. uma “van”, onde caiba toda a família do motorista), não pode adquirir uma Ferrari. Ainda que esse automóvel eventualmente lhe traga enorme satisfação, está fora da sua restrição orçamentária. O consumidor, se quiser reunir as duas qualidades que lhe traz satisfação, terá que procurar um automóvel que as reúna, porém, dentro do orçamento que dispõe.

Da mesma forma, o juiz tem de optar por uma decisão possível, uma regra para o caso concreto que aplique os valores (ou a combinação deles) que ele entenda ser a solução ótima, dentro das possibilidades permitidas pelo direito. Não poderá o juiz construir uma regra concreta que não tenha base no ordenamento, ainda que isso lhe traga mais satisfação, pois estará indo além da restrição normativa.

Como exemplo, um juiz que decida aplicar remissão não prevista em lei, exonerando do pagamento de tributos determinados contribuintes que considere hiposuficientes. Ou então, um juiz que decida por ordenar a execução sumária de sonegadores de tributos, por os considerar lesivos à coletividade. Evidente que tanto uma quanto a outra decisão são vedadas pelo direito, portanto, estão fora da restrição normativa de que dispõe o julgador.²⁰

Figura 2

²⁰ Veja que, de acordo com essas premissas, quaisquer considerações em prol de um direito natural ou de um direito alternativo são prontamente afastadas.



A restrição normativa é, portanto, o campo de decisões possíveis que o juiz ou aplicador do direito pode realizar, de acordo com o ordenamento jurídico. É certo que ao optar mais por um ou por outro valor, frente ao caso concreto, o juiz incorrerá num *trade-off*. Por exemplo, se o caso for um conflito entre direito à privacidade e livre-imprensa, ao proteger um interesse, haverá detrimento do outro e, daí, cabe então buscar a solução que seja a mais adequada, dentro do possível, levando-se em conta todas as variáveis já vistas aqui, tais como o custo de oportunidade e as externalidades.

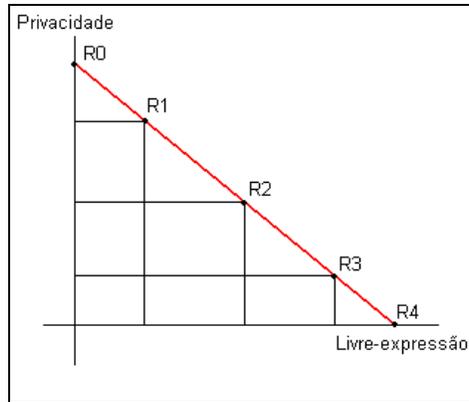
Pode ocorrer, e de fato ocorre, *soluções de canto* nessas escolhas dos julgadores. Não é incomum que o aplicador do direito tenha posições ideológicas tão definidas e acentuadas que opte por uma decisão que leve em conta apenas um dos valores em jogo. Por exemplo, um juiz que seja um defensor apaixonado da livre-imprensa, tenderá a proteger os interesses dela mesmo que isso incorra em perda do direito de privacidade de uma das partes, ou vice-versa. É comum que órgãos colegiados tenham dentre os seus membros, variados matizes ideológicos, que possam inclusive alcançar os respectivos extremos da pauta de valores individual²¹. Em vista da axiologia própria do direito, onde os indivíduos contrapõem os seus valores pessoais com os valores positivados pelo ordenamento jurídico, as soluções de canto são muito mais freqüentes do que no mercado. Os valores que entram em jogo (justiça, equidade, liberdade, etc) tem um código muito mais forte do que um simples critério de utilidade do consumidor ao adquirir um bem qualquer. Não obstante, há espaço para que o juiz possa chegar a uma solução ponderada no caso concreto. Ao deferir parcialmente o pedido de uma das partes, o julgador muitas vezes o faz de modo a atender a valores colidentes. *No direito tributário, dado a rigidez própria do seu regime jurídico, tais conciliações são bem menos freqüentes.*

Na Figura 3, pode-se ver dois valores que conflitam dado uma situação concreta qualquer que exige uma decisão do juiz. No eixo vertical, temos o valor “privacidade” e no eixo horizontal, o valor “livre expressão”. A partir da combinação desses valores, o juiz

Nas Supremas Cortes o ingresso de juízes com acentuadas preferências ideológicas pode mudar a orientação dos julgamentos numa ou noutra direção.²¹ O mapeamento ideológico dos juizes da Suprema Corte Americana é prática comum entre os analistas, que costumam utilizar esse critério para prever se, dependendo do número de juizes conservadores ou de juizes mais à esquerda, o Tribunal vai se inclinar numa ou noutra posição a respeito de temas polêmicos, como o aborto ou o direito de portar armas de fogo.

poderá construir diversas regras aplicáveis ao caso, que privilegiem mais ou menos um dos valores (R1, R2 e R3, por exemplo, como combinações entre os dois). Se o juiz for um amante apaixonado da privacidade, ou um entusiasta radical da liberdade de imprensa, poderá negligenciar totalmente o valor que não lhe é caro, através de uma solução de canto (R0 ou R4).

Figura 3



Fonte: elaborado pelos autores.

A solução não-extremada (R2) que atenda da melhor forma possível os interesses em conflito, seria mais facilmente alcançada através da barganha entre as partes. No direito tributário, a forma de se obter tal resultado se daria através do instituto da transação tributária, previsto (mas ainda não instituído por lei) no artigo 171²² do Código Tributário Nacional.

4. A Análise Econômica da decisão no caso American Virginia: elementos fundamentais envolvidos

Além do processo decisório propriamente dito, na qual aplicaremos as ferramentas microeconômicas, também cabe examinar os aspectos econômicos em sentido estrito, no que tange ao mercado do cigarro e sua relação com a saúde pública.

Três elementos básicos precisam ser levados em consideração nesta análise: i) a relação cigarro vs. saúde; ii) a importância econômica da indústria do cigarro; e, iii) a importância do estado na regulamentação da atividade - que considera, inevitavelmente, os pontos i e ii.

²² Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litúgio e conseqüente extinção de crédito tributário.

De acordo com a OMS, o fumo é responsável por 90% dos casos de câncer de pulmão e por cerca de 20% dos demais tipos de câncer. O cigarro responde por uma em cada 10 mortes de adultos no mundo, o que representa um total de 4 milhões de mortes por ano.²³

O consumo de cigarro tem aumentado nos países em desenvolvimento desde 1970, principalmente nas classes que apresentam menor grau de educação formal. Conforme aponta o Banco Mundial, em 2005 eram 1,1 bilhão de fumantes no mundo todo. Em 1995, cerca de 29% da população adulta em países de baixa e média renda fumava.

Mas, apesar de dados extremamente negativos em termos de saúde pública, a indústria do tabaco é bastante forte, de modo especial nas economias dos países em desenvolvimento. No Brasil, o faturamento da indústria de cigarro é de aproximadamente 4,5 bilhões/ano, sendo que o país é o quarto maior produtor mundial, perdendo para China, Estados Unidos e Índia. Esta indústria é sustentada por um consumo considerável de cigarro nas famílias de baixa renda: de acordo com a Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as famílias de baixa renda gastam em torno de 3% da sua renda com cigarros.

Em termos de emprego, a Associação dos Fumicultores do Brasil (Afubra) estima que em 2001/2002 a cadeia produtiva do fumo envolveu cerca de 2,2 milhões de pessoas²⁴ – divididas entre lavoura, indústria e atividades indiretas. Apesar de um número aparentemente alto, ele não representa uma parcela grande sobre o total da ocupação no país. A Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (PNAD/IBGE) aponta que, em 2002, a indústria do fumo representava apenas 0,02% do emprego total e 0,19% do emprego na indústria de transformação.

O cigarro tem uma carga tributária relativamente alta: cerca de 66% do preço são tributos. O mais alto deles é o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), que representa cerca de 33% do preço. Conforme aponta Iglesias (2003, p. 43), o montante de arrecadação tributária federal real vem caindo nos últimos anos. Entretanto, dada a grande parcela do preço que é composta por impostos, a arrecadação oriunda do cigarro não é desprezível.

O governo, entretanto, intervém no mercado não apenas para cobrar impostos. Pode-se dizer que o estado intervém devido a três razões distintas: i) desinformação das pessoas, em especial os jovens, acerca dos males causados pelo fumo; ii) o hábito de fumar apresenta externalidades negativas que afetam a saúde e o bem-estar de terceiros (não-fumantes); e, iii) o hábito de fumar representa custos aos cofres públicos e a outras pessoas, principalmente em assistência médico-hospitalar.

A intervenção estatal pode se dar tanto por meio de impostos como através de propagandas e campanhas – sendo que todas elas visam objetivamente à redução da demanda. Pelo menos em teoria, não seria razoável manejar impostos sobre o cigarro pensando apenas em termos de arrecadação tributária. A intervenção, através dos impostos, tem um caráter também de política pública.

²³ IGLESIAS, Roberto. “A economia do controle do tabaco nos países do Mercosul e associados: Brasil.” Washington, D.C.: OPAS, 2006.

²⁴ Deve-se ter cautela ao analisar dados oriundos de Associações / Sindicatos. O ideal é que eles sejam comparados com dados de fontes oficiais.

Independentemente do caráter da intervenção estatal, ela geralmente impõe custos e restrições aos fabricantes (e comerciantes) de cigarros – assim também com qualquer mercadoria. O fato é que o estado não faz diferenciação entre os proprietários/empresários envolvidos. Ou seja, não pode haver diferenciação, em vista do princípio da isonomia, entre a indústria A ou B: ambas estão sujeitas às mesmas regras.

Qualquer diferença pode causar uma distorção no mercado – seja ela favorável ou desfavorável ao consumidor (em geral é desfavorável). É exatamente este o ponto central da disputa jurídica apresentada neste capítulo: American Virginia vs. União Federal.

4.1. Aspectos decisórios do caso.

A indústria teve seu registro para fabricação de cigarros suspenso dadas pendências tributárias junto aos cofres da União. A discussão que estabeleceu no Supremo Tribunal Federal foi a seguinte:

- A American Virginia reclama o seu direito de exercício de atividade econômica lícita, previsto na Constituição de 1988;
- Conforme alegou a indústria, a “... Constituição de 1988 não permite que o estado adote medidas que impliquem o embaraço ou a vedação do exercício profissional como instrumentos para coagir o sujeito passivo à observância das obrigações tributárias.”;
- O Estado, por sua vez, tem o argumento de que “... a arrecadação tributária decorrente da fabricação do tabaco é imprescindível para que possa arcar com os custos das doenças relacionadas ao consumo de cigarros”
- Por fim, a indústria roga que não será capaz de, justamente, honrar os compromissos tributários senão dispuser da possibilidade de continuar em atividade.

Em contraponto a solicitação da observância do princípio de livre atividade econômica lícita, entretanto, está o princípio da livre-concorrência. Este princípio é violado no momento que existe uma vantagem competitiva por parte da indústria que não está honrando com os impostos devidos (via “redução” de custos).

Portanto, quando foi a julgamento, estavam envolvidos na situação vários elementos – que procuraram ser ilustrados no decorrer desta seção. A decisão não poderia recorrer a um princípio, em detrimento de outro, sem alguma argumentação de sustentação. Logo, qual a racionalidade implícita? Qual decisão seria mais racional? Respeitar a livre atividade econômica ou a livre concorrência?

Uma decisão que preservasse a livre-iniciativa pode afetar os incentivos que as demais indústrias de cigarro têm para continuarem pagando rigorosamente os seus impostos. Além disso, traz um benefício extraordinário à indústria envolvida – prejudicando ainda mais sua relação com as outras e afetando o equilíbrio de mercado. Esse desequilíbrio pode, pelo menos local ou regionalmente, afetar preços e lesar os consumidores.

Por outro lado, uma decisão favorável à livre concorrência irá encerrar as atividades da indústria envolvida no caso. Assim, um princípio constitucional estaria sendo, *prima*

facie, violado. A concorrência de mercado, entretanto, seria mantida equilibrada. Os consumidores não seriam lesados – a não ser que, local ou regionalmente, a indústria em questão fosse uma forte produtora que tivesse parcela considerável na determinação do preço. Se ela ajudar a determinar o preço, sua extinção atribuirá seu peso decisório à outra(s) indústria(s) que pode derivar vantagens de tal situação.

Como deve estar claro, o aspecto econômico envolvido na decisão é fundamental. Da mesma forma, se agregam a eles outros elementos importantes que já foram apresentados, como é caso da relação do fumo com a saúde humana. Se o Estado preservar o princípio da livre-concorrência, poderá mais facilmente atuar no controle da demanda por cigarros (via tributo, principalmente). Na falta de tal âncora, a atuação se torna muito mais complicada.

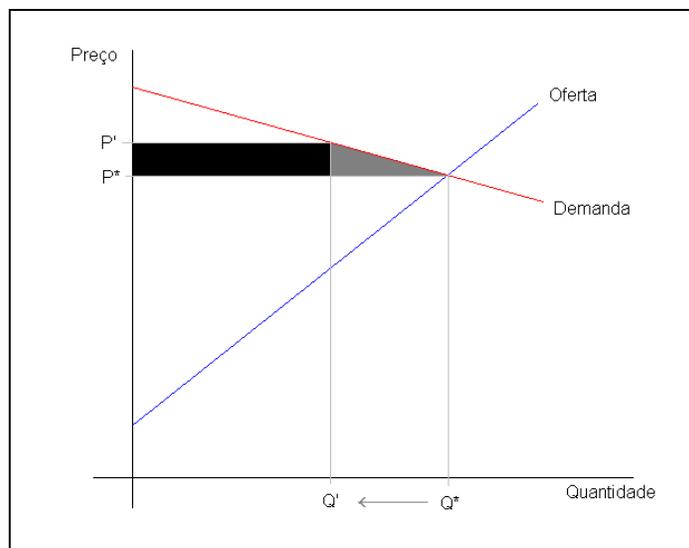
Quando se fala em racionalidade na decisão, se está falando em tomar uma decisão que considere todos os aspectos envolvidos e seja resultado de um processo de maximização de um objetivo qualquer. Neste caso, o objetivo é a administração adequada de dois princípios que parecem estar em conflito. Os elementos que vão subsidiar tal decisão são de extrema importância, e boa parte deles são de ordem econômica.

Para tentar analisar estes elementos, algumas perguntas poderiam ser respondidas para sustentar o posicionamento a favor de um ou outro princípio:

Qual a elasticidade-preço do cigarro?

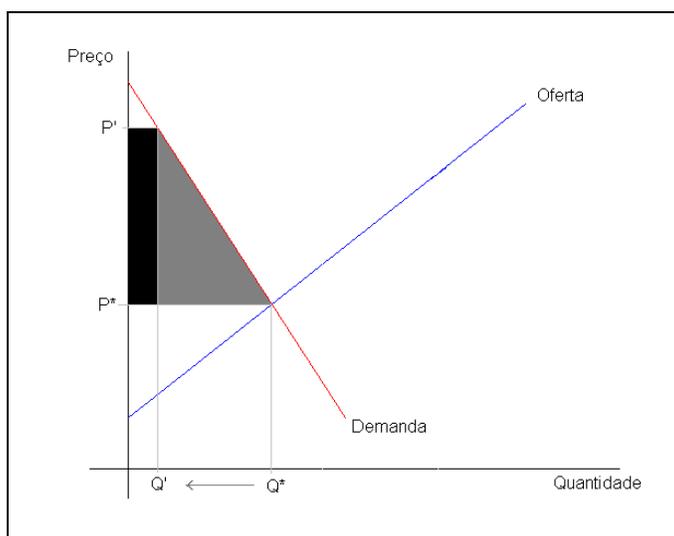
Esta pergunta daria uma idéia da importância que este produto tem para o consumidor, e também do poder de repasse de preços que a indústria tem. Assim, seria um argumento que poderia ser tanto a favor do princípio da livre concorrência (no caso de uma elasticidade alta) quanto contrário (no caso de uma elasticidade baixa). Veja as Figuras 4 e 5.

Figura 4 – Equilíbrio de mercado (Demanda muito elástica)



Fonte: elaborado pelos autores

Figura 5 – Equilíbrio de mercado (Demanda pouco elástica)



Fonte: elaborado pelos autores

Por exemplo, suponha que o governo aumente um tributo sobre quantidade produzida. Logo, o fabricante cogita a possibilidade de elevar preços, tentando manter a sua taxa de lucro (ou, pelo menos, diminuir a perda). No caso da Figura 4, com demanda mais elástica, o repasse aos preços não poderá ser muito alto, pois conforme aumenta o preço a demanda diminui consideravelmente mais do que proporcionalmente. Já na Figura 5, o

repassa pode ser maior, pois aumentos de preços não refletem uma diminuição considerável na demanda.

As áreas sombreadas ilustram a perda de excedente do consumidor dada a elevação do tributo, e conseqüente diminuição da quantidade demandada. Deve ficar claro que há uma perda maior no caso de uma demanda menos elástica (Figura 5). Intuitivamente, o que se está querendo dizer é que fabricantes de produtos com demanda inelástica tem maior poder de repasse e controle de preços²⁵.

Assim, a livre concorrência deve ser especialmente defendida, pelo menos em teoria, quando a demanda é pouco elástica. Isso, porque o fato da demanda ser pouco elástica indica que o produto em questão é importante na cesta de consumo do consumidor e fornece indício de que não há substituto próximo²⁶.

Da mesma forma, em casos de demanda muito elásticas a eficiência de aumento tributários não é alta. Isso se deve ao fato de que os consumidores simplesmente consomem menos quando há elevação de preços – conforme demonstrado nos gráficos.

Qual o volume da arrecadação e a importância da mesma para o Estado?

O volume da arrecadação referente ao produto pode ajudar a averiguar a posição do estado no litígio. Não é uma questão de apenas verificar a importância em termos de volume de recurso. É importante verificar se a arrecadação está relacionada com a administração do próprio mercado do produto em questão.

Qual importância do produto para a economia e para o consumidor?

Esta questão teria por objetivo averiguar qual a importância do produto em questão em termos de geração de emprego e renda, basicamente. Aqui, não apenas o produto em si, mas a cadeia produtiva é importante. Da mesma forma, seria interessante observar a importância do produto na composição da cesta de consumo do consumidor.

Quais as conseqüências futuras da decisão?

Este aspecto é bastante importante. Uma decisão que tem tantos laços econômicos não pode deixar de analisar quais serão os precedentes abertos a partir da decisão tomada.

Várias outras questões poderiam ser elaboradas no sentido de auxiliar na tomada de decisão dita racional. O fato é que, se observar as questões formuladas, todas elas tem cunho objetivo. As ferramentas de Análise Econômica do Direito, neste contexto, são fundamentais para dar o embasamento necessário para decisões que não podem ser tomadas de forma direta ou automática – como é o caso do conflito de princípios apresentado neste caso prático.

4.2 Caso American Virginia: uma decisão

²⁵ Em uma análise mais apurada devemos considerar também a elasticidade-renda (variação no consumo dada a variação na renda) e a elasticidade preço-cruzada (variação no consumo de um produto, ou marca, dada variação no preço de outro produto, ou marca).

²⁶ Apenas indícios, pois para melhores conclusões a este respeito deve-se observar as elasticidades preço-cruzadas.

Nesta sub-seção tentaremos responder às questões sugeridas anteriormente, com aplicação ao caso da American Virginia. Ao fim, tentaremos fazer uma sugestão de decisão baseada em aspectos da Análise Econômica do Direito.

Qual a elasticidade-preço do cigarro?

Conforme estimativa de Iglesias (2003), a elasticidade-preço de curto prazo é de -0,25 e a elasticidade-preço de longo prazo é de -0,42. Isso significa que um aumento de 10% no preço, reduz o consumo em 2,5% no mesmo período – e reduz em 4,2% no longo prazo.

Seria interessante verificar as elasticidades dos tipos de cigarros. Dessa forma, teríamos informações mais precisas para analisar o caso da American Virginia. Outra informação importante seria a elasticidade preço-cruzada, para averiguar a relação entre as marcas de cigarro.

A partir da elasticidade apresentada, podemos dizer que a elasticidade do cigarro é média. Ou seja, não está em nenhum dos extremos (como apresentado nos exemplos dos gráficos anteriormente). Se houver um aumento de impostos, por exemplo, há poder de repasse, mesmo que não seja total, aos consumidores – lembrando que, dada a falta de informação, esta análise tem caráter mais analítico do que definitivo.

A American Virginia, então, não poderia alegar – em princípio – que não tem como dividir com os consumidores o impacto do IPI sobre a sua atividade.

Qual o volume da arrecadação e a importância da mesma para o Estado?

Conforme já citado, os impostos sobre o cigarro representam cerca de 66% do seu preço. É uma carga bastante alta. Em termos de arrecadação bruta, o governo arrecadou em 2006 cerca de R\$ 3,5 bilhões em tributos (segundo o SINDIFUMO de São Paulo). Comparadas com a arrecadação das receitas federais, que em 2006 foi de aproximadamente R\$ 390 bilhões, o cigarro contribui com algo em torno de 0,90%. Pode parecer pouco, mas se considerarmos que se trata apenas de um produto, é um montante significativo.

Seria interessante termos acesso ao montante que representa a American Virginia nesta parcela. Provavelmente, não é alto, dado que existem outras grandes produtoras atuando no Brasil.

Qual importância do produto para a economia e para o consumidor?

Os dados de arrecadação já foram mencionados, assim como os de emprego. A cadeia produtiva do fumo representa uma parcela bastante pequena no emprego total. Entretanto, considerando que o país está em fase de crescimento econômico, com a economia aquecida, os empregos envolvidos são bastante importantes.

Mais uma vez, precisaríamos observar quantos empregos estariam sendo desperdiçados com o encerramento das atividades da American Virginia e qual seria a capacidade de absorção deste pessoal pelo mercado.

Quais as conseqüências futuras da decisão?

Uma das características mais importantes de um governo é sua credibilidade – tanto em termos macroeconômicos quanto em termos de condução de políticas públicas e setoriais. Uma conseqüência séria de “alívio” na cobrança de tributos pode ser a perda de poder de

cobrança, por parte do estado, frente às outras indústrias de cigarro, e também de outros produtos.

Além dos desdobramentos puramente econômico-financeiros, a questão política também deve ser considerada neste ponto. Existem grupos de poder envolvidos? Existem grupos internacionais envolvidos? Estas são perguntas que, não obstante serem difíceis de serem respondidas, devem ser levadas em consideração.

A decisão não pode ser tomada simplesmente recorrendo-se aos princípios legais, dado que se estabeleceu um conflito entre dois deles. Então, uma decisão deve ser tomada que, inevitavelmente, vai privilegiar um deles em detrimento do outro: ou livre exercício de atividade econômica, ou livre concorrência.

Em termos de saúde pública, não há interesse do governo em que o cigarro seja fortalecido (ou até mesmo comercializado). Os prejuízos com as conseqüências do fumo são de grande monta e são pagos, em geral, pelo próprio Estado. Se considerarmos as receitas tributárias, elas servem justamente para cobrir estes prejuízos. Logo, a justificativa de que a receita tributária é importante não ganha força.

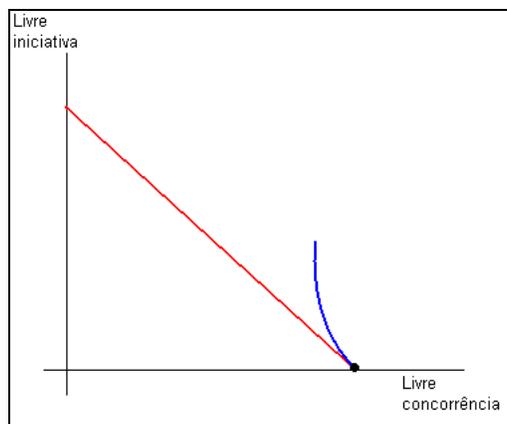
O consumidor é relativamente sensível ao preço do cigarro. Assim, o não recolhimento, por parte da American Virginia, a torna consideravelmente mais competitiva do que as demais indústrias que contribuem regularmente. Isso fere, diretamente, o princípio de livre concorrência, pois cria uma vantagem extraordinária.

Os empregos gerados pela cadeia do cigarro são bastante importantes. Mas, a questão é se a manutenção destes empregos poderia gerar perdas de outros, caso a decisão de manter a American Virginia em atividade fosse um sinal negativo por parte do governo. Ou seja, se outras indústrias passassem a ter tal comportamento. Se tal atitude ganhasse corpo, chegaria o momento em que o Estado seria obrigado a tomar uma atitude. Quais seriam as conseqüências disso?

Em termos econômicos, acreditamos que a decisão do STF foi acertada. Já que os princípios legais estavam conflitantes, o processo racional de tomada de decisão pode ser tomado com base em aspectos de Análise Econômica. Dadas as análises apresentadas, ainda que bastante superficiais, a decisão de suspender as atividades da American Virginia foi adequada, em nossa opinião. Isso, porque não houve grandes prejuízos nem aos cofres públicos e nem ao consumidor. Além do mais, a sinalização de que o Estado atua seriamente é importante para as demais indústrias.

Cabe salientar, todavia, que dada as condições nas quais o julgador deve decidir, não é possível chegar a uma solução ponderada. A solução (conforme ilustrada na figura 6) tende a ser de canto, em tais casos. A solução ponderada, por sua vez, tende a ocorrer quando é possível haver barganha entre as partes. *Uma vez que cabe ao juiz dar ganho de causa a uma ou a outra parte no litígio, e uma vez que este comporta colisão de princípios, a solução será, via de regra, de canto.* Em suma, não há como agradar gregos e troianos, a não ser que estes possam barganhar.

Figura 6



Conclusões:

1. A Análise Econômica, principalmente a Teoria da Escolha Racional é uma potente ferramenta epistemológica para o Direito tributário alcançar decisões mais eficientes: a Teoria Econômica fornece importantes ferramentas para auxiliar o julgador em sua escolha, tais como a análise de externalidades, custos de oportunidade, teoria dos preços etc.
2. Valores são guias para as escolhas dos agentes racionais. Cada escolha implica numa renúncia, que gera custo de oportunidade. Princípios jurídicos são valores absorvidos pelo Direito que servem como argumentos para a fundamentação das decisões dos aplicadores do Direito, principalmente os juízes.
3. Regras são produtos do processo de escolha dos juízes. Cada escolha que resulta numa regra é guiada por valores. Há situações (*hard cases*) onde há mais de um princípio aplicável ao mesmo caso (colisão de princípios). A escolha por um ou outro princípio resultará numa regra.
4. Restrição normativa significa o campo deontológico de possibilidades jurídicas (obrigações, proibições e permissões) pelo qual o julgador pode criar a regra aplicável ao caso, mesmo que esse regra possa ser diferente dependendo do princípio escolhido. Em muitas decisões provenientes de casos onde há colisão de princípios, a solução adotada é de canto. Tal solução ocorre por questões ideológicas do julgador ou por impossibilidade (restrição normativa) de decidir de outra forma.
5. As soluções ponderadas, onde há uma confluência de interesse das partes, bem como a possibilidade de atender aos princípios colidentes, pode ser atingida de forma mais eficiente através da barganha entre os litigantes. No caso concreto colacionado, o Supremo Tribunal Federal, premido pela restrição normativa, adotou uma solução de canto, privilegiando um dos princípios colidentes (princípio da livre-concorrência).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behaviour*, The University of Chicago Press, 2001.
- GERENZER, Gerd e ENGEL, Christoph. *Heuristics and the Law* MIT Press, 2006.
- COOTER, Robert. D. *The Strategic Constitution*. Princeton University Press, 2002.
- COOTER Robert D. e UELLEN, Thomas. *Law and Economics*, Addison Wesley, 1992. 2^a ed
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1997.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Tributação e concorrência”. In *Revista de Direito Tributário da APET*, nº 16. São Paulo: MP Editora, 2007.
- IGLESIAS, Roberto. “A economia do controle do tabaco nos países do Mercosul e associados: Brasil.” Washington, D.C.: OPAS, 2006.
- KRUGMAN, Paul, Wells, Robin. *Introdução à Economia*. São Paulo: Campus Elsevier, 2007. Tradução de Helga Hoffman.
- MACEDO, Reinaldo Porto. “Introdução ao livro *Direito da Empresa*”. *Direito da Empresa*. Coordenação Luciano Timm. São Paulo: IBOPE, 2006. 2^a ed.
- PINDICK, Robert, S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2002. 7^a ed. Tradução de Eleutério Prado.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Aspen Law & Business, 1998. 5^a ed.
- SEARLE, John. *Rationality in Action*. MIT Press, 2001
- SEN, Amartya. *Rationality and Freedom*. Harvard University Press, 2002.