

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL I**

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto, Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-330-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Economia. 3. Desenvolvimento Sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

Setenta e um (71) anos após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a criação da Organização das Nações Unidas (1945), cinquenta e oito (58) anos após a adoção pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948), notam-se, ainda, as violações sistemáticas dos Direitos Humanos, os conflitos armados entre Estados, a proliferação de grupos armados e o difícil diálogo para internacionalizar e efetivar os direitos humanos. A busca e a manutenção da paz e da segurança internacionais se tornam cada vez mais distante, tendo em vista os crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade aos quais acrescentam-se os crimes ambientais, em vários casos irreversíveis com danos incalculáveis devido ao endeusamento da economia.

Em sua Encíclica *Laudato Sí, mi Signore* (Louvado sejas, meu Senhor!), o Papa Francisco, apesar de considerar as mudanças positivas no processo evolutivo da sociedade, lamenta, sobremaneira, a falta de conscientização do ser humano diante dos problemas ambientais. Para o Papa Francisco (2015),

A contínua aceleração das mudanças na humanidade e no planeta junta-se, hoje, à intensificação dos ritmos de vida e trabalho, que alguns, em espanhol, designam por «rapidación». Embora a mudança faça parte da dinâmica dos sistemas complexos, a velocidade que hoje lhe impõem as ações humanas contrasta com a lentidão natural da evolução biológica. A isto vem juntar-se o problema de que os objetivos desta mudança rápida e constante não estão necessariamente orientados para o bem comum e para um desenvolvimento humano sustentável e integral. A mudança é algo desejável, mas torna-se preocupante quando se transforma em deterioração do mundo e da qualidade de vida de grande parte da humanidade. (PAPA FRANCISCO, 2015, 18).

Daí, a necessidade de um convite urgente a renovar o agir comportamental do ser humano a fim de construir o futuro do planeta, promovendo-se debates sobre o desafio ambiental. O presente livro vem, exatamente, retomar os temas mais desafiantes em um mundo em transformação, a saber, Direito, Economia e Desenvolvimento sustentável. Não há dicotomia entre os três, menos ainda paradoxo, mas é preciso cuidar do Planeta, considerado, a “Casa Comum” em face do poder econômico e da necessidade de um desenvolvimento humano sustentável e integral.

No primeiro capítulo, Rodrigo Fernandes e Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes, em “Análise econômica da proteção do meio ambiente: crise e tributação ambiental”, analisam a relação entre ordem econômica e meio ambiente, trazendo à tona a discussão sobre processo produtivo e consumo insustentáveis, apontando a necessidade de intervenção do Estado na economia através da tributação e da regulação da própria economia, tendo em vista abordagens multidisciplinares.

No segundo capítulo, Andressa Kelle Custódio Silva, Fernando Marques Khaddour, discorrem sobre a “análise do papel do estado na punição do crime de perigo abstrato nas infrações ambientais como forma de assegurar um futuro sustentável”, e abordam “a criminalização das condutas que exauram o chamado crime de perigo abstrato, sendo essa punição através da tutela ambiental a única maneira de alcançar um futuro sustentável.” Destaca-se a urgência da atuação do direito penal ambiental como forma de reduzir e proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No artigo “normas tributárias indutoras e o fomento da economia criativa para o desenvolvimento do nordeste brasileiro”, Evilásio Galdino de Araújo Júnior e Patrícia Borba Vilar Guimarães propõem “uma reflexão acerca do papel das normas tributárias indutoras no cenário político e econômico brasileiro, com ênfase no objetivo constitucional de promoção do desenvolvimento e minimização de desigualdades”, refletindo sobre a região Nordeste brasileira com base na doutrina de Geraldo Ataliba e Luís Eduardo Schoueri, bem como a teoria do desenvolvimento de Amartya Sen. Para os autores, faz-se necessário que a política indutora seja uma ferramenta a ser utilizada dentro de uma política pública mais sólida vinculada à política pública de economia criativa.

Tratando-se de “novos paradigmas de direitos sociais e a dignidade da pessoa humana, analisados sob o enfoque do direito de personalidade do trabalhador em um mundo globalizado”, Marco Antônio César Villatore e Marcelo Rodrigues manifestam a preocupação com a atual crise econômica do Brasil e da necessidade de proteger o trabalhador da exploração dos maus empregadores, ressaltando a dignidade da pessoa humana perante a globalização.

O ativismo judicial e análise econômica dos contratos empresariais é tema do trabalho dos autores Matheus Moysés Marques Dutra de Oliveira e Deborah Delmondes De Oliveira. Discutem-se as implicações do ativismo nos contratos mercantis e seu impacto econômico, levando em conta as questões atinentes à previsibilidade e eficiência dos contratos comerciais para redução dos custos de transação.

Carolina Guerra e Souza e Gustavo Ferreira Santos apresentam “a necessidade de uma governança democrática na regulamentação das agências de rating: pluralismo jurídico e a crise econômica de 2008”, pois, no contexto atual de pluralismo jurídico, segundo os autores, é primordial o envolvimento da sociedade na formação de um consenso alargado para repensar a atuação das agências de rating. Visa-se, com o trabalho, defender a governança democrática como ferramenta de inclusão na atuação autorregulatória do mercado.

Vinicius Luiz de Oliveira, aborda “os efeitos da globalização econômica na crise da jurisdição brasileira”, partindo do modelo de Estado Social de Direito, para discutir-se o alcance da atual crise de efetividade das normas jurídicas. No entendimento do autor, “os impactos jurídicos e sociais de fenômenos complexos como a globalização econômica não são perceptíveis a curto prazo. Questiona-se em que medida a crise da jurisdição é reflexo de uma crise de soberania do Estado moderno”.

O instigante trabalho de Sébastien Kiwonghi Bizawu e Vânia Ágda de Oliveira Carvalho, intitulado “Estabilidade financeira e integração econômica: a efetividade da sustentabilidade no século XXI”, propõe um repensar da atual situação financeira econômica no século XXI e do modelo de crescimento econômico, procurando alinhá-lo ao ideal preconizado pelo desenvolvimento sustentável.. Após discorrer acerca do assunto, conclui-se pela ineficiência da integração monetária.

Quanto a Mario Jorge Tenorio Fortes Junior e Ariel Salette de Moraes Junior, ambos trazem no bojo da discussão a “globalização mais humana: da boa governança em prol da defesa do socioambientalismo”, afirmando que o crescimento econômico deve ser compatibilizado com outros valores e que é importante “demonstrar a necessidade de melhoria da proteção socioambiental, destacando sua importância em âmbito local (nacional)”, mas também a” necessidade de ampliação territorial desta tutela, mediante adoção de técnicas de boa governança que ultrapassem as fronteiras de determinada nação com a finalidade de assegurar a proteção socioambiental em âmbito global”.

No artigo “ICMS ecológico paraense frente à análise econômica do direito”, Bernardo Mendonça Nobrega, tendo por marco teórico Richard Posner e Steven Shavell, apresenta o ICMS verde como instrumento de proteção do meio ambiente e visualiza suas consequências quanto ao desenvolvimento sustentável.

Miguel Etinger De Araujo Junior e Lincoln Rafael Horacio falam da “Indução da economia pelo estado em prol do meio ambiente”, buscando inspiração em Norberto Bobbio (Da Estrutura à Função: novos estudos da Teoria do Direito), analisam o papel do Estado

enquanto ente obrigado constitucionalmente a proteger o meio ambiente, apresentam um estudo dos instrumentos de indução econômica que podem ser utilizados na atuação estatal. Para tanto, abordam a “relação existente entre o poder estatal e a proteção ao meio ambiente à luz das externalidades negativas e das possíveis intervenções indutivas das quais o Estado pode se valer para minimizar as mazelas delas decorrentes”.

A Lei complementar nº 147 e a incansável busca pelo controle da atividade econômica é o trabalho da autoria de Carlos Augusto Dos Santos Nascimento Martins em que destaca a função do Estado enquanto fomentador da atividade empresarial e orientador de políticas públicas voltadas a consecução dos objetivos revelados pela Constituição Republicana, quanto a ordem econômica e o desenvolvimento social.

Alexandre Pedro Moura D'Almeida e Aline Bastos Lomar Miguez, escrevendo sobre “O desenvolvimento promovido no Brasil pelo dinheiro entre o Banco do Desenvolvimento Nacional e o Tesouro Nacional”, discorrem sobre o desenvolvimento promovido pelo impacto dos desembolsos praticados pelo BNDES na sociedade, considerando o seu entrelaçamento com o Tesouro Nacional e tendo em vista a seletividade dos seus desembolsos. O autor afirma que houve uma distorção no poder de compra da moeda por meio de técnica inflacionária, prejudicando toda a sociedade.

Para Osmar Gonçalves Ribeiro Junior e Heber Vinicius Brugnolli Alves, “O protecionismo comercial pós Bretton Woods e o mito do desenvolvimento econômico”, demonstra que o protecionismo aplicado pelos países desenvolvidos, bem como a difusão da ideia do desenvolvimento econômico pelos países em desenvolvimento leva à criação do mito do desenvolvimento econômico.

Luan Pedro Lima Da Conceição trata de “Paragominas município verde e a participação popular: a busca pelo desenvolvimento sustentável”, abordando as políticas públicas destinadas ao desenvolvimento sustentável adotadas na Região Amazônica, notadamente, as políticas implantadas no Município de Paragominas através do conceito de “Municípios Verdes”. Analisa também, do outro lado, tais políticas sob a ótica de uma cidadania ambiental.

João Adolfo Maciel Monteiro escreve sobre a “Política agrícola comum: uma perspectiva histórica sobre avanços e embates internacionais”, destacando o papel da União Europeia com relação ao desenvolvimento e financiamento do setor agrícola regional. Para o autor, “os

valores dispensados a título de financiamento, subsídios e compensações para esse sector são elevados frente ao orçamento da União Europeia, e nem sempre distribuídos de forma igualitária entre os Estados-Membros, bem como no tratamento com o mercado externo.”

Os autores Giovani Clark e Bruno Fernandes Magalhães Pinheiro de Lima discutem sobre a ausência da efetividade qualitativa das políticas urbanas brasileiras baseadas no artigo 182 da CF/88 e nos instrumentos presentes na Lei nº 10.257/2001 e formulam problema de que as políticas urbanas não estão alcançando seus objetivos, reproduzindo as desigualdades e problemas configuradas na permanente "crise urbana" brasileira que os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 10.253 de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade – pretendem combater.

Pelo exposto, caros leitores, não se pode olvidar que os três pilares, objetos do título do presente livro “Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável”, uma vez conjugados, corroboram para combater a pobreza e visam a melhorar as condições de vida e, ao mesmo tempo, assegurar a prosperidade e a segurança às gerações futuras e o bem estar-social a todos os povos. O desenvolvimento não pode ser apenas econômico, mas também e, sobretudo, humano e sustentável, pois, conforme a ONU, “o objectivo do desenvolvimento sustentável é estabelecer padrões que equilibram os aspectos econômicos, sociais e ambientais das atividades humanas para encontrar um equilíbrio coerente e sustentável a longo prazo.” (tradução nossa).

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

ICMS ECOLÓGICO PARAENSE FRENTE À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ECONOMICAL ANALYSIS OF THE LAW'S APPROACH TO ECOLOGICAL ICMS

Bernardo Mendonça Nobrega

Resumo

O presente trabalho visa analisar, do ponto de vista da análise econômica do direito, a eficácia do ICMS Ecológico a fim de descobrir se a mesma precisa é capaz de cumprir com seu objetivo de proteção do meio ambiente e o que precisa ser levado em consideração para criação ou adaptação dessas legislações. Os principais doutrinadores utilizados no presente estudo foram Richard Posner e Steven Shavell. Primeiramente foi exposto o que é análise econômica do direito, para em seguida apresentar conceitos importantes e, ao final, aplicação da análise no ICMS Ecológico.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Icms ecológico paraense, Richard posner, Steven shavell

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze, from the point of view of economic analysis of law, the effectiveness of the Ecological ICMS (similar to the VAT) in order to find out whether the same need is able to fulfill its environmental protection objective and that needs to be taken into consideration for creation or adaptation of these laws. The main theoreticians used in this study were Richard Posner and Steven Shavell. First was exposed which is economic analysis of law, then present important concepts and at the end, practical analysis..

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic analyses of law, Ecological icms, Richard posner, Steven shavell

INTRODUÇÃO

O direito moderno se ocupa de proteger, dentre inúmeras outras coisas, o meio ambiente com uma variedade de formas, desde simples reconhecimento de sua importância como direito fundamental intergeracional, como estabelecendo normas específicas no sentido de alterar o comportamento humano para com o meio ambiente objetivando sua preservação.

Dentre os mecanismos de proteção ambiental existentes no direito brasileiro, apresenta-se o instituto denominado doutrinariamente de ICMS Ecológico, uma forma de distribuição de recursos provenientes da arrecadação do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) condicionados ao cumprimento de requisitos socioambientais.

Desde seu surgimento, diversos estados trouxeram este instituto para dentro de seus sistemas jurídicos, cada um em elementos e níveis de complexidade diferentes de forma que, cada legislação estadual trouxe condicionantes diferentes para os repasses, dentro da sistemática do ICMS Ecológico, maior efetividade na proteção ambiental.

Diante essas variedades legislativas, questiona-se: como se pode, dentre todas as leis diferentes, verificar qual é eficiente ou, entendendo que mais de uma são eficientes, qual seria a mais eficiente. Por eficiência, estamos considerando o termo econômico: uma análise de custo benefício.

Para tal resposta, recorre-se a análise econômica do direito e aos ensinamentos dos doutrinadores Richard Posner e Steven Shavell de forma que se faz necessário, primeiramente, abordar o que seria o ICMS Ecológico, o que configura análise econômica do direito, como se aplica para, no final, aplicar a teoria a legislação paraense e verificar sua eficiência.

1 O QUE É ICMS ECOLÓGICO

A Constituição Federal, em seu artigo 158, inciso IV e inciso II do parágrafo único, estabelece que vinte e cinco por cento da arrecadação estadual do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) precisa ser distribuída aos municípios ou territórios federais por lei estadual ou federal, respectivamente.

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:
[...]

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

[...]

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Neste sentido, os Estados começaram a desenvolver legislação condicionando parte do repasse do ICMS ao cumprimento critérios socioambientais. O objetivo é estimular os Municípios a desenvolver políticas de proteção socioambientais para que recebam uma parcela maior de ICMS. Trata-se do instituto conhecido como ICMS Ecológico ou ICMS Verde.

Tal instituto possui duas naturezas: primeiro, como compensação aos municípios que não fizeram uso de seus espaços – partindo, então, da ideia de que os mesmos estariam conservados por não terem sido explorados –; e segundo como incentivador aos municípios para preservarem o ambiente. Ou seja, pela segunda lógica o município estaria trocando possível desenvolvimento econômico via exploração de recursos, por recursos financeiros do ICMS. O instituto, nas palavras de Fernando Scaff e Lise Tupiassu (p. 724, 2005), pode ser exposto como:

Tal incentivo representa um forte instrumento econômico extrafiscal com vista à consecução de uma finalidade constitucional de preservação, promovendo justiça fiscal, e influenciando na ação voluntária dos municípios que buscam um aumento de receita, na busca de uma melhor qualidade de vida para suas populações.

O ICMS Ecológico consiste, então, em um mecanismo de proteção ambiental bastante interessante, pois diferentemente de vários instrumentos de tributação ambiental, não apresenta ônus para o contribuinte. Afinal, não envolve a criação de um novo tributo, apenas a distribuição de recursos arrecadados por um. Pode-se inclusive argumentar nessa linha de pensamento, que o termo ICMS Ecológico está incorreto. Nesse sentido ensina a doutrinadora Lise Tupiassu (2006. P. 197 e 198)

Um dos pontos chave da política é, portanto, a não criação de novo tributo, não subsistindo qualquer ônus financeiro para o Estado ou aumento da carga tributária dos contribuintes. Trata-se, unicamente, da

ação de critérios ambientalmente relevantes para a repartição das receitas normalmente obtidas.

Ele configura, ainda, uma forma de privilegiar aqueles Municípios com menor desenvolvimento econômico e que, em consequência, recebem uma menor participação em recursos do ICMS, conforme ensina os doutrinadores Fernando Scaff e Lise Tupiassu (2005, p. 735):

[...] no raciocínio da repartição de receitas do ICMS, verificamos que os municípios que se dedicam ao desenvolvimento econômico em detrimento da preservação ambiental são aquilatados com maior quantidade de repasses financeiros, pois têm mais possibilidade de gerar receitas em função da circulação de mercadorias. Por outro lado, aqueles que arcam com a responsabilidade de preservar o bem natural, trazendo externalidades positivas que beneficiam a todos, têm restrições em sua capacidade de desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, recebem menos repasses financeiros por contarem com uma menor circulação de mercadorias e serviços.

A primeira experiência com o ICMS Ecológico foi no Estado do Paraná, em 1991, sendo adotada posteriormente pelos Estados do Acre, Amapá, Ceará, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo e Tocantins.

Os critérios adotados pelos Estados para a distribuição de recursos variam, podendo ser qualificados em critérios quantitativos e qualitativos. Os critérios quantitativos são adotados pela legislação de todos os Estados detentores de ICMS Ecológico. Tais critérios apresentam caráter puramente objetivo.

Os critérios qualitativos, por sua vez, apresentam um caráter subjetivo, pois estão vinculados a análise da qualidade ambiental e não somente a sua existência. Ou seja, objetiva fazer uma análise mais aprofundada e subjetiva de determinado critério.

Desta forma, vislumbra-se que os critérios qualitativos trazem uma atenção especial ao ICMS Ecológico, pois aumentam a preocupação com a efetiva eficácia da proteção ambiental, condicionando o repasse a critérios que exigem resultado prático. Isso porque criam o que o doutrinador Wilson Loureiro (2008, p. 14) chama de “círculo virtuoso”:

Assim, se um determinado município contribui objetivamente na melhoria da gestão de uma Unidade de Conservação, direta ou indiretamente, por meio da disponibilização de pessoal, equipamentos, enfim, dos insumos necessários ao cumprimento dos objetivos de

manejo e da boa gestão da Unidade de Conservação, esse passa a ter seu desempenho financeiro aumentado, formando uma espécie de círculo virtuoso, em que quanto melhor estiver a conservação de uma determinada unidade de conservação, mais o município ganha.

Denota-se, então, que o ICMS Ecológico é um instituto de repasses financeiros que, se corretamente aplicado (e essa aplicação correta será via análise econômica do direito) pode resultar em grande impacto socioambiental.

2 O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

A análise econômica do direito busca a aplicação de uma metodologia econômica para a solução e aperfeiçoamento da área jurídica. Trata-se de ampliar o campo jurídico ao buscar conceitos e métodos de outra área para melhor entender as relações pessoais e suas consequências, objetos esses regulados pelo direito.

Richard Posner (p. 768 e 769. 1987), ao tratar de instrumentos econômicos aplicados ao direito, aponta a teoria da escolha pública, a teoria dos jogos, a da teoria estatística e estatísticas empíricas. A ideia é abrir o direito, integrar o mesmo a outras áreas e usufruir das ferramentas dessas outras áreas para enriquecer o direito e as tomadas de decisões.

The theory of public choice, a hybrid of economics and political science, is beginning to be used in the analysis of law; so, too, are game theory, statistical theory (particularly in relation to the law of evidence), empirical statistics (as in discrimination and cases), rational but not economic social theory, and even literary criticism. antitrust cases), rational but not economic social theory, and even literary criticism.¹

O doutrinador Paulo Caliendo (p. 206. 2009) ensina que há duas escolas diferentes de análise econômica do direito. Uma descritiva, que busca apenas utilizar a metodologia econômica para descrever a realidade jurídica e outra normativa, que busca na metodologia econômica regras de validade para normas jurídicas, ou seja, condicionar a norma a critérios derivados da ciência econômica.

Essas duas escolas são denominadas de concepção positiva (*positive*) e normativa (*normative*) do direito e economia. A teoria positiva tenta

¹ Tradução livre: A teoria da escolha pública, uma mistura de ciência econômica e política, começa a ser utilizado na análise do direito. Também há a teoria dos jogos, teoria estatística (particularmente em relação ao direito de provas), estatísticas empíricas (como em discriminação e em casos antitrust), teoria social racional mas não econômica, até críticas literárias.

explicar o direito, sua eficácia e como as normas jurídicas podem ser consideradas como sendo eficientes. A teoria normativa, por outro lado, tenta determinar o que deve-ser do direito a partir da análise da realidade.

No mesmo sentido ensina Richard Posner (P. 2, 1998)

The economic analysis of law, as it now exists not only in the United States but also in Europe, which has its own flourishing law and economics association, has both positive (that is, descriptive) and normative aspects. It tries to explain and predict the behavior of participants in and persons regulated by the law. It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values. It is not merely an ivory-towered enterprise, at least in the United States, where the law and economics movement is understood to have influenced legal reform in a number of important areas.²

Richard Posner esclarece que a análise econômica do direito é tanto prática quanto teórica. Esta questão se deve porque a mesma se preocupa efetivamente com resultados. Ela estabelece que o resultado deve ser observado no decorrer de um processo qualquer e que de nada adianta uma decisão ética e moral que não puder ser efetivamente aplicada ou que, indiretamente, for causar mais prejuízo que benefício.

O que se busca de um juiz, ao seguir e tentar aplicar uma análise econômica do direito é que ele tenha uma visão mais aberta que o normal, abandonando dogmas antigos e investigue mais a fundo os possíveis resultados de suas ações. É por isto que Richard Posner (p. 358, 2012) defende o estudo filosófico, em especial o pragmático. Assim ele explica: “A filosofia, especialmente a pragmática, incita a dúvida, e a dúvida incita a investigação; assim, o magistrado torna-se um julgador menos dogmático e mais pragmático ou, pelo menos, fica com a mente mais aberta”.

Apesar de Richard Posner falar de magistrados, o mesmo se aplica aos legisladores que deveriam sempre buscar o resultado real de suas leis a fim de evitarem

² Tradução livre: A análise econômica do direito, como ela existe não só nos Estados Unidos mas também na Europa, que possui uma associação de direito e econômica em afluência, possui tanto um aspecto positivo (isso é, descritivo) e um aspecto normativo. Ele tenta explicar e prever o comportamento dos participantes e das pessoas reguladas pela lei. Ele também tenta melhorar leis apontando onde leis existentes e propostas possuem resultados imprevistos ou indesejados, seja por sua eficiência econômica, distribuição de renda e riqueza, ou outros valores. Ela não é simplesmente uma torre de marfim, pelo menos não nos Estados Unidos onde o movimento de direito e economia vem influenciando reformas legais em importantes áreas.

criar novos problemas e, obviamente, vislumbrar se o problema objeto da lei pode ser resolvido via a legislação proposta.

A análise econômica do direito, conforme as lições de Louis kaplow e Steven Shavell (p. 1665, 1999) abaixo trazidas, é estudar os efeitos de regras legais e se tais efeitos são socialmente desejados.

Economic analysis of law seeks to answer two basic questions about legal rules. Namely, what are the effects of legal rules on the behavior of relevant actors? And are these effects of legal rules socially desirable? In answering these positive and normative questions, the approach employed in economic analysis of law is that used in economic analysis generally: the behavior of individuals and firms is described assuming that they are forward looking and rational, and the framework of welfare economics is adopted to assess the social desirability of outcomes.³

Por conseguinte, se uma definição fosse construída com base no exposto, seria de que a Análise Econômica do Direito é a inclusão de conceitos e métodos da ciência econômica que, aplicados pragmaticamente, auxiliam na identificação dos efeitos comportamentais decorrentes de regras e decisões legais, e na verificação se tais comportamentos são socialmente bem quistos.

1.1. QUAL A DIFERENÇA ENTRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE OUTRAS ANALISES LEGAIS?

Isto posto, faz-se necessário indagar qual a diferença entre a análise econômica do direito de outros tipos de análise. Conforme as lições de Steven Shavell, aponta-se que as principais diferenças são três: o primeiro é o uso de empírico de modelos estatísticos a fim de alcançar resultados concretos reais e testados; o segundo é dar um peso muito maior a ideia de que os indivíduos são racionais e tem visão das consequências de suas condutas; já o terceiro é que, em um sentido de análise normativa, o modelo de análise econômica do direito, é explícito e claro a ideia de que o bem estar social é utilizado como elemento de medida. Sobre, Steven Shavell (p. 4, 2004) ensina:

³Tradução livre: A análise econômica do direito busca responder duas questões básicas. Primeiramente, quais são os efeitos de regras legais no comportamento dos atores relevantes e se esses efeitos são socialmente desejados. Para responder essas questões positivas e normativas, a abordagem utilizada na análise econômica do direito é a mesma usada na análise econômica geral: o comportamento de empresas e indivíduos é descrito assumindo que eles são racionais, visam o futuro sendo que a estrutura do bem estar econômica é adotada para verificar se os resultados são socialmente desejados.

What distinguishes economic analysis of law from other analysis of law? One might ask whether there is any qualitative difference between economic analysis of law, as defined here, and other approaches to its assessment. Is it not of interest to every legal analyst to determine how legal rules affect behavior and then to evaluate the rules with reference to some criterion of the social good? The answer would seem to be ‘yes,’ and thus in this general sense, one cannot distinguish economic analysis from other analysis of law.⁴

What does seem to mark economic analysis are three characteristics. First, economic analysis emphasizes the use of stylized models and of statistical, empirical tests of theory, whereas other approaches usually do neither. Second, in describing behavior, economic analysis gives much greater weight than other approaches to the view that actors are rational, acting with a view toward the possible consequences of their choices. And third, in normative evaluation, economic analysis makes explicit the measure of social welfare considered, whereas other approaches often leave the criterion of the social good unclear or substantially implicit.⁵

Quando Shavell expõe acima que o critério de análise do efeito comportamental de regras legais é insuficiente para diferenciar a análise econômica do direito de outras análises, a razão parece simples. Direito regula condutas humanas e é uma conduta humana em si. Não há como distinguir direito do homem, conseqüentemente, o comportamento do homem é foco essencial de qualquer análise do direito, inclusive as extremamente legalistas.

Passando, então, para as três diferenças apontadas por Steven Shavell, mister se faz destrinchar elas para sua melhor compreensão. A primeira envolve a noção de importância do resultado. Assim, o uso de modelos estatísticos e empíricos visa proporcionar informação, elemento indispensável em decisões legais e criações legislativas.

⁴ Tradução livre: O que distingue a análise econômica do direito de outra análise do direito? Podem perguntar se há uma diferença qualitativa entre a análise econômica do direito aqui definida, e outra abordagem para sua avaliação. Não é de interesse de toda análise legal determinar como uma regra legal afeta o comportamento e então avaliar as regras com referência a alguns critérios de bem social? A resposta parece ser ‘sim’ e, então, em um senso geral, um não pode distinguir análise econômica de outras análises.

⁵ Tradução livre: O que parece marcar a análise econômica são essas características. Primeiro, análise econômica enfatiza o uso de modelos estilizados e de estatístico e empírico testes de teoria, onde outras abordagens não fazem. Segundo, ao descrever comportamento, a análise econômica dá muito mais peso a do que outras abordagens a visão de que os atores são racionais, agindo com uma visão das possíveis conseqüências de suas escolhas. E terceiro, em avaliação normativa, a análise econômica faz uso explícito da medida de bem-estar social, onde outras abordagens normalmente deixam o critério do bem social incerto ou substancialmente implícita.

A segunda diferença envolve a noção de que o indivíduo, ator da relação, não age inconsequentemente e sem razão, mas que tal possui uma ideia das possíveis consequências que ele escolhe. Assim, o mesmo irá tentar agir objetivando as melhores consequências em detrimento próprio, como maximizar suas riquezas, sejam elas quais forem.

Posner (p. 4, 2011) aponta que essa racionalidade não é aplicada só no aspecto econômico da vida cotidiana, mas em todos os aspectos da vida. Transcende a noção de mercado capitalista e afeta todas as decisões da vida, desde amor ao crime. Assim ensina:

Central to this book is the further assumption that a person is a rational utility maximizer in *all* areas of life, not just in his “economic” affairs, that is, not just when engaged in buying and selling in explicit markets. This idea – which is vital to economic analysis of law because so much of law concerns nonmarket behavior (such as crime, marriage and divorce, accidents, and bequests) – goes back to Jeremy Bentham in the eighteenth and early nineteenth century but received little attention from economists until the work of Gary Becker in the 1950s and 1960s.⁶

A terceira e última aponta que, quando de análises normativas, o uso do bem estar social como fonte de medida é posto em evidência e vinculado a tal análise, elemento este que nem sempre está presente de forma tão explícita quanto na análise econômica do direito. Se faz útil recordar a respeito da definição que montamos, onde abordamos a consequência de regras legais e decisões judiciais e se tais consequências eram bem quistas. Um dos elementos para saber se são bem quistas é o bem estar social.

Assim, fica claro que a análise econômica do direito é uma fonte autônoma de análise legal, tendo suas próprias particularidades que a diferenciam de outras.

1.2. CONCEITOS IMPORTANTES NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Há alguns importantes conceitos que precisam ser compreendidos para evitar problemas de interpretação na análise econômica do direito, como a maximização de riquezas, eficiência e bem estar social (*social welfare*).

⁶ Tradução livre: Central para esse livro é a assunção de que uma pessoa é um maximizador racional de utilidades em todas as áreas da vida, não só nos seus assuntos “econômicos”, isso é, não só quando ele está engajado na compra e venda em mercados explícitos. Essa ideia – que é vital para a análise econômica do direito porque muito da lei envolve comportamento não mercadológico (como crimes, casamento e divórcio, acidentes e imprevistos) – vem de Jeremy Bentham no 18 e 19 séculos, mas recebeu pouca atenção dos economistas até o trabalho de Gary Becker nos anos de 1950 e 1960.

Por maximização de riquezas, não estamos nos referindo unicamente a riquezas monetárias, mas sim qualquer bem que considerarmos como valorativo. No presente estudo, por exemplo, a maximização de riqueza se refere ao meio ambiente – então ao buscar, na lei de ICMS Ecológico – uma maximização de riquezas, o que se almeja é maximizar a proteção ambiental que a legislação pode impor.

Richard Posner (P. 2 e 3, 1998) aponta que para os leigos na área econômica, economia é associada a dinheiro, capitalismo ou egoísmo, algo totalmente distante da realidade. O autor aponta, então, um exemplo aplicando uma análise econômica a notas em uma universidade.

Noneconomists often associate economics with money, capitalism, selfishness—with a reductive, unrealistic conception of human motivation and behavior, a formidable mathematical apparatus, and a penchant for cynical, pessimistic, and conservative conclusions. It earned the sobriquet of “the dismal science” because of Thomas Malthus’s thesis that famine, war, and sexual abstinence were the only ways in which population and food supply could be equilibrated. The essence of economics is none of these things, however. The essence is extremely simple, although the simplicity is deceptive; the simple can be subtle, can be counterintuitive; its antithesis is “complicated,” not “difficult.”⁷

Most economic analysis consists of tracing out the consequences of assuming that people are more or less rational in their social interactions. In the case of the activities that interest the law, these people may be criminals or prosecutors or parties to accidents or taxpayers or tax collectors or striking workers—or even law students. Students treat grades as prices, so that unless the university administration intervenes, unpopular professors, in order to keep up their enrollments, will sometimes compensate students for the low perceived value of the course by giving them higher grades, that is, by raising the price that the professor pays for the student.⁸

⁷ Tradução livre: Não economistas normalmente associam economia com dinheiro, capitalismo, egoísmo – com uma concepção redutiva e não realista da motivação e do comportamento humano a um aparato matemático, com um inclinação para cinismo, pessimismo, e conclusões conservadoras. Ele ganhou a alcunha de “a ciência sombria” por causa da tese do Thomas Malthus de que apenas fome, guerra, e abstinência sexual equilibravam a população mundial e a comida disponível. A essência da economia não é nenhuma dessas coisas. A essência é extremamente simples, entretanto, a simplicidade engana; o simples pode ser sutil, pode ser contra intuitivo; sua antítese é “complicado” e não “difícil”.

⁸ Tradução livre: A maioria das análises econômicas consistem na verificação de consequências assumindo que as pessoas são mais ou menos racionais nas suas interações sociais. No caso das atividades que interessam a lei, essas pessoas podem ser criminosos ou promotores ou partes em acidentes ou contribuintes ou o fisco ou grevistas – ou até estudantes de direito. Estudantes tratam notas como preços, então a menos que a administração da universidade intervenha, professores impopulares, para aumentar as matrículas nas suas turmas, compensaram alunos pelo baixo valor percebido das aulas com notas maiores, ou seja, aumentando o preço que o professor para pelo aluno.

Ou seja, não se deve focar apenas na ideia de que ao falar de riquezas estamos tratando de bens materiais/financeiros. Qualquer coisa pode ser riqueza se tiver valor para um indivíduo. Este aspecto é semelhante a definição de bem estar social que é utilizada por Steven Shavell

According to the framework of welfare economics, social welfare is assumed to be a function of individual's well-being, that is, of their utilities. An individual's utility, in turn, can depend on anything about which the individual cares: not only material wants, but also, for example, aesthetic tastes, altruistic feelings, or a desire for notions of fairness to be satisfied. Hence, social welfare can depend of any of these elements, and will depend on them to the extent that individual's utilities do. **It is this a mistake to believe that, under the economic view, social welfare reflects only narrowly "economic" factors, namely, the amounts of goods and services produced and enjoyed.** (grifo nosso)⁹

Ambos expõe a ideia de que ao tratar de riqueza ou bem estar social, não estamos tratando, automaticamente, de bens materiais. No presente trabalho, por exemplo, o bem estar social é o decorrente de um meio ambiente protegido e saudável e é esta a riqueza que se objetiva maximizar com o instituto do ICMS Ecológico.

Eficiência, por fim, na visão do Richard Posner é um termo técnico. Ele significa explorar recursos econômicos de forma a satisfazer a necessidade humana, medida na forma de boa vontade em pagar por determinada coisa. Por boa vontade de pagar, deve-se interpretar como o quanto alguém está disposto a pagar por algo. Esta disposição é o significado do termo "valor".

Efficiency is a technical term: it means exploiting economic resources in such a way that human satisfaction as measured by aggregate consumer willingness to pay for goods and services is maximized. Value too is defined by willingness to pay.¹⁰

⁹ Tradução livre: De acordo com a estrutura de economia do bem estar, assume-se que bem estar social é função do bem estar de determinado indivíduo, isso é, suas utilidades. As utilidades de um indivíduo, por sua vez, podem depender das coisas que o indivíduo gosta: não só as vontades materiais, mas, por exemplo, gostos estéticos, sentimentos altruístas, ou desejo por noções de justiça. Assim, bem estar social pode depender de qualquer desses elementos e vai depender na extensão que as utilidades do individual tomam. É um erro acreditar, sobre a visão da economia do bem estar, que bem estar social reflete somente fatores "econômicos", principalmente a quantidade de bens e serviços produzidos e usufruídos.

¹⁰ Tradução livre: Eficiência é um termo técnico: ela significa explorar recursos econômicos em tal maneira que a satisfação humana é medida pela agregação máxima de o que o consumidor pagaria por bens e serviços. Valor também é definido pela boa vontade em pagar.

Em relação a valor, Richard Posner (p.15, 2011) melhor:

The economic value of a good or a service is how much someone is willing to pay for it, if he has it already, how much money he demands for parting with it. These are not Always the same amounts, and this can cause difficulties, which we shall consider later.¹¹

Alan Krupnick (1999. P. 2), por sua vez, define valor como sendo ‘‘(...) a theoretical construct inferred from choice; can be stated or revealed; measured as willingness to pay¹²’.

Ao ler o presente artigo, deve-se considerar portanto, os termos acima expostos com seus significados de forma a evitar possíveis problemas de interpretação por conflito de significados com autores diferentes dos adotados.

1.3. METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Richard Posner (p.5, 2011) aponta que há quatro princípios da economia que guiam e regem a análise econômica do direito, tais como: lei da demanda; custo da oportunidade; a tendência dos recursos para gravitar em direção dos usuários mais valiosos; e equilíbrio.

A lei da demanda estabelece uma proporção inversa entre o preço cobrado e a quantidade demandada. Ou seja, se determinado produto ficar mais caro e o preço dos outros não variar, os consumidores utilizando da razão irão buscar a substituição dele por outro, reduzindo assim a quantidade demandada.

Essa lei não opera somente no mercado. Richard Posner (p. 7, 2011) dá um exemplo de um professor universitário impopular. Para que o hipotético professor aumente o número de alunos em sua disciplina, ele aumenta a média da nota dos alunos na sua turma, reduzindo assim o preço do curso. Posner explica:

The Law of Demand doesn't operate just on goods with explicit prices. Unpopular teachers sometimes try to increase class enrollment by raising the average grade of the students in their courses, thereby

¹¹ Tradução livre: O valor econômico de um bem ou serviço é quando alguém está disposto a pagar ou, se ele já tem, quanto ele está disposto a receber para vender o bem. Esses valores nem sempre são os mesmos, o que cria dificuldades que mais tarde será analisado.

¹² Tradução livre: é um constructo teórico analisado sobre escolha; pode ser avaliado e exposto; medido como boa vontade em pagar.

reducing the price of the course to the student and so inducing students to substitute the unpopular teacher's class for another class.¹³

O segundo princípio é o custo das oportunidades. Isso porque a maioria das oportunidades não são gratuitas. Elas custam tempo e diversos outros tipos de recursos. Além do custo direto – quanto iremos pagar pela oportunidade – também há o custo indireto – quanto poderíamos ganhar fazendo outra coisa no mesmo tempo e com os mesmos recursos. Tal fato necessita ser levado em consideração ao analisar economicamente determinado objeto.

Ainda, essa regra quebra uma das falácias da economia: a que ele gira ao redor de dinheiro. Na verdade a economia está preocupada com a alocação de recursos, quaisquer que sejam. Richard Posner (p. 9, 2011) utiliza o exemplo do trabalho doméstico, que é uma atividade econômica onde não há compensação financeira.

Outro exemplo, e este bastante inusitado, proposto por Richard Posner (p. 9, 2011) é sexo. Isso porque sexo demanda tempo e tempo é um recurso de forma que o ato de decidir fazer sexo é um ato de alocação de recurso e, conseqüentemente, um ato que interessa a economia.

Ainda, sexo possui riscos, como doenças sexualmente transmissíveis ou gravidez, que por sua vez geram custos pecuniários como consulta médica, medicamentos ou, no caso de gravidez, o custo de sustentar um filho. Tudo isso precisa ser levado em consideração.

Equilíbrio é, como o próprio nome revela, um ponto estável. Posner (p. 12, 2011) explica essa regra com um exemplo. O governo determina um preço abaixo do preço de equilíbrio. Assim os produtores vão perder o estímulo de produzirem e haverá falta do mesmo. Isto acontece muito em economias planificadas ou em governos que buscam uma intervenção extremamente agressiva nas suas economias. Um exemplo recente de violação dessa regra e seus efeitos é a Venezuela.

A dificuldade de obter o equilíbrio decorre da terceira regra apresentada de que os recursos tendem a gravitar para os usos mais valiosos. Ou seja, se A oferece mais que B por determinado produto, é porque este vale mais para A do que para B.

¹³ Tradução livre: A Lei da Demanda não opera somente em bens com valores explícitos. Professores impopulares, para aumentar o número de alunos nas suas turmas, aumentam a média das notas, reduzindo o preço do curso para o estudante e induzindo estudantes a substituírem outra matéria pela do professor impopular.

Assim, Richard Posner aponta que quando os recursos estão sendo usados nos seus valores mais altos, e que relocação nenhuma desses recursos aumentaria o valor, então haveria eficiência na relação.

Desta forma, fica apresentada a base da análise econômica do direito, expondo o que é, suas principais características, e a metodologia que norteia o instituto.

2. APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO ICMS ECOLÓGICO

O meio ambiente saudável e equilibrado é indispensável para a existência humana. Entretanto, ele é um bem explorável e efetivamente explorado que resulta em desenvolvimento econômico em diversos níveis. O seu valor financeiro, assim, é um elemento que não pode ser desprezado na formulação de políticas públicas de proteção ambiental.

Isso posto, passe-se para a aplicação da análise econômica ao ICMS Ecológico. Richard Posner, conforme exposto no capítulo anterior, estabeleceu as regras da lei da demanda; custo da oportunidade; a tendência dos recursos para gravitar em direção dos usuários mais valiosos; e equilíbrio.

Ora, a exploração de recursos naturais gera riqueza aos municípios, tanto via tributação como por externalidades positivas (geração de empregos, possíveis investimentos em infraestrutura, dentre outros).

As legislações de ICMS Ecológico estabelecem o repasse de verbas do ICMS condicionadas, dentre várias condicionantes, a preservação ambiental, ou seja, a não exploração desses recursos. O que a análise econômica do direito faria então, via a aplicação das regras da economia é questionar: o valor repassado via ICMS Ecológico é economicamente eficiente?

O gestor público possui o dever de garantir diversos direitos, dentre os quais elenca-se os mais populares: saúde, segurança e educação. Até os direitos fundamentais classicamente denominados de primeira geração possuem custos, ou seja, a garantia de propriedade privada, voto universal, garantia de devido processo legal, dentre outros, dependem da existência de recursos para garantir o seu cumprimento. Nesse sentido Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999. P. 43) ensinam:

Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to

the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse.¹⁴

Isso depende de recursos. Nada adianta, então, uma legislação de compensação e repasse financeiro que acabe reduzindo os valores que o Município vai efetivamente receber. Ou seja: se o repasse de ICMS Ecológico for menor do que a exploração dos recursos naturais para o Município, a legislação não terá efeito prático real. Isso nada mais é que a análise do custo da oportunidade. O Município analisará se diminuir ou impedir a exploração será economicamente melhor.

Pela lei da demanda, se o preço de determinado bem aumentar, a demanda vai diminuir, ou seja, se o valor do bem natural explorável aumentar, a demanda por ele vai diminuir. No caso do ICMS Ecológico, ao condicionar um repasse a conservação, há o estabelecimento de um preço – o Estado instituidor da legislação está pagando um valor X para que a riqueza natural não seja explorada. Se esse valor X for alto suficiente, haverá diminuição da demanda.

Os recursos precisam gravitar em consideração ao bem ambiental. É esse o bem que a lei do ICMS Ecológico quer proteger e, se não há uma análise, por parte do legislativo, focada nisso, a legislação não terá efeito. E o legislador também precisa conhecer o equilíbrio dos valores dos bens analisados para que a legislação, ao romper esse equilíbrio, traga resultados efetivos. O ICMS Ecológico precisa oferecer mais pelo bem ambiental que o particular que desejar explorar. E para fazer isso há de conhecer o valor do bem.

De nada adianta a criação de uma legislação de ICMS Ecológico que não seja atraente para o Município e é nessa esteira que a análise econômica do direito se aplica. A ideia é entender que bens, quaisquer que sejam, tem valor, e que uma legislação que visa afetar esses bens precisa entender qual é o valor.

2.1 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PARAENSE

¹⁴ Tradução livre: Direitos são custosos porque os instrumentos de sua garantia são custosos. Vigiar e aplicar é caro, especialmente se isso for feito de forma justa e uniforme, direitos legais são vazios na correspondência de sua aplicação. Formulado diferentemente, quase todos os direitos implicam um dever correlativo, deveres só são levados a sério quando descumprimento for punido pelo poder público custeado por recursos públicos.

Para melhor visualizar a aplicação da análise econômica do direito no ICMS Ecológico se faz mister apresentar um caso concreto, no caso, a legislação do Estado do Pará. O Estado do Pará incluiu o ICMS Ecológico no ordenamento estadual via Lei Estadual nº 12 de junho de 2012 com regulamentação pelo Decreto Estadual nº 775 de 12 de julho de 2012 e busca destinar 8% (oito por cento) dos valores de repasse de ICMS ao cumprimento das condicionantes ambientais. Tais critérios estão no artigo 4, que estabelecem:

Art. 4º O repasse do ICMS Verde aos municípios, durante os anos de 2014, 2015 e 2016, será feito de acordo com os seguintes critérios e indicadores: I - 25% (vinte e cinco por cento) do valor total do repasse, considerando a porcentagem do território municipal ocupado pelas seguintes Áreas Protegidas e de uso especial:

- a) Unidades de Conservação de Proteção Integral, em nível federal, estadual ou municipal;
- b) Terras Indígenas;
- c) Áreas Militares;
- d) Unidades de Conservação de Uso Sustentável, em nível federal, estadual ou municipal;
- e) Terras Quilombolas arrecadadas ou em vias de arrecadação, com a respectiva comprovação de titulação ou certidão equivalente.

II - 25% (vinte e cinco por cento) do valor total do repasse, considerando a existência de um estoque mínimo de cobertura vegetal e a redução do desmatamento nos municípios, com base nos índices do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE, da seguinte forma:

- a) cobertura vegetal mínima de 20% (vinte por cento) em relação à cobertura vegetal nativa original no território municipal;
- b) redução do desmatamento registrado no último ano em relação à média dos anos 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010 e 2010/2011:

[...]

III - 50% (cinquenta por cento) do valor total do repasse, considerando a porcentagem da área cadastrável do município inserida no Cadastro Ambiental Rural - CAR-PA.

[...]

§ 2º As Áreas Protegidas, previstas nas alíneas “a”, “b”, e “c” do inciso I deste artigo, terão um peso de 60% (sessenta por cento) em relação às áreas previstas nas alíneas “d” e “e”, cujo peso será de 40% (quarenta por cento) neste critério.

[...]

Para verificar se a legislação será eficiente, conforme o exposto acima, se faz necessário questionar: qual é o valor que os Municípios ganhariam explorando as áreas de Unidade de Conservação de Proteção Integral, terras indígenas, Unidades de Conservação de Uso Sustentável, explorando a cobertura vegetal de seus territórios, não investimento em programas do Cadastro Ambiental Rural.

Definindo esse valor, a legislação de ICMS Ecológico precisa apresentar um repasse maior que o valor definido. Se não fizer isso, os Municípios não terão estímulos para preservar o meio ambiente.

Desta forma, faz-se necessário, para definição de uma política pública de proteção ambiental cuja base é repasse financeiro, fazer esse repasse ser atrativo, e o instrumento que dirá se há atratividade no repasse é a análise econômica do direito.

CONCLUSÃO

A análise econômica do direito é um instrumento extremamente valioso ao operador do direito. Sua aplicação exige uma qualidade desse operador: ter uma mente aberta e investigativa, abandonando dogmas e preconceitos. Sua aplicação é demasiadamente ampla e conforme o presente trabalho expôs, é uma ferramenta válida de eficácia legislativa.

Trata-se de um instituto que precisa ser mais estudado e aplicado no Brasil, país com uma legislação extensa e extremamente ineficiente em todos os sentidos. Um exemplo mais evidente disto é o campo tributário, onde o Brasil possui uma das legislações fiscais mais complexas e burocráticas do mundo, e mesmo assim possui níveis altos de sonegação tributária.

Conforme exposto, devemos reconhecer que o meio ambiente possui valor econômico. Ao reconhecer isso, e entender como analisar o seu valor para determinada pessoa ou ente, podemos aplicar políticas públicas baseadas em repasse de recursos com caráter estimulatório e compensatório.

Isso dependerá do entendimento das quatro regras ensinadas acima: lei da demanda; custo da oportunidade; a tendência dos recursos para gravitar em direção dos usuários mais valiosos; e equilíbrio. Além disso, o operador do direito precisa adotar uma visão pragmática para tentar entender ao fundo as consequências de seus atos.

Dessa forma, claro fica a importância da análise econômica do direito para políticas públicas com objetivo proteção ambiental de forma que o operador do direito ambiental, tributário e econômico, ao tentar alcançar esse necessário objetivo, precisam dos conhecimentos trazidos pela análise econômica do direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CALIENDO. Paulo. **Direitos Fundamentais, Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**: contribuições e limites. Direitos Fundamentais e Justiça – Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/7_Artigo_9.pdf>. Acesso em 01 de julho de 2016.

KAPLOW. Louis; SHAVELL. Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 251. 1999. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=150860>. Acesso em: 28 de junho de 2016

KRUPNICK. Alan. **Economic Analysis**. Pace environmental law review. Vol. 16. 1999.

LOUREIRO. Wilson. **ICMS Ecológico, uma experiência brasileira de pagamentos por serviços ambientais**. Fundação SOS Mata Atlântica – Curitiba: The Nature Conservancy (TNC), 2008.

POSNER. Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____ **Economic Analysis of Law**. Aspen Publishers. 2011

_____ **The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987**. Harvard Law Review 761. 1987.

_____ **Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law**. John M. Olin Law & Economics Working Paper nº 53 – The University of Chicago. 1998. Disponível em: < http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf >. Acesso em: 29 de junho de 2016

SCAFF, F. F.; TUPIASSU, L. V. C. **Tributação e Políticas Públicas: O ICMS Ecológico**. In: TORRES, Heleno Taveira. (Org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 724-748

SHAVELL. Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge, Massachusetts. The Belknap Press of Harvard University Press. 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights – why liberty depend on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999,

TUPIASSU. Lise Vieira da Costa. **Tributação Ambiental: A utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável**. Renovar 2006