

## **CUMPRIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA GESTÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS AÇÕES ESTATAIS Á LUZ DA AED**

ERIC ARAUJO ANDRADE OLIVEIRA<sup>1</sup>

JADSON CORREIA DE OLIVEIRA<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 2 BREVE PANORAMA CONCEITUAL. 3 FERRAMENTAS NORMATIVAS COMO GARANTIA À EFICIÊNCIA E O COMBATE À EVASÃO FISCAL. 4 POLÍTICAS PÚBLICAS EM ALINHAMENTO COM A MÁXIMA DA EFICIÊNCIA. 5 A INDETERMINAÇÃO DO COMPORTAMENTO HUMANO EM CONTRAPARTIDA À TGDM E À AED. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

**RESUMO:** Com os novos posicionamentos científicos, deflagrados no século XX e perpetrados no século XXI a respeito da inter-relação entre os elementos das ciências, até então definidos como estanques, chama-se atenção para os novos mecanismos jurídico-teóricos que exurgem neste íterim visando atender demandas complexas e interdisciplinares em cujos fundamentos repousam as premissas e as regras de outras ciências sociais. Desta forma o presente artigo objetiva esclarecer o seguinte questionamento: A racionalidade proposta pela metodologia AED alinhada com um estudo comportamental proposto por

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Alteridade e Direitos Fundamentais, na área de concentração: Políticas públicas e efetivação de direitos fundamentais, pela Universidade Católica do Salvador, advogado, graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Telefone: (71) 99206-2797. Endereço: Condomínio Vilas do Joanes, Q.3, Catu de Abrantes, Camaçari- BA. Modalidade de Trabalho: Artigo

<sup>2</sup> Pós- Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae- IGC/CDH, da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UNICAP. Especialista em Direito Público pela ESMAPE. Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe, do Centro Universitário do Rio São Francisco e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador. Advogado.

Pachukanis em sua Teoria Geral da Norma e Marxismo ou TGDM (especialmente quanto ao descumprimento normativo) é um método eficiente para a solução dos problemas atuais da gestão orçamentária? Para solucionar este questionamento far-se-á uso do lógico-hipotético dedutivo e da revisão bibliográfica qualitativa. Conclui-se que a AED será uma ferramenta eficiente tão somente quando o gestor público for capaz de dispor da mesma eficientemente de acordo com as necessidades do caso concreto, estando ela limitada pelo interesse ou objetivo do gestor público, que embora no contexto da teoria dos jogos trate-se de um “jogador racional”, o mesmo poderá utilizar do campo de suas ações em benefício próprio e não da sociedade, preferindo atender interesses subjetivos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais; Análise Econômica do Direito. Descumprimento Normativo. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Eficiência orçamentária.

## **FULFILLMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH PUBLIC MANAGEMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF STATE ACTIONS IN THE LIGHT OF AED**

**ABSTRACT:** With the new scientific positions, triggered in the 20th century and perpetrated in the 21st century regarding the interrelationship between the elements of science, until then defined as watertight, attention is drawn to the new legal-theoretical mechanisms that emerge in the meantime, aiming to meet complex and interdisciplinary demands on whose foundations rest the premises and rules of other social sciences. Thus, this article aims to clarify the following question: The rationality proposed by the AED methodology aligned with a behavioral study proposed by Pachukanis in his General Theory of Norm and Marxism or TGDM (especially regarding normative non-compliance) is an efficient method for the solution of current problems in budget management? To solve this question, the logical-hypothetical deductive and the qualitative bibliographic review will be used. It is concluded that the AED will be an efficient tool only when the public manager is able to efficiently dispose of it according to the needs of the specific case, being limited by the interest or objective of the public manager, although in the context of the theory of games in the case of a “rational player”, he will be able to use the field of his actions for his own benefit and not for society, preferring to meet subjective interests.

**KEYWORDS:** Fundamental rights. Economic Analysis of Law. Normative Non-compliance. General Theory of Law and Marxism. Budget efficiency.

### **INTRODUÇÃO**

Num panorama normativo atual do Estado Brasileiro de grande produção normativa e de crescimento da função jurisprudencial, faz-se necessária a análise do cumprimento da norma justamente para se perceber a sua eficácia e efetividade no meio social.

O presente artigo lança mão da ferramenta metodológica da AED (análise econômica do Direito) derivada do termo Law and economics, como ferramenta supletiva para se conceber o fenômeno do descumprimento normativo pelo gestor público, e os impactos deste fato no orçamento, tal ferramenta que deve o seu nascimento a correntes mais pragmáticas trazidas dos EUA, lança um olhar menos axiológico e mais quantitativo das ações do sujeito, visando assim prever determinados comportamentos.

De forma a não tratar exaustivamente de todos os temas atinentes à AED, o presente artigo irá se concentrar no subtema da Teoria Dos Jogos, que mais se aproxima do objetivo de entender e interpretar determinados fenômenos comportamentais do cidadão, do gestor público e daqueles envolvidos diretamente com a gestão orçamentária.

É válido ressaltar também a grande quantidade de ramos científicos entremeados com a atividade orçamentária. Portanto serão colocados determinados ditames e conceitos objetivando traçar uma linha lógica entre a problematização e o resultado.

A AED traz um ponto de vista mais prático e mais pragmático para a resolução das questões orçamentárias, pois dessas se pode exprimir o conceito da escassez. A escassez orçamentária é justamente aquele entre os recursos públicos escassos e as necessidades públicas crescentes. Dentre elas dar cumprimento aos Direitos Fundamentais Sociais elencados na Constituição Federal.

Neste sentido a AED também tende a oferecer ferramentas que possam ser utilizadas pelo gestor, pelo intérprete da lei e pela própria sociedade no combate ao desequilíbrio orçamentário e na busca pela efetivação dos Direitos fundamentais ligados ao Estado de Direito e ao Estado do bem Estar social.

Como norma principal escolhida para o estudo do fenômeno jus-filosófico denominado de descumprimento da norma se tem o Princípio da Eficiência petrificado no art. 37 do texto constitucional, que se apresenta como principal regra norteadora da melhora do desempenho da atividade orçamentária e como verdadeiro guia para a sua destinação final em relação aos Direitos Fundamentais.

Para a realização dos objetivos, optou-se pela adoção da pesquisa bibliográfica, sobre um viés crítico, bem como a documental, com utilização do arcabouço normativo correlato com a atividade financeira e orçamentária do Estado, de modo a trazer dados mais concretos e elucidativos para a solução do problema proposto.

## 2 BREVE PANORAMA CONCEITUAL

O princípio da Eficiência foi destacado do Rol dos Princípios constitucionais por melhor explicitar o ideal de moralidade, eficácia e transparência na persecução do bem comum, abarcando em seu bojo vários subprincípios, todos intimamente ligados com o aprimoramento estatal, e, portanto, com a melhoria da infraestrutura orçamentária do Estado. São eles: Princípio da Imparcialidade que prevê uma atuação imparcial e independente do administrador público perante os interesses difusos e coletivos do Estado<sup>3</sup>.

O Princípio da Neutralidade, que prevê a isenção valorativa do administrador público em relação aos interesses em conflito, ou seja, não deve o administrador público agir conforme interesses particulares<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública**. Coimbra, 1996, p.170, apud MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 33ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>4</sup> MACHADO, João Baptista. **Participação e descentralização: democracia e neutralidade na constituição de 1967**. Coimbra, 1982, p.145, in MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 33ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

O Princípio da Transparência, que visa o combate á ineficiência formal o combate aos subornos, á corrupção e ao tráfico de influência, na medida em que aproxima os atos que compõem atuação estatal do crivo e do conhecimento do cidadão, de forma também á afastar favorecimentos e discriminações<sup>5</sup>.

Princípio da Participação ou Princípio da Gestão Participativa, que impõe essa maior interação entre a atuação estatal e a participação popular, ficando á cargo de a legislação infraconstitucional dispor sobre as formas de participação do cidadão na administração pública direta e indireta<sup>6</sup>.

O Princípio da Eficácia estabelece a diretiva do cumprimento das atribuições públicas na melhor e na maior medida do possível, prevendo também uma liberdade relacional para que os administradores públicos possam de fato cumprir tal premissa<sup>7</sup>.

Há também o Princípio da Busca da Qualidade, onde se preocupa com o cumprimento de critérios máximos e mínimos de qualidade dos serviços prestados pelo administrador público, dentre eles os Direitos Prestacionais do art. 6º da CRFB/88, tal princípio se baseia em uma “*melhoria permanente dos serviços públicos*”<sup>8</sup>.

E por fim o Princípio da Desburocratização, que busca a redução de atividades meramente protelatórias e dispensáveis que afetem tão somente o cidadão. Mais do que tão somente um princípio a Eficiência estabelece o contexto sem o qual as ações prestacionais estatais e os atos normativos não teriam a aderência e aplicabilidade necessárias ao caso concreto e não cumpririam seu escopo<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 33ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>6</sup> OTERO, Paulo. **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**. 1992, p. 268, *apud* MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 33ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>7</sup> VITA, Eduardo Coca. **Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la administración**. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, p.290, *apud* MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 33ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>8</sup> Portaria nº 5, 1991, **CNPQ**, *apud* MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 33ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>9</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no estado de direito**. Coimbra, 1990, p. 201, *apud* MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 33ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

O plano gerencial público tal qual o privado enfrenta desafios que superam o mero debate axiológico-valorativo, possui uma premente necessidade de posicionamentos pragmáticos muitas vezes voltados para colheita e quantificação de dados do mundo real.

Tendo tal necessidade em mente, o gestor público assim como também o particular lançam mãos de um arcabouço de ferramentas metodológicas, dentre elas a Análise Econômica do Direito, que ganhou sua maturidade nas décadas de 60 e 70 nos EUA e que num ambiente jurídico de *Common Law* (Uma vez que o sistema jurídico-normativo brasileiro abarca tanto o *Civil Law* quanto o *Common Law*), petrificada no Código de Processo Civil, se tem a importação dessas correntes para o Brasil. Tal metodologia pragmática, focada em análise lógica, contábil e estatística da realidade, fornece dados capazes de embasar as melhores escolhas do gestor.

A regra de proibição ínsita ao novo texto constitucional por meio da EC nº100/19, subsume-se á questão do cumprimento e do descumprimento da norma, o que pode ser observado desde já.

Desde o panorama normativo previsto na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, o descumprimento da norma seria um supedâneo da própria existência da norma<sup>10</sup>. O estudo do descumprimento da norma como ato deliberado do sujeito, será essencial para se quantificar a eficiência e a adesão da mesma trazida na norma.

Com intuito de melhor situar o leitor no ambiente técnico e conceitual dos custos do Direito, da Teoria Pura do Direito e da AED, Análise Econômica do Direito ou da expressão *Law And Economics*, uma vez tendo esse termo nascido nos EUA, faz-se necessário um breve introito de caráter puramente conceitual nos referidos temas, de modo a melhor sistematizar o tema e cumprir a máxima da clareza da linguagem tão defendida por Karl Popper<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> UCHIMURA e LIMA. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. In **Revista: Direito e Práxis**, 2018, pp. 2147-2148.

<sup>11</sup> POOPER, Karl R. **Lógica das Ciências Sociais**.

Não se trata de uma análise exaustiva do tema, o que se objetiva é puramente fornecer as ferramentas necessárias ao jurista, ou a qualquer leitor que não tenha familiaridade com o tema.

AED em primeiro plano é uma releitura da terminologia Anglo-Saxônica *Law And Economics*, que para fins didáticos é aqui colocado como Análise Econômica do Direito ou AED, terminologia também conforme os usos pela Doutrina e jurisprudência.

Deve-se atentar para a abordagem comportamental dos sujeitos dentro do âmbito da AED, isso por que dentro dessa metodologia, o comportamento dos sujeitos ganha especial relevância, sendo abordado por meio do subtema Teoria dos Jogos, segmento da AED que estuda por meio de ferramentas da Estatística e da lógica, os comportamentos entre os sujeitos.

Tal estudo parte da premissa de que os sujeitos possuem uma racionalidade que embora não absoluta, lhes permita reagir criticamente entre si, e também que as ações de um sujeito são em parte ditadas pelas ações do outro. Ambos os sujeitos observam-se mutuamente e adotam práticas sempre tendo em vista o posicionamento alheio.

No âmbito jurídico, o estudo comportamental se faz evidente: seja do ponto de vista penal, a exemplo do sujeito indiciado pela prática de um crime de um lado e o Estado exercendo o seu Poder de fazer cumprir a norma penal do outro. Seja em um ambiente cível sob a ótica contratual, onde existe ou não a necessidade do credor adotar posturas, quando do descumprimento contratual por parte do devedor, seja ainda no plano do Direito internacional onde, as atitudes das organizações internacionais e dos Estados, se definem pela observação, análise e ponderações das atitudes uns dos outros.

O plano relacional tratado na Teoria dos Jogos é fundamental para se compreender o fenômeno do descumprimento da norma, questão premente da

Filosofia moderna, e em constante debate no meio científico e acadêmico jurídico<sup>12</sup>.

Outro aspecto de importância basilar para se entender o fenômeno do descumprimento da norma, partindo-se do prisma da AED, é justamente a figura dos Custos do Direito, levantada por Ronald Coase em sua obra: *The Problem of Social Cost*<sup>13</sup> quando ele vai trazer a questão dos custos de Transação que podem ser subdivididos em: Custo de Busca para Realização, Custos de Negociação e Custos de Cumprimento.

Tais custos referem-se aqueles por de trás de todas as ações humanas, tendo sempre como paradigma a questão dos custos internos, ou seja, dos interesses particulares, e dos custos externos, mais voltados para os fins sociais, e o cumprimento de normas do convívio social, de caráter positivo ou não.

Tendo em conta os custos por de trás de todas as ações e de todas as omissões de um sujeito quando da análise do caso concreto, essa metodologia dos Custos do Direito, busca compreender e quantificar as ações do sujeito com base na equação entre os custos envolvidos em tais ações ou omissões e entre os ganhos e os benefícios dessas ações. De forma mais restritiva e simplificada, o que se teria basicamente é uma análise de Custo-Benefício, que o sujeito lança mão para o cumprimento ou para o descumprimento de algum determinado ditame, podendo-se observar tal análise quando do cumprimento ou descumprimento da norma.

A título de explicação deve-se interpretar a figura da norma como aquela lecionada pelo professor Alexy<sup>14</sup>, tanto pelo viés da regra, com sua natureza de posição abstrata definitiva, quanto pelo viés principiológico, ou seja, normas como posições *prima facie*.

Também se atentando para a estrutura triádica das normas de Direitos subjetivos, ou seja, composta por três elementos, quais sejam: O Sujeito

---

<sup>12</sup> UCHIMURA e LIMA. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. In **Revista: Direito e Práxis**, 2018, pp. 2145-2148.

<sup>13</sup> COASE, Ronald. H. **The Problem of Social Cost**.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direito Fundamentais**.



portador do Direito, que num panorama normativo constitucional seria o cidadão, e já num panorama contratual seria então o Credor.

O Sujeito Destinatário do Direito, aquele que possui uma obrigação relacional quanto ao sujeito portador do Direito, qual seja garantir a efetividade deste Direito subjetivo. Dentro de um panorama constitucional seria o próprio Estado enquanto garantidor de prestações de Direitos fundamentais, ou devedor num panorama contratual.

O terceiro elemento é o Objeto do Direito Objetivo. Também é válido ressaltar que os Direitos voltados para as ações estatais na busca pela eficiência e minoração das desigualdades sociais se localizam no plano positivo das prestações ao Estado. São, portanto, prestações positivas: Normativas ou Fáticas, ligadas às metas e objetivos estatais plasmadas no texto constitucional.

No âmbito dos princípios tributários, dada a sua relevância para a atividade orçamentária, existe certa divergência doutrinária quanto à sua natureza. Correntes doutrinárias os enxergam como possuidores de natureza *prima facie*, enquanto que outras doutrinas defendem sua natureza como posições definitivas, ter-se-ia a ideia de princípios tributários verdadeiramente como regras tributárias.

Atualmente parte significativa da doutrina tributária entende a maioria dos princípios tributários como regras, por não enxergarem ponderações ou colisões entre os mesmos, a exemplo do princípio da anterioridade, que seria mais bem configurado como regra da anterioridade tributária, enquanto que o princípio da Isonomia, uma vez possível a sua ponderação, seria verdadeiramente um princípio.

A despeito desta defesa da doutrina dos princípios tributários como regras, a legislação e a jurisprudência continuam a os taxar como princípios, sendo essa sua terminologia oficial<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 13ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2019.

Importante se faz também mencionar, um critério de fundamental importância quando do cálculo da equação custo-benefício, proposta pelos custos do Direito que é a figura do arbítrio, ou seja, o caráter volitivo do sujeito enquanto razoavelmente racional, de se esquivar da razão matemática do custo-benefício e aplicar prática diversa aquela seria mais eficiente, tal se pode observar não apenas no plano valorativo-axiológico, mas também por meio do estudo da eficiência da natureza punitiva da regra, que pode incidir inclusive no abandono deliberado dos cálculos dos custos do Direito frente á outro fator matemático qual seja, a probabilidade da efetivação da sanção<sup>16</sup> .

Em oposto ao crivo da probabilidade do descumprimento da norma, conforme Mascaro *“No outro extremo, o risco pode ser tão grande que o dever-se da norma é ‘praticamente um ser”*<sup>17</sup>, se teria uma eficiência da norma tão elevada que praticamente obstaría o seu descumprimento.

O orçamento está além do plano meramente legal, ou meramente político, funcionando como uma verdadeira interseção entre os poderes que compõe o Estado Brasileiro sendo, portanto, uma verdadeira garantia á efetivação dos Direitos Fundamentais.

A atividade gerencial de manejo do orçamento público perpassa principalmente a questão do cumprimento e descumprimento da norma, uma vez que embora haja certa margem discricionária para ação positiva do gestor público, da mesma forma também, nasce a imposição de posturas ou omissões ou ações negativas impostas por normas.

Tal imposição de posturas não obsta o fenômeno do descumprimento normativo pelo agente público, merecendo tal ação uma análise mais séria.

Também no plano conceitual é válido destacar as ciências abarcadas pelo recurso metodológico da Análise Econômico do Direito. São essas: As Ciências

---

<sup>16</sup> UCHIMURA e LIMA. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. Revista Direito e Práxis, 2018, pp. 2149-2150.

<sup>17</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade do Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, *apud* UCHIMURA e LIMA. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. In **Revista: Direito e Práxis**, 2018, p.2150.

Contábeis, e a contabilidade que conforme Padoveze<sup>18</sup> é definida como “as ciências sociais que controlam o patrimônio de uma entidade”, sendo que a “entidade” deve ser compreendida como o “conjunto patrimonial que pode ou deve ser objeto de controle individualizado”, tendo como figura central o patrimônio definido como “um conjunto de bens, direitos e obrigações”.

Já em relação à estatística, também ramo científico abarcado nas ações orçamentárias, Downing e Clarck a sistematizam em dois conceitos, diferentes, porém, interconectados: 1) “Um conjunto de dados numéricos” 2) “Um ramo da matemática, abrangendo a estatística descritiva e a inferência estatística, que se ocupa de dados estatísticos”<sup>19</sup> tal ramo do conhecimento trata de fornecer ferramentas para obtenção, organização e análise de dados.

Ganha notada relevância a Lógica, e sua influência na ciência jurídica conforme se posiciona Reale<sup>20</sup> “A Lógica condiciona todo conhecimento científico, mas não esgota esse conhecimento [...] toda Lógica só o é em razão de objetos ideais.” A Lógica parte, portanto, do plano do dever ser, do plano do ideal, plano este de análise da norma conforme a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen<sup>21</sup>.

Ainda no plano da conceituação de ciências interligadas com a atividade financeira do Estado e seus desdobramentos temos a figura da Auditoria, tanto a Auditoria Interna: que avalia os processos e controles internos e a efetivação de riscos, sendo exercida por profissional interno à entidade; quanto pela Auditoria Externa: mais voltada para a validação de saldos e movimentações, sobretudo sobre uma ótica contábil e tributária, sendo exercida por agente externo à entidade<sup>22</sup>.

A questão da responsabilidade civil faz-se presente no âmbito dos operadores da auditoria, em conformidade, portanto com o art. 927 do C.C e com a questão da responsabilidade empresarial cível, conforme a lei nº 10.406/02

---

<sup>18</sup> PADOVEZE, Clóvis Luís. **Contabilidade Geral Facilitada**. São Paulo: Método, 2017.

<sup>19</sup> DOWNING E CLARK. **Estatística Aplicada**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>20</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998 *apud* REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002

<sup>22</sup> MAFFEI, José. **Curso de Auditoria**. São Paulo: Saraiva, 2015.

além das normas próprias editadas pelos órgãos oficiais de Auditoria como é o caso do CFC: Conselho Federal de Contabilidade<sup>23</sup>.

Já quanto à consagrada teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, onde se tem a concepção do Direito voltada puramente para seu plano normativo e conforme o próprio Kelsen *“Ciência Jurídica, segundo a Teoria Pura, é uma ciência do dever ser e, assim sendo, sua natureza é puramente normativa”*<sup>24</sup>. Em conformidade com a ideia de uma ciência pura temos as lições de Sócrates *“A ciência somente existe quando elabora gêneros ou pensa o particular em sua essencialidade”*<sup>25</sup>.

Que constitui um importante óbice à Teoria da AED, embora seja um paradigma jurídico superado no contexto histórico atual.

De forma complementar a conceituação da Teoria pura do Direito, verdadeiro marco para a ciência do Direito enquanto ferramenta metodológica faz-se necessária uma maior especificação dentro da Teoria Geral do Direito e Marxismo de Pachukanis, que melhor discorre a respeito do fenômeno do Descumprimento Normativo, sob um prisma mais econômico e histórico, colocando também questões ideológicas indissociáveis do plexo de comportamentos humanos que compõe o estudo do descumprimento da norma.

Tais teorias e conceitos metodológicos buscam trazer uma maior eficiência quanto à busca da solução das questões trazidas nesta pesquisa e o alinhamento com o seu escopo. Não há que se falar, portanto em uma ciência jurídica dissociada, conforme Miguel Reale a própria multiplicidade de conceitos e ditames científicos que permeiam a ciência jurídica em momentos anteriores e posteriores à Teoria Pura do Direito, acabam por fornecer ferramentas para o equacionamento das questões normativas mais sensíveis.

É válido destacar que o jurista soviético (Evgenie Pachukanis), a despeito de tratar importantes elementos da teoria geral da norma, direcionou a sua obra

---

<sup>23</sup> BATISTA, Daniel Gerhard. **Manual de Controle e Auditoria**. Com ênfase na gestão de recursos públicos. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>25</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

por meio de concepções marxistas, como é o caso da “Mercadoria” como sendo esta composta pela força de trabalho vendida ao empregador, sendo que o Direito nasceria tão somente desta inter-relação, questão que não será esmiuçada nesta pesquisa, uma vez que aqui se buscará compreender os motivos que levam o sujeito a não acatar o comando normativo, e como equacionar este problema por meio da Análise Econômica do Direito e do Princípio da Eficiência.

O próprio Pachukanis<sup>26</sup> reconhece a não completude de sua obra, prevendo pontos que possam ser ampliados por futuros estudiosos da Teoria da Norma o que se coaduna com a figura das Realizações científicas, ou modelos de teorias que embora discorram de forma abrangente sobre um paradigma não possuem a pretensão de atingir todos os seus principais pontos, deixando margem para futuras ampliações científicas por parte de outros pesquisadores<sup>27</sup>, sendo um material relativamente adequado para a ampliação da ciência.

As realizações científicas são pontos em que um paradigma se encontra solidificado, mas abre margem para questionamentos e problematizações que podem levar à ampliação do conhecimento ou não.

A presente abordagem proporciona mais eficiência às políticas ligadas à proteção à Ordem Econômica e suas subpolíticas elencadas no art. 170 da CRFB/88 e em seus respectivos incisos, em especial com as políticas cambiárias, onde se detêm de forma mais restrita essa metodologia.

### **3 FERRAMENTAS NORMATIVAS COMO GARANTIA À EFICIÊNCIA E O COMBATE À EVASÃO FISCAL**

É notória a existência de um arcabouço normativo, engajado com equalização do problema da escassez, trazido por Coase, que pressupõe atividades positivas e negativas por parte do Estado como forma de minorar tal

---

<sup>26</sup> PACHUKANIS, EVGENIE. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo, 1988.

<sup>27</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções científicas**. 5ª Edição. São Paulo: Perspectiva S.A, 1998.

problema e melhor equilibrar os recursos escassos com as necessidades sempre crescentes.

Dentre essas atividades, o combate a atitudes por parte do gestor e do contribuinte em vista de se evitar o desvio de valores, ganha um grande destaque no contexto normativo atual, e é possível se ponderar um paralelo entre as normas punitivas que visam minorar o fenômeno com os desvios de verbas públicas e desvios de finalidade dos gestores.

De acordo Com Pachukanis<sup>28</sup>em sua obra TGDM, a figura do livre arbítrio do sujeito em cometer práticas delitivas, gera de forma oposta a pretensão punitiva do Estado, aqui petrificada na figura das punições: Administrativas, Cíveis e Penais, como é o caso do crime de: Improbidade Administrativa, do crime de Sonegação Fiscal Lei nº 8.137/90, da apropriação indébita (art. 168 do CP), da Lei Anticorrupção Lei nº 12.846/2013 inauguradora da figura do *compliance*<sup>29</sup>e da própria atividade Administrativa Tributária Fiscalizatória plasmada tanto no art. 37, XXII da CRFB/88 quanto nos art. 194 e seguintes do CTN.

A atividade Fiscalizatória por parte da Administração Tributária tem como foco afastar a Evasão fiscal<sup>30</sup>, é a atividade que consiste no uso de procedimentos e ações que colidem diretamente com a Legislação Fiscal, consubstanciando-se em atos ilícitos, portanto capazes de gerar sanção. Conceito contraposto à Elisão Fiscal, sendo a atividade autorizada por lei tendente a reduzir o impacto tributário, ferramenta muito associada com a figura do planejamento tributário e que de certo modo ajuda a lei tributária a cumprir sua função extrafiscal.

Ao lado da figura do planejamento tributário, como atitude legalmente proibida temos o que a jurisprudência e a doutrina pontuam como: planejamento tributário agressivo, que foge ao escopo do planejamento lícito, se revestindo de

---

<sup>28</sup> PACHUKANIS, EVGENIE. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo, 1988.

<sup>29</sup> PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. **Contratação pública e *compliance***: uma proposta para a efetividade dos programas de integridade em contratações públicas. **Revista de Contratos Públicos RCP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 79-97, mar./ago. 2018.

<sup>30</sup> CREPALDI, Sílvio. **Planejamento Tributário. Teoria e Prática**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

uma roupagem lícita, embora munido de interesses de dissimular a ocorrência do Fato Gerador ou a natureza do Tributo conforme a melhor redação do art. 116 Parágrafo Único do CTN.

Á guisa de informação a respeito do *compliance*, trata-se de uma temática nova que de forma promissora vem fornecendo ferramentas para a diminuição do déficit orçamentário do orçamento público e conferindo maior efetividade às estratégias orçamentárias.

Trata-se de um termo de origem norte americana, e sua etimologia deriva da contração de dois outros termos: *comply* e *with*, o que traduzido para o português seria: “está em conformidade com”. O *compliance* prevê, portanto uma conformidade de um grupo de sujeitos, aqui entendidos em seu sentido amplo, como pessoas físicas ou jurídicas ou mesmo entes federativos com regras internas e externas o que seria então uma conformidade geral com toda a regulamentação por parte da empresa ou de qualquer sociedade.

Tal disciplina se subdivide em três campos de estudo quais sejam: 1) Direitos humanos e trabalhistas; 2) Aspectos ambientais; 3) Aspectos socioeconômicos: tanto voltados para a questão da transparência financeira quanto para a questão da corrupção.

Trata-se assim, a figura da Análise Econômica do Direito, de uma ferramenta supletiva para o combate ao descumprimento da norma e possui previsão legal expressa na lei nº 12.846/13 e mais recentemente na portaria nº57 da CJU, no âmbito federal tendo sido implantada em muitos estados e cidades brasileiras desde então, podendo ser concebida como uma ferramenta eficiente, atendendo premissas dos Custos do Direito<sup>31</sup>.

Dentro do âmbito das políticas anticorrupção temos a lei denominada de Lei Anticorrupção Empresarial de número 12.846/13 que em seu art. 16º, §1º, I que estabelece a figura do acordo de Leniência, o que implica na cooperação de agentes com a investigação administrativa realizada na empresa. Tal acordo

---

<sup>31</sup> PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Contratação pública e compliance: uma proposta para a efetividade dos programas de integridade em contratações públicas. **Revista de Contratos Públicos RCP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 79-97, mar./ago. 2018.

possui dinâmica semelhante à delação, e implicará na confissão de uma determinada infração pela pessoa jurídica, e no compromisso da mesma em oferecer provas e cooperar com o poder público para a investigação.

Deve-se observar que as infrações objeto de um acordo de Leniência são justamente as cíveis e as Administrativas, não havendo em que se falar em confissão de infrações penais, que seriam tuteladas por meio do art.174º,§5º da CRFB/88<sup>32</sup>.

A pessoa jurídica pode, dentro deste panorama, ser objeto de punições tais como: Multa, Ressarcimento dos prejuízos que tenha cometido, ou até mesmo suspensão das atividades e por meio do acordo de leniência a empresa em questão pode auferir benefícios, tais como: Diminuição da multa, ou afastamento de pena da suspensão das atividades, desta forma alinhando-se com a ideia do *compliance*.

Deve-se ressaltar que tal acordo não tem como condão o afastamento do dever de indenizar os prejuízos causados. Tais práticas eficientes (*compliance* e a Leniência) estão de acordo com a minoração de uma situação de escassez, portanto podem ser concebidos dentro da semiótica da AED.

É possível se pensar em Eficiência também ao se integrar as políticas fiscais às políticas preventivas da corrupção, ao arcabouço normativo integrado aos ciclos econômicos, tanto públicos como privados, de modo a garantir uma coexistência transparente e voltada ao cumprimento dos Direitos Fundamentais sociais. Dentro desse espeque é mesmo possível se pensar na Falência e Recuperação, tanto judicial quanto extrajudicial, como mecanismos que venham acrescentar eficiência para atividade orçamentária em seu aspecto mais amplo, por observar o princípio do impacto social da crise da empresa<sup>33</sup>.

Enquanto se concebe a pena como proporcional ao bem jurídico lesado, se tem que determinadas condutas são mais reprováveis do que outras e,

---

<sup>32</sup> CURADO e FERNÁNDEZ, O mito da leniência fiscal no pensamento econômico desenvolvimentista. **Revista: Economia e Sociedade, Campinas, Unicamp**, Vol.27, n.1 (62), p. 6-87, 2018.

<sup>33</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa. Volume 3: Contratos Falência e Recuperação Judicial**. 18ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.



portanto ensejariam uma ação estatal mais gravosa. Nesse panorama se tem o rompimento com a criminologia tradicional, ao se prever crimes que lesem bens jurídicos gerais da mais alta hierarquia, como é o caso dos crimes de colarinho branco ou *White collar crime* primeiramente descritos por Sutherland, e que funcionariam como verdadeiros paradigmas para a concepção penal estrutural que vise a melhor tutela da atividade econômica também como meio de tutela aos Direitos Fundamentais sociais<sup>34</sup>.

Atrelado ao comportamento humano na seara da realização de tipos penais, temos como égide a questão da criminologia enquanto ferramenta analítica do fenômeno do crime e mais do que isso como ciência própria com ferramentas próprias para a percepção do crime e daquele que o pratica, possuindo suas raízes históricas nas obras de Garofalo em 1885 possui três diretrizes fundamentais em sua concepção clássica: 1ª) O delito em seu viés jurídico; 2ª) O delito como fenômeno individual social; 3ª) A concepção do sujeito enquanto autor do delito.<sup>35</sup>

Enquanto se concebe a pena como proporcional ao bem jurídico lesado, se tem que determinadas condutas são mais reprováveis do que outras e, portanto ensejariam uma ação estatal mais gravosa. Nesse panorama se tem o rompimento com a criminologia tradicional, ao se prever crimes que lesem bens jurídicos gerais da mais alta hierarquia, como é o caso dos crimes de colarinho branco ou *White collar crime* primeiramente descritos por Sutherland, e que funcionariam como verdadeiros paradigmas para a concepção penal estrutural que vise a melhor tutela da atividade econômica também como meio de tutela aos Direitos Fundamentais sociais<sup>36</sup>.

Tendo em vista o Direito penal como a *ultima ratio* se teria a gravidade da pena como método de desestímulo a prática da conduta delitiva, mas sempre se

---

<sup>34</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito Del Cuello Blanco**. Madrid: La Piqueta, 1999.

<sup>35</sup> ALVES, Roque de Brito. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

<sup>36</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito Del Cuello Blanco**. Madrid: La Piqueta, 1999.

devendo ter em mente a efetivação da punição, sem a qual acabaria por de outra maneira, estimular o descumprimento da norma penal conforme Uchimura<sup>37</sup>.

Para se cumprir as premissas matemáticas dos custos do Direito um ingrediente fundamental seria não apenas a gravidade da pena, mas a sua efetividade, para que se obtenha um resultado que evidencie um melhor cumprimento da mesma.

Podemos observar, portanto um arcabouço normativo, sobremaneira calcado na figura da responsabilidade: tanto penal, quanto cível, quanto administrativa em relação aos agentes incumbidos da atividade orçamentária, sendo a figura da responsabilidade fundamental para se compreender a questão do descumprimento da norma.

Para tanto temos a conceituação de Responsabilidade por Gagliano e Pamplona<sup>38</sup> *“Responsabilidade, para o Direito, nada mais é do que uma obrigação derivada - um dever jurídico sucessivo - de assumir as consequências jurídicas de um fato”* também deriva da máxima *neminem laederre*, atribuída a Ulpiano, cuja tradução seria (não lesar outrem).

A responsabilidade sobremaneira está voltada para o campo das obrigações, o que permite uma leitura interpretativa conforme a TGDM de Pachukanis. Esse aspecto fica mais evidente quando da responsabilidade em não transgredir as normas que compõe o arcabouço jurídico e administrativo.

Ter-se-ia em um panorama mais simplificado a ponderação entre o exercício de liberdades, frente à obrigação constitucionalmente imposta em não transgredir normas. Uma colisão, portanto entre os envolvidos com a Liberdade e com os Deveres legalmente estabelecidos, tal colisão ou sopesamento deverá ser resolvida quando da análise do caso concreto, uma vez inexistindo Direitos absolutos<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> UCHIMURA e LIMA. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. In **Revista: Direito e Práxis**, vol. 9, n.4 2, pp. 2143-2170, 2018.

<sup>38</sup> GAGLIANO E PAMPLONA. **Manual de Direito Civil volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>39</sup> MENDES E BRANCO. **Curso de Direito constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

#### 4 POLÍTICAS PÚBLICAS EM ALINHAMENTO COM A MÁXIMA DA EFICIÊNCIA

É importante ressaltar que na análise dos Direitos interconexos com o orçamento e com a AED, não é correto afirmar que tais ramos necessariamente deverão estar ligados ao Direito Econômico sendo tal uso, portanto equívoco, uma vez que a Análise Econômica do Direito perpassa ramos dos mais diversos do Direito como: Direito Previdenciário, Direito Internacional, Direito Processual Civil, dentre outros. Da mesma forma o orçamento está para além de uma peça puramente contábil como já tratado em linhas supra, de forma que o seu estudo também evidenciará ramos não puramente econômicos<sup>40</sup>.

Tal observação faz-se necessária quando do alinhamento entre a metodologia da AED e do orçamento. O Direito econômico num prisma mais restrito dos Direitos abarcados pelo orçamento possui regras e lógica própria conforme Steindorff<sup>41</sup> *“propõe reconhecer, de par com o escopo da lei, a política da lei como um critério de interpretação, especialmente no Direito Econômico”*.

Como preceito guia para as melhores práticas, e aprimoramento da Eficiência estatal orçamentária, com fulcro no art. 37 da CRFB/88 se tem o princípio da Solidariedade social que conforme Derzi:

Chama isso de princípio da redistribuição de riquezas, em que o Estado beneficiaria setores socialmente pauperizados em razão de políticas sociais ativas, sem prejudicar a capacidade contributiva daqueles que recolheram seus tributos<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> PORTO E GRAÇA. **Análise Econômica do Direito (AED)**. FGV. Rio de Janeiro, 2013.

<sup>41</sup> STEINDORFF, Ernest **no Festschrift** apud LARENZ, Karl. **Metodologia Da Ciência Do Direito**. 3ª Edição. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

<sup>42</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Princípio, portanto que busca trazer o primado da igualdade de Direitos enquanto potência, ou seja, colocar à disposição do cidadão os Direitos Sociais, minorando as desigualdades sociais e objetivando garantir maior dignidade social aos que se encontram em situação de vulnerabilidade social.

Trata-se de uma melhor repartição de riquezas, mais alinhadas com os ditames sociais da Constituição, e tendentes a garantir o Estado de Direito e do bem estar social. É um mecanismo que parece ir à contramão da otimização dos recursos percebidos pelo Estado, mas que por outro lado também busca o equacionamento do equilíbrio financeiro entre os cidadãos é a figura do parcelamento da dívida tributária, a exemplo do REFIS (programa de refinanciamento de créditos tributários), instaurado por meio da lei de nº 9.964/00 que suspendia a pretensão punitiva do estado referente aos crimes contra a ordem tributária, no contexto dos contribuintes que houvessem adotado tal programa.

Existe de fato um debate acerca do cumprimento do escopo da norma, mas a despeito disso, a atual linha de pesquisa se limitará a lançar luz deste fenômeno sob o prisma do instituto do Descumprimento normativo, uma vez que é patente que tal fenômeno tributário, ao afastar a pretensão punitiva que lhe cabia, acaba por talvez estimular o contribuinte ao descumprimento da norma<sup>43</sup>.

É válido também ressaltar a importância das políticas econômicas como meio de dirimir a questão da escassez econômica no íterim da administração orçamentária, sendo tais políticas sistematizadas em cinco categorias, quais sejam: Política de Rendas; Política Monetária; Política Cambial; Política Fiscal e Política Econômica composta por subpolíticas que conforme Rigon:

Tais subpolíticas, que compõe a política econômica lato sensu, estão intimamente conectadas e visa atender a oferta de bens e serviços, o nível de desemprego, o crescimento econômico, a distribuição de riquezas, ou seja, garantir o bem estar social [...] Desse modo, cada subpolítica econômica é considerada um

---

<sup>43</sup> ROCHA E SANTIAGO. Crimes tributários, parcelamentos e extinções de punibilidade: ataque à Constituição Federal? **Revista: SCIENTIA IURIS**, Londrina, v.16, n.2, p.199-216, dez.2012.

bem jurídico que poderá ser tutelado penalmente, se carente e digno de proteção.<sup>44</sup>

É importante destacar que o que está sendo analisado de fato é a subpolítica fiscal, como método de se dirimir a defasagem econômica orçamentária, e como instrumento técnico e normativo que confere efetividade e legitimidade para tais ações interventivas do Estado no âmbito econômico em seu sentido amplo.

## **5 A INDETERMINAÇÃO DO COMPORTAMENTO HUMANO EM CONTRAPARTIDA À TGDM E À AED**

Para que se obtenham modelos eficientes que autorizem a construção de normas e de políticas públicas, com base no comportamento humano, de acordo com a perspectiva de Pachukanis da TGDM, deve-se levar em conta uma variável de suma importância, qual seja o arbítrio.

A capacidade humana de agir não motivado por concepções lógicas, mas conforme a sua intersubjetividade, o que pode tornar qualquer forma de previsão comportamental obsoleta. A terminologia: descumprimento da norma, também pode ser aqui destacada como violação, ou mesmo transgressão, evidência o subjetivismo do cidadão em cumprir e descumprir comandos.

Como segundo ponto, é válido ressaltar a concentração do fenômeno do descumprimento normativo em áreas específicas da ação orçamentária, mas também observável em todas as condutas que sofram qualquer forma de regulamentação. Tal amplitude acaba por evidenciar comportamentos diversos

---

<sup>44</sup> RIGON, Bruno Silveira. **O Conceito Material Restritivo de Crime Econômico: Em Busca Da Atribuição De Sentido Para o Bem Jurídico Ordem Econômica.** (Monografia). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

de descumprimento, em muitas situações, como é o caso do planejamento empresarial, e a opção por prática de delitos penais<sup>45</sup>

Fica também evidente que a concentração da pesquisa de Pachukanis se dá através da interpretação dos ditames marxistas, embora se dê por meio de uma leitura crítica não tão focada no seu viés ideológico uma vez que, aponta o Direito como sendo um fenômeno que nasce das relações mercantis.

Tal concepção se afasta do atual modelo político e jurídico Brasileiro, o que pode levantar dúvidas sobre a adoção desse viés como método de busca da eficiência orçamentária. Em contraponto não deve prosperar na medida em que apenas conceitos e concepções nucleares da doutrina *pachukaniana* (atribuída á Evgenie Pachukanis)<sup>46</sup> serão trazidos para o Estudo do fenômeno da transgressão normativa, adotando-se muito mais as ferramentas metodológicas do que as concepções ideológicas e políticas empregadas pelo autor.

Fica patente também o movimento constante de adoção de institutos internacionais como forma de se buscar a eficiência, entretanto, a falta de uma análise mais acurada dos efeitos e da conformação com o mundo dos fatos acaba por gerar uma premente falta de efetividade normativa, que permeia todo o âmbito normativo, inclusive o constitucional.

Tal crise de conformidade se dá por meio de um verdadeiro abandono da hierarquia das normas, e por uma crescente ineficácia e ineficiência normativa. No âmbito brasileiro ainda não se teria em definitivo abraçado o paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>47</sup> (STRECK, 2014), neste sentido até mesmo a adoção de mecanismos metodológicos que visem cumprir o escopo do princípio da Eficiência, como é o caso da AED, pode tornar-se não efetivo, sendo tal situação resolvida tão somente ao arpejo do legislador e do intérprete da norma.

---

<sup>45</sup> UCHIMURA e LIMA. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. In **Revista: Direito e Práxis**, vol. 9, n.4 2, pp. 2143-2170, 2018.

<sup>46</sup> PACHUKANIS, Evgenie. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo, 1988.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à justiça em Terra Brasilis. **Revista: Sequência (Florianópolis)**, 2014, n. 69, p.83-108, 2014.

Neste sentido aqui será tratada a AED por sua corrente normativa, uma vez que partirá de uma análise mais teórica voltada a uma norma orçamentária ideal que mais se aproxima do princípio constitucional e, portanto da concepção de Richard Posner, sem, contudo abranger as questões éticas, mas tão somente a eficiência Administrativa constitucional.

Como característica intrínseca às ciências e aos campos do conhecimento, a Análise Econômica do Direito evoluiu para melhor se adequar ao ambiente sócio econômico ao qual se insere da mesma forma no âmbito brasileiro, muito mais importante do que a aplicação literal de concepções, como a AED dentre outras “importadas” dos EUA, se deve ter uma maior preocupação com a efetivação dos institutos metodológicos, sem tal conformação a importação ao invés de representar um importante avanço para o orçamento público, pode acabar por integrar o rol dos institutos jurídicos não efetivos.

Com relação aos dados contabilizados na AED, não se deve levar em conta tão somente os recursos financeiros, como também os sociais aqui interpretados como os recursos necessários ao cumprimento das liberdades fundamentais, sem os quais tais liberdades simplesmente não podem se manifestar.

Deve-se ter em mente que dentro da constante situação de escassez, os recursos públicos voltados às atividades prestacionais, devem ser realocados por meio de estratégias eficientes, para melhor cumprir o escopo constitucional destas atividades.

O princípio da eficiência também se evidencia quando o gestor público, munido de ferramentas que o auxiliem na busca pelo equilíbrio orçamentário, na minoração da situação de escassez, deve escolher eficientemente a ferramenta ideal para cada situação no caso concreto. Sendo a AED uma ferramenta metodológica suplementar, pode o gestor público lançar mão da mesma quando necessário de forma á eficientemente sanar a questão orçamentária específica.

Desta forma a “*apologia pro vitae*”<sup>48</sup> deste estudo é justamente no sentido de que a AED será uma ferramenta eficiente tão somente quando o gestor público for capaz de dispor da mesma eficientemente de acordo com as necessidades do caso concreto.

A própria conceituação do termo Eficiência pode levar á concepções equívocas, devido á amplitude do mesmo. Aqui a amplitude semântica e o alcance do termo Eficiência é aquele correlacionado com as premissas orçamentárias e administrativas.

O espaço de conformação constitucional do princípio da Eficiência é determinado no art. 37 caput da Constituição Federal, estabelecendo critérios práticos tanto para o desempenho das atividades públicas em sentido amplo, quanto para o trato do orçamento público em sentido estrito.

Dada a sua abrangência do seu sentido e alcance é aqui tratada como Máxima, a exemplo, no contexto jurídico Alemão, da Máxima da Proporcionalidade, elencada no art. 19§2º Da Lei Fundamental Alemã, que funciona como uma diretiva ou Ideia Guia para os demais princípios, ao regular a figura da ponderação entre eles. Desta forma a Eficiência é aqui tratada como Máxima no sentido de que é um princípio que funciona como diretiva ou ideia guia para outros princípios<sup>49</sup>.

O limite geral de conformação é, portanto o constitucional, enquanto que os específicos são aqueles tratados nas legislações infraconstitucionais.

O legislador infraconstitucional em relação às ingerências que pode desempenhar sobre a temática da Eficiência, deve possuir como limite objetivo o conceito constitucional de Eficiência<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup>“Defesa de sua existência” expressão utilizada por Platão, ao tratar da sua defesa frente ao Corte de Atenas, na qual empregou a máxima, de suma importância para a filosofia e para as ciências como um todo: “só sei que nada sei”. POPPER, Karl. R. **Lógica Das Ciências Sociais**. 3ª edição Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>50</sup> PIEROTH E SCHLINK. **Direitos Fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.



Tudo o que exceder estes limites objetivos não fará parte do princípio da Eficiência e deriva do Princípio da Eficiência a Eficiência Econômico-social ou PESS com profundo enraizamento na questão da ética do discurso e no escopo normativo dos princípios fundamentais.

É importante também destacar que por vezes a Eficiência tratada na AED e no Direito Constitucional-Administrativo e Constitucional-Financeiro pode resultar em conceitos díspares, uma vez que no que concerne à AED a eficiência está muito mais voltada para critérios quantificáveis e “*consequencialistas*”<sup>51</sup>, para o Direito Constitucional o conceito tem dupla significação, sendo composto tanto por critérios técnicos (passíveis de mensuração e mais pragmáticos) e critérios valorativos e axiológicos, não havendo que se confundir ambos.

Levantam-se críticas à inserção de premissas econômicas para o Estudo do Direito mas entretanto, não há que se negar que as raízes históricas da estrutura jurídica nos moldes atuais, estão entrelaçadas com o próprio modelo econômico atual ou conforme Pachukanis “*superestrutura jurídica*”<sup>52</sup> intimamente relacionada com a mercadoria em sentido estrito, sendo tal mercadoria a força de trabalho vendida ao empregador em troca do salário, o que configura a égide dos países capitalistas enquanto sistema socioeconômico dominante da atualidade.

Tal núcleo do capitalismo (a mercadoria em sentido estrito) é o momento inicial da “superestrutura jurídica” tal como é nos dias atuais. Da mesma forma estão embrionariamente condicionadas as premissas da economia e as da Ciência Jurídica, em que se estrutura o método de estudo científico do Direito, partindo-se da análise de elementos, dos mais genéricos aos mais abstratos.

Com a consolidação do método hipotético dedutivo com todas as suas fases, e com o aprimoramento de sua quarta fase “*corroboração da lei científica*” por Popper, por meio dos critérios da “*verificabilidade*”, abstração, generalidade,

---

<sup>51</sup> TEIXEIRA, SINAY E BORBA. **A Análise Econômica do Direito na Axiologia Constitucional**. Biblioteca Digital: BNDS, nº 42, p. 181-222, 2014

<sup>52</sup> PACHUKANIS, Evgenie. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo, 1988.

“*testabilidade*”, dentre outros critérios, consolida-se a Ciência jurídica como os moldes atuais<sup>53</sup>.

Há correntes doutrinárias, opostas a AED, sobretudo as que pregam o purismo na norma jurídica e, portanto nas matérias que estudam as mesmas, são os “Neopositivistas”<sup>54</sup>, sendo os percussores desta doutrina o Círculo de Viena e a Escola Analítica de Cambridge. Tais pensamentos não restam prevalentes uma vez que a concepção Jurídica da norma brasileira atual é mista, prevendo fontes e conceitos do Direito em outras ciências, sem retirar, contudo as peculiaridades e características próprias do Direito enquanto ciência.

A eficiência tratada no art. 37 da CRFB/88 possui como destinação final a persecução do bem estar social e, portanto para a satisfação das diretrizes constitucionais e dos Direitos prestacionais.

As raízes do bem estar social estão, profundamente interligadas com a própria concepção do Estado Constitucional Moderno e com a ideia de liberdade constitucionalmente protegida<sup>55</sup>, sendo os mesmos alcançados tanto pelo exercício eficiente da gestão pública quanto pela eficiente resolução das situações orçamentárias de Escassez que permeiam a gestão, sendo esse o espeque pelo qual se deve adotar a AED e os Custos do Direito, como aquisição eficiente para as estratégias públicas.

Não se deve conceber a eficiência pelo prisma da Eficiência de Pareto e de Kaldor-Ricks<sup>56</sup> que tratam dos parâmetros objetivos na transação de custos entre duas ou mais pessoas, visando o resultado ótimo ou eficiente, ou seja, a situação surgida dessa interação entre indivíduos é melhor ou igual á situação anterior, apesar de tratarem importantes conceitos para a teoria dos Jogos não são conceitos alinhados com os critérios valorativos do caput do art. 37, da CRFB, e só podem ser transpostos para o enfrentamento da questão do princípio da Eficiência se alinhados com tais premissas valorativas.

---

<sup>53</sup> POPPER, Karl R. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.

<sup>54</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>55</sup> PIEROTH E SCHILINK. **Direitos Fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>56</sup> PORTO E GRAÇA. **Análise Econômica do Direito (AED)**. FGV. Rio de Janeiro, 2013.

Também passível de gerar ponderações equívocas, a Teoria dos Jogos não é produto emergente da Teoria dos Jogos Da Linguagem exprimida do livro *tractatus logico-philosophicus* da autoria de Ludwig Wittgenstein publicado no ano de 1921.

Essa é uma teoria crítica que estabelece as regras que guiam a linguagem, enquanto a Teoria dos Jogos parte da análise do comportamento das interações entre os agentes sendo muito mais analítica do que crítica<sup>57</sup>.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os maiores desafios para a aplicabilidade da AED permeiam o campo da ética e da correta utilização deste aporte metodológico, isso por que sobre a escusa de cumprir diretivas eficientes, autoridades públicas podem abrir mão de critérios puramente técnicos e econométricos e se esquivar de atender á critérios éticos, desvirtuando assim o objetivo do método da AED, com a justificativa de atender a Eficiência. A forma de utilização ou não, poderá, portanto ferir as premissas fundamentais que cabe ao gestor público e às autoridades públicas defendê-las.

Observa-se todo um arcabouço tanto constitucionalmente quanto legalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro prevendo práticas e ou ações positivas à disposição do gestor público e das autoridades públicas (com especial atenção para o poder judiciário no âmbito da tutela jurisdicional dos Direitos fundamentais) em geral para de modo equânime e eficiente atender aos Direitos fundamentais sociais, e também resguardar o orçamento estatal.

Tais mecanismos constitucionais e legais são conforme observado, passíveis de serem analisados e operacionalizados pela AED, e pelo seu seguimento Custos Do Direito, de modo à partir desta metodologia

---

<sup>57</sup> TOMAZINI, Aurora De Carvalho. **Teoria Geral do Direito (Construtivismo Lógico Semântico)**. (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

complementar implementar políticas e atitudes públicas atentas ao comportamento e necessidades sociais, elevando assim a eficiência das mesmas e promovendo o atendimento à Direitos fundamentais.

No que concerne á utilização da semiótica proposta por Pachukanis para avaliar a questão do descumprimento da norma, é possível o alinhamento dessa linha teórica subjetiva com elementos da AED, como por exemplo, o uso estatístico e ou da lógica matemática para eficientemente propor normas de maior eficácia social.

Conclui-se que a AED será uma ferramenta eficiente tão somente quando o gestor público for capaz de dispor da mesma eficientemente de acordo com as necessidades do caso concreto, estando ela limitada pelo interesse ou “*télos*” do gestor público, que embora no contexto da teoria dos jogos trate-se de um “jogador racional”, o mesmo poderá utilizar do campo de suas ações em benefício próprio e não da sociedade, preferindo atender interesses subjetivos.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 13ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora: Malheiros, 2006.

ALVES, Roque de Brito. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BATISTA, Daniel Gerhard. **Manual de Controle e Auditoria. Com ênfase na gestão de recursos públicos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Direito De Empresa. Volume 3. 18º Edição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

COASE, Ronald. H.O Problema do Custo Social. **The Journal Of Law And Economics**, Vol. 3, p. 1-36.

CREPALDI, Silvio. **Planejamento Tributário. Teoria e Prática. 2ª Edição**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CURADO e FERNÁNDEZ, O mito da leniência fiscal no pensamento econômico desenvolvimentista. **Revista: Economia e Sociedade**, Campinas, Unicamp, Vol.27, n.1 (62), p. 6-87, 2018.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOWNING E CLARK. **Estatística Aplicada. 3ª Edição**. São Paulo: Saraiva, 2019.

GAGLIANO E PAMPLONA. **Manual de Direito Civil volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções científicas**. 5ª Edição. São Paulo: Perspectiva S.A, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

MAFFEI, José. **Curso de Auditoria**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade do Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MENDES E BRANCO. **Curso de Direito constitucional. 7ª Edição**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional. 33ª Edição**. São Paulo: Atlas, 2017.

PACHUKANIS, EVGENIE. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo, 1988.

PADOVEZE, Clóvis Luís. **Contabilidade Geral Facilitada**. São Paulo: Método, 2017.

PIEROTH E SCHILINK. **Direitos Fundamentais. 2ª Edição**. São Paulo: Saraiva, 2019.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Contratação pública e compliance: uma proposta para a efetividade dos programas de integridade em contratações públicas. **Revista de Contratos Públicos RCP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 79-97, mar./ago. 2018.

POPPER, Karl R. **Lógica das Ciências Sociais**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POPPER, Karl R. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.

PORTO E GRAÇA. **Análise Econômica do Direito (AED)**. FGV Direito, Rio de Janeiro, 2013. Disponível: < <https://docplayer.com.br/22122187-Analise-economica-do-direito-aed.html>>.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIGON, Bruno Silveira. **O CONCEITO MATERIAL RESTRITIVO DE CRIME ECONÔMICO: EM BUSCA DA ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO PARA O BEM JURÍDICO ORDEM ECONÔMICA**. (Monografia). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

ROCHA E SANTIAGO. Crimes tributários, parcelamentos e extinções de punibilidade: ataque à Constituição Federal? **Revista: SCIENTIA IURIS**, Londrina, v.16, n.2, p.199-216, dez.2012.

STRECK, Lenio Luiz. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à justiça em *Terra Brasilis*. **Revista: Sequência (Florianópolis)**, 2014, n. 69, p.83-108, 2014.

SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito Del Cuello Blanco. Traducción del Inglés De Rosa Del Olmo**. Madrid: La Piqueta, 1999.

TEIXEIRA, SINAY E BORBA, **A Análise Econômica do Direito na Axiologia Constitucional**. Biblioteca Digital: BNDS, nº 42, p. 181-222, 2014. Disponível em: < chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fweb.bndes.gov.br%2Fbib%2Fjspui%2Fbitstream%2F1408%2F3685%2F2%2FA%2520an%25c3%25a1lise%2520econ%25c3%25b4mica%2520do%2520direito\_P\_BD.pdf >

TOMAZINI, Aurora De Carvalho. **Teoria Geral do Direito (Construtivismo Lógico Semântico)**. (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009

UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli e LIMA, Lara Vigo de. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. **Revista: Direito e Práxis**, vol. 9, n.4 2, pp. 2143-2170, 2018.