



Aplicações em Direito e Economia

Coordenadores

Armando Castelar Pinheiro | Antônio José Maristrello
Porto | Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Prefácio

José Marcos Lunardelli

Autores

Carla Abrantkoski Rister | Douglas
Camarinha Gonzales | José Marcos
Lunardelli | L'Inti Ali Miranda Faiad |
Marcelo Guerra Martins | Ronald
de Carvalho Filho | Sheila Pinto
Giordano | Sylvia Marlene de
Castro Figueiredo | Tiago
Bitencourt De David



***Aplicações
em Direito e
Economia***

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13^o andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22.250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

Aplicações em Direito e Economia

Coordenadores

Armando Castelar Pinheiro | Antônio José Maristrello
Porto | Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Prefácio

José Marcos Lunardelli

Autores

Carla Abrantkoski Rister | Douglas
Camarinha Gonzales | José Marcos
Lunardelli | L'Inti Ali Miranda Faiad
| Marcelo Guerra Martins | Ronald
de Carvalho Filho | Sheila Pinto
Giordano | Sylvia Marlene de
Castro Figueiredo | Tiago
Bitencourt De David

EDIÇÃO FGV Direito Rio
Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil
Fechamento da 1ª edição em janeiro de 2022.
Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Este material, seus resultados e suas conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getúlio Vargas/FGV Direito Rio.

Coordenação: Ludmilla Totinick, Sérgio França e
Nathasha Chrysthie Martins

Capa: Aline Martins | Sem Serifa

Imagem da capa: iStock/Tero Vesalainen

Diagramação: Aline Martins | Sem Serifa

1ª revisão: Roberto Mauro Facce

2ª revisão: Patrícia Baroni

Dados internacionais de Catalogação na Publicação

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Aplicações em Direito e Economia / Armando Castelar Pinheiro, Antônio José Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (coords.) ; Carla Abrantkoski Rister... [et al.] – Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.
148 p.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-86060-30-0

1. Direito econômico. 2. Direito e desenvolvimento econômico. 3. Políticas públicas. I. Pinheiro, Armando Castelar. II. Porto, Antônio José Maristrello. III. Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro. IV. Rister, Carla Abrantkoski. V. Fundação Getúlio Vargas.

CDD – 341.378

Elaborada por Rafaela Ramos de Moraes – CRB-7/6625

Sumário

Prefácio	7
<i>José Marcos Lunardelli</i>	
Apresentação	11
<i>Armando Castelar Pinheiro, Antônio José Maristrello Porto e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio</i>	
CAPÍTULO 1 Análise econômica do direito e políticas públicas de redistribuição de renda	13
<i>Carla Abrantkoski Rister e Ronald de Carvalho Filho</i>	
CAPÍTULO 2 Contratos incompletos e teoria dos custos de transação numa aferição prática	43
<i>Douglas Camarinha Gonzales e L'Inti Ali Miranda Faiad</i>	
CAPÍTULO 3 Análise econômica do Direito no aferimento dos impactos jurídicos e econômicos do julgamento tardio do RE 574.706 pelo Supremo Tribunal Federal	59
<i>José Marcos Lunardelli e Marcelo Guerra Martins</i>	

CAPÍTULO 4	Análise das consequências da reintegração de posse liminar no âmbito dos programas habitacionais governamentais	85
	<i>Sheila Pinto Giordano</i>	
CAPÍTULO 5	Breves notas sobre a economia do compartilhamento e seus desafios jurídico-regulatórios	109
	<i>Sylvia Marlene de Castro Figueiredo</i>	
CAPÍTULO 6	A tese do repasse do custo fiscal (<i>passing-on defense</i>) e uma análise jurídico-econômica do art. 166 do CTN: revisitando o problema da legitimidade para a repetição do indébito de tributos indiretos	123
	<i>Tiago Bitencourt De David</i>	
	Sobre os coordenadores	147
	Sobre os autores	149

Prefácio

Tive a honra de ser convidado pelos coordenadores deste livro sobre Direito, Economia e Justiça para prefaciá-lo. É importante destacar inicialmente que esta obra é fruto de um trabalho coletivo realizado pela Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região e pela Fundação Getulio Vargas – Direito Rio, que promoveram conjuntamente um curso de Direito e Economia para membros do Judiciário, o qual tive o privilégio de coordená-lo, como Diretor da Escola de Magistrados. Dos múltiplos encontros para debater temas comuns ao Direito, à Economia e à Justiça, resultaram os trabalhos que compõem este livro.

É conhecido o diálogo complexo e difícil que há entre o Direito e a Economia. Embora a conduta humana seja objeto de estudo dessas duas disciplinas, ambas trabalham com pressupostos epistemológicos e metodológicos diferentes para análise da ação humana. O problema da escassez de recursos, bem como os diversos conflitos que as disputas por eles engendram, são observados por lentes diferentes pelo economista e pelo jurista. Basta recordar que, no raciocínio econômico, a eficiência na alocação de recursos é um valor essencial, segundo a ótica da Economia, ao passo que, no raciocínio jurídico, o tema da legalidade – cumprimento

das normas jurídicas – é a questão central enfocada pelo Direito. Esse é apenas um dos diálogos possíveis e necessários que a abordagem de temas comuns a essas disciplinas reclama dos interlocutores. Mas podemos lembrar também a riqueza desse intercâmbio de visões na correção das falhas de mercado, que demanda uma compreensão interdisciplinar dos obstáculos à livre iniciativa e à concorrência que contribua efetivamente para a construção de mercados eficientes e equilibrados.

Esses e outros temas permearam o curso de Direito e Economia para magistrados, em que o diálogo empático foi o elemento inspirador das atividades realizadas. Compreender a lógica e o raciocínio de cada disciplina sobre os diferentes assuntos comuns, bem como as ferramentas analíticas que elas dispõem para examinar as divergências que surgem no mundo jurídico e econômico por conta da escassez de recursos, foi o desafio proposto pelos organizadores do curso, o que se reflete nos trabalhos que integram esta obra.

Começamos pelo estudo de Carla Abrantkoski Rister e Ronald de Carvalho Filho, que se propõe analisar, com base na análise econômica do Direito, as políticas públicas de distribuição de renda. Em seguida, temos o trabalho de Douglas Camarinha Gonzales, que faz uso da teoria dos custos de transação para examinar os conflitos relativos à alocação de riscos em contratos incompletos. O tema da incerteza jurídica decorrente da morosidade na prestação jurisdicional é tratado por José Marcos Lunardelli e por Marcelo Guerra Martins, que avaliam as repercussões do julgamento tardio do RE 574.706 pelo Supremo Tribunal Federal. O trabalho de Sheila Pinto Giordano procura refletir sobre os impactos das decisões judiciais no cumprimento de contratos, especialmente os riscos positivos e negativos decorrentes da reintegração de posse liminar no âmbito dos programas habitacionais. A regulação econômica e jurídica do compartilhamento é analisada por Sylvia Marlene de Castro Figueiredo, que avalia esse novo desafio regulatório provocado pelas inovações tecnológicas. O fenômeno do respasse do custo fiscal (*pas-*

sing-on defense) é tratado por Tiago Bitencourt De David, que utiliza os conceitos da análise econômica do Direito para repensar a interpretação que é feita do artigo 166 do CTN na translação dos efeitos econômico-financeiros sobre a cadeia produtiva.

Esse breve prefácio teve a finalidade de, além de provocar o leitor para a riqueza dos trabalhos que compõem este livro, evidenciar o caráter coletivo desse empreendimento acadêmico, ressaltando que o diálogo entre o Direito e a Economia constitui indubitavelmente um caminho profícuo para o aperfeiçoamento das nossas ferramentas analíticas, a fim de dar conta dos dilemas normativos e interpretativos que emergem da difícil tarefa de dar a cada um o que é seu, mas também contribuir para o desenvolvimento social e econômico.

José Marcos Lunardelli

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Apresentação

O Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça tem por objetivo apresentar, provocar e disseminar reflexões acerca da relação entre Direito e Economia aplicada à atividade jurisdicional. O projeto se desenvolve por meio de atividades de ensino e pesquisa, conduzidas pela FGV Direito Rio, em parceria com Tribunais e suas Escolas Judiciais.

Esta obra reúne artigos escritos por magistrados que integram o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) e que participaram do Projeto, por intermédio de sua Escola da Magistratura (EMAG).

Com a leitura dos artigos compilados poder-se-á perceber a complexidade e a interdisciplinaridade dos temas aqui abarcados, que bem ilustram quão variadas, mas muitas vezes também difíceis, são as questões litigadas pela sociedade e que cabe aos magistrados solucionar. Tendo em vista a multiplicidade de assuntos abordados, optamos por organizar os textos em ordem alfabética de autores.

Reforçamos nossos mais profundos agradecimentos aos autores dos trabalhos aqui compilados, que prontamente aceitaram nosso convite

para partilhar suas visões e experiências, aqui discorrendo sobre diferentes aplicações à atividade jurisdicional da relação entre Direito e Economia.

Armando Castelar Pinheiro

Antônio José Maristrello Porto

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Análise econômica do direito e políticas públicas de redistribuição de renda

*Carla Abrantkoski Rister
Ronald de Carvalho Filho*

1. INTRODUÇÃO

A Análise Econômica do Direito busca entender a criação das leis e políticas públicas usando princípios típicos da Economia, interpretando as possíveis consequências desses atos normativos na sociedade como um todo.

Governos ao redor do mundo almejam atingir o desenvolvimento econômico de seus países. Há estudos robustos de economistas renomados que associam elevados níveis de desenvolvimento econômico com menor desigualdade (expressa numa distribuição maior da renda, por exemplo) e menores níveis de pobreza, como se verifica nos países nórdicos, em que

os índices de desigualdade são menores que dos países da Europa continental e dos Estados Unidos da América.¹

A Constituição Federal de 1988 tem como um dos objetivos fundamentais erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, de modo que o Governo busca atingir esse objetivo mediante políticas públicas de distribuição de renda. No presente trabalho, busca-se compreender alguns dos efeitos dessas iniciativas públicas na economia sob a perspectiva da análise econômica do Direito.

2. O QUE É A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)?

De um lado, a Economia analisa o processo de decisão dos indivíduos quando confrontados com a escassez. Por outro lado, o Direito regula a vida em sociedade. Para A. Porto (2019), trata-se de uma “associação pertinente” a que levou à análise econômica do Direito ou AED, a qual se utiliza da teoria econômica para analisar leis e políticas públicas.

A AED é usada para examinar a influência das leis, da jurisprudência e das políticas públicas no processo decisório dos indivíduos, além de buscar responder se tais atos legislativos serão socialmente favoráveis no sentido de promover a eficiência do sistema econômico, trazendo bem-estar social. Assume-se que os indivíduos praticam escolhas racionais levando em consideração seus custos e benefícios. Desta forma, a insegurança jurídica gerada por políticas públicas mal planejadas ou ainda sujeitas a divergências jurisprudenciais diminui o bem-estar dos indivíduos, o que indica que a AED é ferramenta essencial na elaboração das leis.²

1. Cf. PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 77 e 265-295; STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editora, 2014. p. 25-31.

2. TABAK, Benjamin Miranda. *A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas*. A. 52, n. 205, jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

3. O QUE SÃO POLÍTICAS ECONÔMICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE RENDA E COMO ELA FUNCIONA SOB A ÓTICA DE UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

Na teoria econômica, existe uma grande discussão sobre a relação entre crescimento econômico e distribuição de renda, não existindo consenso entre os economistas quanto à relação entre esses dois fatores. Economistas têm buscado compreender os impactos das políticas de distribuição de renda no crescimento econômico; porém, há na literatura diversas respostas que acabam não solucionando a questão. A dúvida consiste em responder à indagação se primeiro deve-se perseguir o crescimento econômico, para depois redistribuir renda, ou se ambos os objetivos devem ser buscados simultaneamente.

A macroeconomia estuda os níveis de renda e emprego, ao passo que a microeconomia investiga a distribuição da renda, a formação de preços e outros recursos. Para o economista clássico Ricardo, do século XVIII, época em que não se separava o estudo da macro e da microeconomia, como se faz atualmente, a economia objetivava o estudo da distribuição. Para Ricardo, a distribuição da renda ocorria segundo algumas leis, como, por exemplo, a da escassez de terras férteis, e não seria influenciada pela vontade humana; os salários sempre voltariam a um nível de subsistência mínima, visto ser o trabalho um recurso universalmente disponível, assim como infinitamente substituível. Portanto, para ele, não haveria razão para políticas de distribuição.³

O pensamento dos economistas clássicos, de que para distribuir renda seria necessário primeiro concentrar renda para então crescer, demonstrou-se errôneo, pois o lucro das empresas não é a única fonte de investimento, e muito menos a aplicação de salários baixos como forma de concentração de renda. De acordo com Gonçalves (2019), essa linha de pensamento vem caindo por terra pelos últimos 50 anos, na medida em

3. RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

que foi constatado um grande crescimento econômico em países desenvolvidos como o Japão e os Estados Unidos. Destaca Gonçalves (2019) que os fundos de pensão são também grandes fontes de investimento, sendo que o crescimento econômico depende da produtividade, que, quando aumentada, tende a diminuir a pobreza.

Em análise de mais de 200 anos, Gonçalves (2019) demonstrou queda de 85% no percentual da população mundial absolutamente pobre, graças às revoluções científica, tecnológica e organizacional. Concluiu, desta feita, que o crescimento econômico diminui a pobreza, mesmo não afetando a distribuição de renda. Com base nessas assertivas, depreende-se, de alguma forma, que para diminuir a pobreza é necessário crescimento econômico. Em outras palavras, combate à pobreza e redução das desigualdades são fenômenos distintos; porém, se forem buscados de maneira sincronizada, podem vir a completar um círculo virtuoso.⁴

Dentro dessa discussão sobre a relação entre o crescimento econômico e a distribuição de renda, Fonseca (2004) identificou três grandes linhas de pensamento no Brasil, as quais denominou cínica, fatalista e ingênua.

Para a corrente cínica, a distribuição de renda é consequência natural do crescimento econômico; portanto, se o PIB de um país cresce, a renda acabará sendo distribuída, sendo, portanto, irrelevantes as políticas públicas que visam a uma maior distribuição. Para esta corrente, o crescimento antecede a distribuição, e cabe ao governo preocupar-se apenas com o crescimento econômico.

De acordo com os fatalistas, apenas após uma revolução propriamente dita é que ver-se-á uma melhora nos indicadores sociais. Para tais teóricos, a concentração de renda acompanhada da pobreza e da miséria são inerentes ao capitalismo e só haveria uma distribuição de renda justa se estas desaparecessem, não restando políticas públicas capazes de solucionar tais problemas. No entanto, para Fonseca (2004), “[...] existem casos

4. Cf. COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2014.

concretos de capitalismo com maior ou com menor distribuição de renda”, o que faz cair por terra a afirmação de que não poderia haver distribuição de renda em países de economia capitalista, já que nesse tipo mercado se concentra mais a renda do que se distribui.

A proposta ingênua defende que crescimento econômico e distribuição de renda são coisas distintas e independentes ou que a distribuição é pré-requisito para o crescimento. De acordo com tal corrente, a redistribuição de renda depende da vontade política para que aconteça sua implementação, e as leis econômicas defendidas pelas outras duas correntes são substituídas pelas decisões políticas, ignorando o contexto político-econômico.

Prosperidade ou desenvolvimento, de um ponto de vista econômico, caminham lado a lado com o conceito de PIB (produto interno bruto), que é a soma dos valores de uma amostra de bens e serviços dentro de determinada região em determinado período. O desenvolvimento econômico visa ao bem-estar geral da população, sendo que o PIB é um dos indicadores quantitativos da economia, usado para tentar medi-lo; porém, esse indicador mede o estado da Economia de um país de maneira geral, focado na renda, não sendo capaz de medir o bem-estar social tampouco o nível de felicidade da população de maneira precisa.⁵

Ao se falar em políticas macroeconômicas, deve-se considerar como objetivo principal o desenvolvimento econômico de um país, ou seja, por meio de uma série de metas e ações a serem adotadas por um determinado governo ter-se-á como principal foco atingir tal desiderato. Nenhuma definição única para o desenvolvimento econômico é inteiramente satisfatória, existindo uma tendência de uso indistinto dos termos desenvolvimento econômico e crescimento econômico, mas é possível extrair relevantes

5. Sobre como o agregado de bens e serviços produzidos num determinado país não esclarece por completo acerca do bem-estar dos cidadãos e a importância dos índices de produto *per capita*, cf. PORTO, Manuel. *Economia: um texto introdutório*. Lisboa: Almedina, 2014. p. 224-230.

distinções entre eles.⁶ Não se pode confundir desenvolvimento econômico com crescimento econômico, embora aquele normalmente não costuma ser atingido sem que haja algum grau de crescimento. Nas palavras de Eros Grau (2006), o crescimento, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento. O desenvolvimento supõe não apenas crescimento econômico, mas, sobretudo elevação do nível cultural-intelectual comunitário e um processo ativo de mudança social.

Nesse sentido, há também de serem observados indicadores qualitativos do bem-estar geral da população, como a distribuição de renda, por exemplo, foco principal deste trabalho. Para tanto, são normalmente usados o IDH ou índice de desenvolvimento humano, o PIB *per capita*, o coeficiente de Gini, e até mesmo o PIB, ou felicidade interna bruta.

O IDH, ou Índice de Desenvolvimento Humano, tem um olhar voltado para as pessoas, suas oportunidades e capacidades. O foco neste caso não é o mero crescimento econômico derivado da renda que cada pessoa pode gerar, mas sim no ser humano merecedor de uma vida digna. Trata-se de um índice que leva em consideração a renda, a educação e a saúde da população, e que surgiu como complemento ao PIB, justamente por levar em consideração pontos que o PIB não leva. A despeito de esse índice não refletir de forma precisa o desenvolvimento econômico, por usar dados externos às pessoas, já é considerado um índice mais completo do que o mero Produto Interno Bruto (PIB), que está focado apenas uma variável, a saber, a soma de bens e serviços produzidos em um determinado local em um período considerado.⁷

Segundo recente relatório da ONU (G1, 2019), o Catar é o país com a maior concentração de renda no mundo, estando o Brasil apenas uma posição abaixo, em que o 1% mais rico concentra 28,3% da renda total do país. O Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) utilizou dados disponíveis no

6. Cf. GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio J. Maristrello. *Curso de análise econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Atlas Gen, 2020. p. 21-49.

7. Sobre o IDH, cf. RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento, antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 32-34.

período de 2010 a 2017, considerando uma série de índices, inclusive a distribuição de renda, para conceituar desigualdade social.

De acordo com o IBGE (2020), o PIB *per capita* é a divisão do PIB pelo número de habitantes, que mede quanto do PIB caberia a cada indivíduo de um país, e como média reflete a circunstância hipotética de todos receberem partes iguais. Contudo, apesar de esse indicador ajudar a entender a economia de um país, ele não indica importantes fatores, como qualidade de vida, educação, saúde e a distribuição de renda. Um país pode ter um PIB alto e apresentar um padrão de vida relativamente baixo. Segundo Gonçalves (2019), o Brasil geralmente apresenta um PIB *per capita* praticamente igual ao PIB *per capita* mundial, o que, como vimos, não transmite a ideia de justiça social em termos de distribuição de renda, se comparado ao IDH mencionado anteriormente.

O coeficiente de Gini foi criado no início do século XVIII por Conrado Gini e é mais comumente utilizado para representar a distribuição de renda em determinados países. Trata-se de um índice amplamente usado nos estudos que têm por objeto o desenvolvimento econômico e a distribuição de renda, dado que objetiva medir a desigualdade. Quanto mais o coeficiente se aproxima de 1, mais a renda de determinada região estará concentrada em uma parcela menor da população. O Relatório de Desenvolvimento Humano elaborado pela PNUD em 2004 apresentou lista com 127 países e seus coeficientes de Gini, em que o Brasil possuía um índice de 0,591, estando à frente de apenas sete outros países.⁸

O padrão de vida é um dos pontos observados do indicador FIB (felicidade interna bruta), criado no Butão em 1972 para alcançar uma medida mais precisa do verdadeiro desenvolvimento econômico, voltado para o bem-estar populacional. Neste aspecto, a distribuição de renda é um dos fatores relevantes para determinar o bem-estar, sendo tão ou mais importantes que o PIB.⁹

8. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). O que é? – índice de Gini. Nov. 2004. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28. Acesso em: 2 jan. 2021.

9. BARBOZA, Liane de Oliveira. *Felicidade interna bruta – FIB: uma alternativa para medir o bem-estar da população Rio Grandina*. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas) – Instituto de Ciências Econômicas, Administrativas e Contábeis, Universidade Federal do Rio

Desta forma, pode-se dizer que o Brasil está entre os países com menor distribuição de renda, com a maior parte dela concentrada em uma parcela muito reduzida da população. O oposto se extrai dos índices de desenvolvimento de países considerados desenvolvidos economicamente, em que se observa uma distribuição de renda mais igualitária. Apesar de alguns indicadores de desenvolvimento econômico utilizarem a distribuição de renda como parâmetro, esse tema é um dos mais discutidos, especialmente em que momento a distribuição justa de renda ocorre, se antes ou após o crescimento econômico.

A partir dessa nova perspectiva, torna-se de extrema importância uma distribuição de renda mais igualitária em busca de um maior bem-estar populacional e justiça social.

Observa-se entre os governos mundiais uma tendência geral focada em alcançar o desenvolvimento econômico. Para alcançar tal objetivo, existem atualmente duas correntes: a neoclássica ou neoliberalismo, advinda do pensamento clássico, que prega a liberdade dos mercados para que estes se ajustem independentemente, sem a interferência do Estado; e a corrente Keynesiana, que defende uma maior interferência estatal no alcance do desenvolvimento econômico, por meio de políticas públicas, por exemplo.

A distribuição de renda ou de riqueza é a forma como se distribuem os bens e serviços produzidos pela população trabalhadora entre seus habitantes e suas camadas populacionais.

Desta forma, será por meio de políticas públicas que o governo atingirá a distribuição de renda de tal forma que a população consiga alcançar o bem-estar e o desenvolvimento econômico.

Nos últimos anos, o Brasil sofreu intensas mudanças de suas políticas públicas de distribuição de renda, as quais inseriram novas famílias na classe média e afetaram diretamente a economia. De acordo com Easterly (1999) e Galor (2011), uma economia que tem uma considerável classe média apresenta um maior crescimento sustentável.

Grande – FURG, 2015. Disponível em: http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/6196/Monografia_Liane%20de%20Oliveira%20Barboza.pdf?sequence=1. Acesso em: 19 fev. 2021.

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 foi o marco do combate à pobreza e às desigualdades sociais, em face dos capítulos da Ordem Econômica, Social (em que se engloba a seguridade social), bem como do próprio Sistema Tributário Nacional, que, ao menos do ponto de vista de seu desenho constitucional, esboçou as bases para um sistema progressivo em observância à capacidade contributiva, ao menos sua feição original, anteriormente às inúmeras emendas que sofreu.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS ASPECTOS SOCIAIS

A Constituição Federal de 1988 é denominada como “Constituição Cidadã” por ser fundamentada na redemocratização do país, priorizando os direitos fundamentais, os quais tiveram considerável ampliação no texto constitucional.

Foi a primeira Constituição a inverter a ordem do capítulo referente aos direitos fundamentais; diferentemente das Constituições anteriores, nas quais os Direitos Fundamentais estavam nos últimos artigos, agora eles estão no início da Carta Constitucional.¹⁰

Aqui, encontramos um dos princípios mais importantes sobre o qual será construído o país: a dignidade da pessoa humana, que é o eixo em torno do qual se estruturam todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Se o ser humano é titular de direitos e garantias, é em razão do tratamento digno que lhe deve ser ofertado.

Dispõe de forma inteligente Sarmento que o princípio da dignidade deve ter uma dupla função: além de legitimar o Estado e a ordem jurídica, tendo em vista que sua existência deve se dar em razão da pessoa humana, ter uma função hermenêutica:

10. NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

ela deve permear a interpretação e aplicação das normas constitucionais de todas as áreas, como as que tratam da organização do Estado, disciplina da economia, tributação, família etc. Mais do que isso, a dignidade deve se irradiar para todos os ramos da ordem jurídica – inclusive do Direito Privado – impondo a releitura dos preceitos e institutos de todas as áreas sob as suas lentes.¹¹

Uma demonstração ainda maior de que a Constituição de 1988 é compromissária, o art. 3º traz os objetivos da República Federativa. Trata-se de um dispositivo de caráter principiológico e programático; dessa forma, não deve produzir todos os seus efeitos de forma imediata, necessitando ser visto segundo a perspectiva de que o Estado, no dever de cumprir o máximo possível desses objetivos, respeite os limites jurídicos, fáticos e orçamentários impostos a ele.

Construir uma sociedade livre, justa e solidária: este é o primeiro objetivo previsto no art. 3º. Uma sociedade livre é aquela que possui e estimula todas as formas de liberdade (de locomoção, de religião, de pensamento, de escolhas econômicas). Sociedade justa é aquela que permite que cada um de seus membros faça suas escolhas, que cada um tenha aquilo que lhe é de direito.

Garantir o desenvolvimento nacional: este ponto não deve se restringir apenas ao desenvolvimento econômico, mas deve incluir o desenvolvimento social, cultural, entre outros. É o que diz José Afonso da Silva:¹²

não se quer um mero crescimento econômico, sem justiça social – pois, faltando esta, o desenvolvimento nada mais é do que simples noção quantitativa, como constante aumento do produto nacional, como se deu no regime anterior, que elevou o país à oitava potência do mundo, ao mesmo tempo que o desenvolvimento social foi mínimo e a miséria se ampliou. Isso é simples crescimento, não desenvolvimento; pois incremento econômico sem participação do povo no seu resultado, sem elevação do nível de vida da população, sem mudanças, não caracteriza desenvolvimento.

11. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologias*. Belo Horizonte. Fórum, 2016. p. 80.

12. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 8.

Dessa maneira, o Poder Público tem o dever de agir de forma a propiciar a implementação das diversas facetas do desenvolvimento; a saber, econômico, social, cultural, tecnológico e científico.

Erradicar a pobreza e a marginalização: trata-se de um objetivo audacioso, um propósito a ser buscado pelo Estado. Todas as políticas públicas realizadas pelos poderes, executivo e legislativo, devem, acima de tudo, ter como ponto fulcral o fim da marginalização e da pobreza. Nesse aspecto, a pobreza consiste em falta de renda e recursos suficientes para o sustento básico, falta de condições de saúde e educação. Quando a pobreza se aprofunda, ao ponto de a pessoa não ter condições mínimas de subsistência, temos a miséria, a qual a faz ser excluída da sociedade, marginalizando-a. Aqui vemos mais um vetor da sociedade livre, justa e solidária de que tratamos anteriormente.¹³

Ademais, a redução das desigualdades, outro objetivo, deve ser vista pelo prisma social e regional, de forma que a primeira consiste na distância entre os mais ricos e os mais pobres, e a segunda, na redução das diferenças entre as regiões mais ou menos favorecidas. Por essa razão, o art. 43 §1º, I da Constituição Federal prevê a possibilidade de criação, por meio de Lei Complementar, das chamadas “regiões de desenvolvimento”, com a criação de organismos que terão a função de elaborar planos para fomentar o desenvolvimento econômico de algumas regiões. Esses incentivos poder-se-ão dar por meio da concessão de juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias e isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais.

Para além dos objetivos da República Federativa do Brasil, com a Constituição Federal de 1988 os direitos sociais tiveram tanta proeminência que podemos encontrá-los já em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a seguran-

13. RISTER, op. cit.

ça, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.¹⁴

Considerados como direitos de segunda geração, os direitos sociais têm como premissa a obrigação do Estado de realizar prestações positivas, a fim de reduzir as desigualdades materiais entre os indivíduos. Dessa forma, tais direitos acabam tendo uma função cada vez mais importante, e requerem por parte do Estado uma atuação cada vez maior na realização da almejada justiça social.

Assim, no artigo 6º da Constituição, encontramos um rol de direitos sociais, básicos, a saber, educação, saúde, lazer, segurança, moradia, trabalho, transporte, previdência social, alimentação, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Os direitos sociais são incumbências do Estado, vinculados a prestações estatais relacionadas à distribuição de bens, ou seja, estão ligados à economia, pois toda e qualquer prestação estatal tem um custo, “o custo dos direitos”.¹⁵

Para que a população consiga alcançar as garantias básicas é necessário que ela tenha acesso a uma renda mínima; porém, por diversos fatores de mercado, a maior parte da renda produzida em um país acaba ficando concentrada com uma reduzida parcela da população. É nesse ponto que o Estado faz-se necessário, por intermédio das políticas públicas que visam à distribuição menos desigual de renda, ou seja, de modo a transferir às camadas da população menos favorecidas parte da renda que irá garantir o mínimo necessário para uma vida digna.

Perceber a desigualdade social como um efeito estrutural que decorre da dinâmica histórica no desenvolvimento do capitalismo permite-nos dar um crédito menor aos que a entendem como algo que decorre apenas da insuficiência de renda. Note-se que essa desigualdade decorre também da omissão governamental concernente à ausência de políticas públicas

14. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jan. 2021.

15. NUNES JÚNIOR, op. cit.

de redistribuição de renda, as quais importariam em atuar no sentido de equilibrar os pratos da balança em prol dos menos afortunados.

Dessa forma, os programas que têm como escopo a transferência de renda passam a ser considerados mecanismos de extrema importância para o enfrentamento da pobreza, eixos de proteção social. Nesse sentido, Conti (2020) observa que “[...] há muitas possibilidades e formas de atender às necessidades sociais, e de forma mais abrangente, universalizando o espectro de beneficiários e a amplitude dos benefícios”.

Antes de adentrarmos especificamente nas políticas públicas, cumpre conceituá-las: trata-se de um conjunto de programas ou ações conjuntas tomadas pelos governos, tendo a participação direta ou indireta de entes públicos ou privados, que almejam garantir determinados direitos para grupos da sociedade, com a finalidade de compensar a distorção que existe em decorrência do sistema capitalista, tendente à concentração de renda e de oportunidades nas mãos de poucos.

5. MECANISMOS DE DISTRIBUIÇÃO DE RENDA

As ações estatais com o objetivo de corrigir a distorção na distribuição da renda podem ter caráter permanente ou temporário.

No caso de programas ou benefícios permanentes não há período específico para término do pagamento; desde que o beneficiário continue com as condições que ensejaram a concessão da ajuda estatal, este permanece recebendo os respectivos valores. Como exemplos desta modalidade podem-se citar o Benefício de Prestação Continuada e o Programa Bolsa Família.

Por outro lado, os programas temporários são estabelecidos para enfrentar situações transitórias que afetam a renda de seus beneficiários, havendo prazo específico para término do pagamento. Como exemplos desta modalidade podem-se citar o Seguro Defeso, também denominado Seguro-De-

semprego do Pescador Artesanal, bem como o recente Auxílio Emergencial, decorrente da pandemia de COVID-19.

5.1 Programa Bolsa Família

O Bolsa Família é um programa de transferência de renda, direcionado a famílias que se encontram em situação de pobreza extrema em todo o país, tendo como finalidade a superação da situação de vulnerabilidade e pobreza em que se encontram. Criado em 2003 pelo governo federal, atende hoje no Brasil a mais de 13,9 milhões de famílias.¹⁶

Os principais objetivos do programa são: combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional, combater a pobreza e quaisquer formas de privação das famílias, promover o acesso à rede de serviços públicos.

Participam do programa as famílias consideradas extremamente pobres, ou seja, aquelas com renda mensal de até R\$ 89,00 por pessoa, e as famílias pobres, consideradas aquelas com renda mensal entre R\$ 89,01 e R\$ 178,00 por pessoa; neste caso, devem ter em sua composição gestantes, crianças ou adolescentes entre 0 e 17 anos, para fazer jus ao benefício. Existem diversos tipos de benefícios,¹⁷ os quais variam entre R\$ 41,00 e R\$ 205,00 por mês.

O programa Bolsa Família é considerado como o de resultado mais positivo e progressista quando tratamos de transferência de renda. Cerca de 70% dos recursos alcançam os 20% mais pobres, reduz em 15% a pobreza, e em 25% a extrema pobreza. O programa foi responsável por 10% da redução da desigualdade entre 2001 e 2015, de acordo com o coeficiente de Gini.¹⁸

16. CEF. Programa Bolsa Família. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bol-safamilia/paginas/default.aspx#:~:text=O%20valor%20de%20cada%20benef%C3%ADcio,a%2015%20anos%20de%20idade>. Acesso em: 10 dez. 2020.

17. Tipos de benefício: 1. Básico; 2. Variável; 3. Variável à gestante; 4. Variável nutriz; 5. Variável jovem; 6. Para a superação da extrema pobreza; 6. Abono natalino.

18. Criado pelo matemático Conrado Gini, é um instrumento utilizado para medir o grau de concentração de renda em um determinado país.

Com relevante papel na economia, de acordo com o IPEA (VALOR ECONÔMICO, 2013),¹⁹ cada R\$ 1,00 investido no Bolsa Família se torna R\$ 2,40 no consumo final das famílias, tendo ainda um retorno de R\$ 1,78 ao PIB. O Bolsa Família possui um dos menores custos entre os programas sociais, em torno de 0,5% do PIB; porém é o que tem o maior efeito multiplicador em relação à economia. Dessa forma, o Bolsa Família deveria ser visto com um viés de investimento e não de gasto público.

De acordo com Gonçalves,

O sucesso de um programa como o Bolsa Família brasileiro se mede, ao longo do tempo, não pela crescente extensão de sua cobertura (mais e mais pessoas recebendo), mas pela redução paulatina dessa extensão, paralelamente à diminuição da pobreza. As políticas a favor dos pobres não devem aumentar a dependência deles em relação ao Estado.²⁰

É nesse ponto que residem as maiores críticas ao programa, justamente em decorrência do questionamento em relação ao fato de perpetuação da dependência e da pobreza. Entendemos que tais críticas são pertinentes e merecem um maior aprofundamento no sentido de aperfeiçoamento do programa, mediante a imposição de condicionalidades, não no sentido da sua redução, dada a sua extrema importância no cenário atual

5.2 Benefício de prestação continuada (BPC)

Criado em 1993 pela Lei 8.742, Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), com fundamento no artigo 203, inciso V da Constituição Federal, o benefício de prestação continuada tem natureza assistencial, e corresponde a um salário mí-

19. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

20. GONÇALVES, Antônio Carlos Porto. Questões e políticas da macroeconomia. In: PINHEIRO, Armando Castelar, PORTO, Antônio J. Maristello, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019. p. 79.

nimo por mês, concedido a idosos a partir dos 65 anos ou a deficientes, neste caso independentemente da idade, desde que comprovem baixa renda e sejam incapacitados para o trabalho, não conseguindo manter seu próprio sustento.²¹

Considera-se baixa renda a média por pessoa do grupo familiar inferior a um quarto (25%) do salário mínimo em vigor, o que equivale hoje a aproximadamente R\$ 261,25. Dessa forma, somam-se os rendimentos de todos e divide-se o valor pelo número de pessoas. Para o cálculo, são considerados o beneficiário, o companheiro ou cônjuge, os pais, os irmãos, desde que solteiros, os filhos e enteados solteiros e, também, os tutelados, desde que todos vivam na mesma residência.

Por ser um benefício de natureza assistencial, dispensa-se a contribuição ao INSS para a concessão. Nota-se aqui a tentativa do Estado em cumprir os preceitos constitucionais de assistência social como um direito de todos, independentemente de contrapartida, devendo prover o mínimo necessário para a dignidade humana. Isso porque o art. 203 da Constituição Federal prevê que a assistência social será prestada a quem dela necessitar.

Atualmente, o benefício de prestação continuada atende a mais de quatro milhões de pessoas. De acordo com Granja, Medeiros e Sawaya (2009), estudos mostram que a cobertura do BPC realmente alcançou a população mais pobre e, segundo o Ministério do Desenvolvimento Social, em pesquisa realizada em 2010, o impacto provocado pelo BPC no orçamento das famílias era consideravelmente alto quando um dos conviventes era beneficiário. Cerca de 80% da renda das famílias entrevistadas provinha do BPC, e em 47% delas o benefício equivalia a 100% da renda familiar, demonstrando, assim, a importância desse benefício de assistência social.

Para Jaccoud, Mesquita e Paiva (2017), o impacto na melhoria do bem-estar dos grupos considerados vulneráveis foi significativo, além de contribuir de forma considerável na redução dos níveis de desigualdade social e miséria.

21. JACCOUD, L.; MESQUITA, A.C.; PAIVA, A. *O benefício de prestação continuada na reforma da Previdência: contribuições para o debate*. Texto para discussão 2301. Brasília: IPEA, 2017.

5.3 Seguro Defeso

5.3.1 Do período de defeso – viés ambiental

A reprodução dos organismos aquáticos ocorre em épocas específicas do ano. Dessa forma, a pesca de diversas espécies de peixes e crustáceos no período reprodutivo representa sério risco de degradação ambiental.

O período de defeso caracteriza-se como uma época do ano em que a pesca é vedada ou controlada. Ele se aplica a uma ampla gama de peixes e crustáceos; variando de espécie para espécie.

A tabela a seguir apresenta alguns períodos de defeso para 2020/2021.

Espécie	Abrangência	Início	Fim
Anchova	Litoral Sul do país	01 Dez	31 Mar
Corvina	Lagoa dos Patos – Rio Grade do Sul (RS)	01 Mar	20 Set
Tainha	Lagoa dos Patos – Rio Grade do Sul (RS)	01 Jun	30 Set
	Litoral Sudeste/Sul	15 Mar	15 Ago

Fonte: <https://www.ibama.gov.br/biodiversidade-aquatica/periodos-de-defeso/defesos-marinhos>.

5.3.2 Do Seguro Defeso – viés social

Em razão do período de defeso, os pescadores profissionais artesanais ficam privados de sua renda habitual.

Assim, na época de defeso é garantido ao pescador profissional artesanal o pagamento do Seguro Defeso no valor de 1 (um) salário mínimo mensal, nos termos da Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, alterada pela Lei nº 13.134, de 14 de junho de 2015. Esta norma foi criada com a finalidade de garantir a subsistência desses trabalhadores. Na implantação desse benefício pode-se constatar nítida feição de transferência de renda ao trabalhador hipossuficiente.

5.4 Auxílio Emergencial

Em razão da pandemia que o coronavírus trouxe no ano de 2020, foi aprovada a Lei nº 13.982 em 2 de abril de 2020, que trata do Auxílio Emergencial. De acordo com o Governo Federal, mais da metade da população brasileira foi beneficiada de forma direta ou indireta em razão da medida tomada.²²

5.4.1 Do impacto social

O Auxílio Emergencial é um programa de repasse financeiro concedido aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais, autônomos e desempregados, tendo por objetivo auxiliar a população mais vulnerável no período de crise causada pelo coronavírus. Assim, mais de 66 milhões de pessoas foram beneficiadas.

O valor do auxílio prestado em comparação com o Bolsa Família é superior, por isso, por força dele, observou-se a redução da pobreza e da desigualdade mesmo em época de pandemia. Para os mais pobres, o valor do benefício é superior à renda domiciliar; assim, o implemento de renda é considerado inédito. Certamente esse benefício evitou consequências ainda maiores que poderiam ocorrer sem a sua existência.

De acordo com pesquisas feitas pelo IPEA,²³ foi observado que, com o Auxílio Emergencial no valor de R\$ 600,00, foi elevada a média de renda domiciliar *per capita* em R\$ 178,00; considerando-se ainda que os impactos temporários sobre a pobreza e desigualdade são bem expressivos.

22. MINISTÉRIO DA CIDADANIA. Dez pontos que fazem do Auxílio Emergencial do Governo Federal uma iniciativa sem precedente. Julho 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/dez-pon-tos-que-fazem-do-auxilio-emergencial-do-governo-federal-uma-iniciativa-sem-precedentes>. Acesso em: 13 dez. 2020.

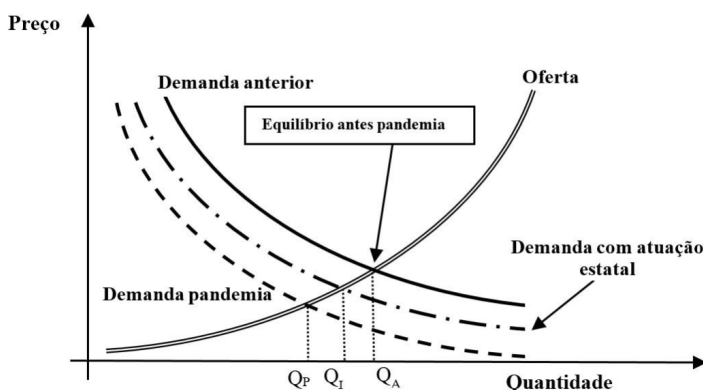
23. BARBOSA, Rogério Jerônimo; PRATES, Ian. Efeitos do desemprego, do Auxílio Emergencial de preservação do emprego e da renda (MP 936/2020) sobre a renda, a pobreza e a desigualdade durante e depois da pandemia. *Ipea*, 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10187/1/bmt_69_EfeitoDesemprego.pdf. Acesso em: 7 dez. 2020.

5.4.2 Do impacto na manutenção dos agentes econômicos nos mercados em geral

O desemprego em razão da pandemia do novo coronavírus foi recorde: de acordo com o levantamento feito pelo IBGE,²⁴ o Brasil encerrou o mês de agosto de 2020 com aproximadamente 13,5 milhões de desempregados, uma alta de 33,1% entre os meses de maio e agosto.

Já a concessão do benefício assistencial amenizou a queda de demanda decorrente da retração econômica.

O gráfico a seguir retrata a situação apontada anteriormente.



Nos mercados em geral, observa-se no quadro anterior, que antes da ocorrência da pandemia, o equilíbrio do mercado ocorria com a quantidade Q_A .

Em virtude das restrições sanitárias decorrentes da pandemia e seu reflexo no nível de emprego, ocorreu diminuição do poder de compra, o que implicou a redução da demanda (linha tracejada) e o conseqüente equilíbrio em Q_P .

Diante da atuação estatal, com a concessão do Auxílio Emergencial a partir de abril de 2020, houve recuperação, ao menos parcial, da demanda, atingindo-se o novo ponto de equilíbrio implicando consumo de Q_I .

24. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; BRASIL tem 2ª maior concentração de renda do mundo, diz relatório da ONU. *GI*, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/09/brasil-tem-segunda-maiorconcentracao-de-renda-do-mundo-diz-relatorio-da-onu.ghtml>. Acesso em: 7 jan. 2021.

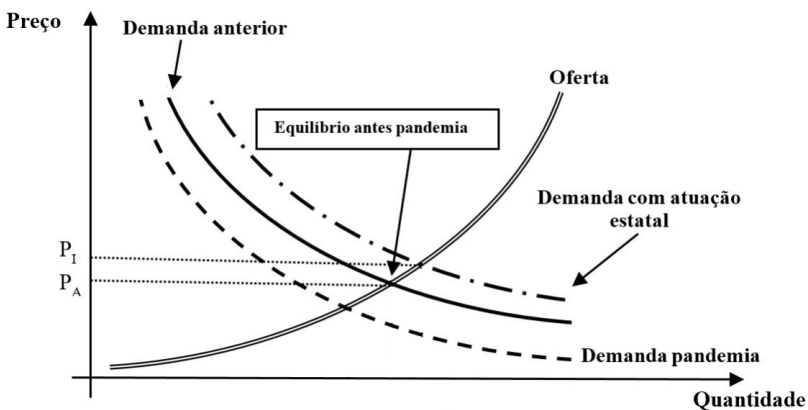
O equilíbrio em Q_p , em vez de Q_p , evitou, ou ao menos minimizou, situação de inviabilidade de prosseguimento das atividades de diversas empresas.

5.4.3 Do impacto inflacionário em mercados específicos

Em pesquisa feita pelo Banco Central, em razão do Auxílio Emergencial, houve impacto na inflação dos mais pobres. O benefício elevou a faixa de preços de itens básicos na alimentação (cesta básica); por exemplo, o preço de algumas carnes mais consumidas por famílias de menor renda cresceu mais de 20% no período de abril a outubro, enquanto as demais variaram cerca de 12% no mesmo período.²⁵

De acordo com José Paulo Kupfer (2020), “a demanda por alimentos, artigos de residência e material de construção, reforçada pelo Auxílio Emergencial, encontrou uma oferta ainda insuficiente”. A inflação média de alimentos, no acumulado de 12 meses, atingiu patamar próximo a 21%.

O gráfico a seguir retrata o equilíbrio de mercado que implicou a situação apontada anteriormente.



25. GARCIA, Larissa. Auxílio Emergencial eleva inflação dos mais pobres, diz Banco Central. *Folha de São Paulo*, São Paulo 17 de dez. de 2020. Disponível em: [32](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/auxilio-emergencial-eleva-inflacao-dos-mais-pobres-diz-banco-central.shtml#:~:text=Uma%20pesquisa%20do%20BC%20(Banco,um%20e%20tr%C3%AAs%20sal%C3%A-lrios%20m%C3%ADnimos. Acesso em: 15 dez. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Nos mercados de gêneros alimentícios básicos e de materiais de construção houve comportamento diverso do apresentado no item 5.4.2. Observa-se que, antes da ocorrência da pandemia, o equilíbrio do mercado ocorria com o preço P_A .

Em virtude da concessão do Auxílio Emergencial, ocorreu aumento do poder de compra, o que implicou a elevação da demanda (linha traço ponto) e o conseqüente aumento do custo dos produtos ($P_1 > P_A$).

5.4.4 Efeito de amortecimento na retração do PIB

Os efeitos que esse benefício trouxe para a economia foram melhores do que o esperado. Analistas de mercado falavam em uma queda do PIB²⁶ próxima dos 10% em 2020, porém o resultado divulgado pelo IBGE foi uma queda de 4,1%; o auxílio é um dos elementos que ajudam a explicar a queda menor do PIB. Isto não foi suficiente para o Brasil crescer, mas a queda que estava acontecendo de forma abrupta não ocorreu. Levando-se em consideração o pagamento das dívidas, ou a poupança e o restante sendo gasto, entrariam em razão do auxílio, no caixa do governo, cerca de R\$ 75 bilhões de reais.²⁷

Em síntese, constatou-se que um auxílio nunca visto antes, combinado com a crise que se instaurou e suas nuances, provocou um aumento na renda das famílias mais pobres; entretanto, os preços dos itens básicos subiram de forma descontrolada.

5.5 Impostos sobre grandes fortunas como fonte de recursos para redução da desigualdade social

Recentemente criado na Argentina e muito discutido na sociedade brasileira, o imposto sobre grandes fortunas pode se tornar um grande aliado das políticas públicas sociais, especificamente na seara tributária.

26. Produto Interno Bruto – representa a soma de todos os bens e serviços produzidos em uma determinada região, durante um período determinado.

27. AUXÍLIO Emergencial deve evitar queda maior do PIB, com estímulos a consumo das famílias. *Instituto Millenium*, 2020. Disponível em: <https://www.institutomillenium.org.br/auxilio-emergencial-deve-evitar-queda-maior-do-pib-com-estimulo-a-consumo-das-familias/>. Acesso em: 28 dez. 2020.

Esquecido desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual prevê a possibilidade de criação por meio de Lei complementar, voltou a ser discutida a possibilidade de instituição do imposto sobre grandes fortunas (IGF) pelo governo, tendo em vista a diminuição considerável da arrecadação de impostos em decorrência da pandemia do coronavírus (Covid-19), além da absurda desigualdade social, que ficou evidente com a crise que se deu no ano de 2020.

De acordo com a Oxfam Brasil (2020),

Setenta e três bilionários da América Latina e do Caribe aumentaram suas fortunas em US\$ 48,2 bilhões entre março (início da pandemia) e junho de 2020. Isso equivale a um terço do total de recursos previstos em pacotes de estímulos econômicos adotados por todos os países da região.

O Brasil tem 42 desses bilionários, os quais tiveram, juntos, sua renda aumentada em aproximadamente R\$ 189.486 bilhões.

Um documento apresentado no dia 06 de agosto de 2020, o qual tem oito propostas emergenciais, apresenta projeto de leis que podem prever um aumento na arrecadação tributária de mais de R\$ 290 bilhões, desonerando as pessoas de baixa renda e as pequenas empresas.²⁸

A criação do IGF (imposto sobre grandes fortunas) é uma das oito propostas apresentadas, e prevê a potencial arrecadação na ordem de R\$ 40 bilhões, com a incidência de alíquotas progressivas que variam entre 0,5% e 1,5%, sobre as faixas de riquezas que têm por base o patrimônio acima de R\$ 10 milhões.

Entretanto, há grande preocupação em relação a essa medida: o principal argumento é o de fuga de capitais do país, pois ativos financeiros considerados de alta liquidez podem ser rapidamente transferidos para outros países.

28. VILELA, Pedro Rafael. Como funciona a taxaço de grandes fortunas em outros países. *Brasil de fato*, 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/08/28/como--funciona-a-taxacao-de-grandes-fortunas-em-outros-paises>. Acesso em: 3 jan. 2021.

Em estudo publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, observou-se que há dificuldades para a implementação desse imposto, possibilidade de omissões na declaração do patrimônio (inclusive sonegação), além do argumento da incidência de bitributação. Concluiu-se que, por essas razões, apenas quatro países da OCDE ainda utilizam desse meio de arrecadação, sendo considerada baixa quando comparada ao PIB, variando entre 0,2 e 1%.²⁹

Na opinião do economista Pedro Humberto, tal justificativa acerca da evasão de capitais mostra-se frágil, pois considerando que o número de contribuintes é pequeno, a Receita Federal poderá ter instrumentos para evitar essa evasão fiscal.

Note-se, todavia, que os instrumentos implementados pela Receita Federal podem evitar a evasão fiscal, mas não impedem que os titulares das fortunas realizem migração, deixando legitimamente de ser contribuintes brasileiros.

Atualmente, já existe no sistema normativo previsão que sustenta a opinião anterior, porquanto de acordo com o artigo 2º da Resolução BACEN nº 3.854/2010, com redação dada pela Resolução CMN nº 4841/2020, as pessoas físicas que possuírem patrimônio superior a US\$ 1.000.000,00 no exterior devem apresentar declaração desses bens e valores ao Banco Central do Brasil. A não apresentação da referida declaração ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 8º da Resolução do BACEN mencionada anteriormente.

6. CONCLUSÃO

A proteção social deve ser considerada como o pilar de um estado de bem-estar dos indivíduos, não integrantes de um todo indiferente, mas reconhecidos segundo as diferenças naturais de pessoas que compõem

29. OEDC. The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD. *OECD Tax Policy Studies*. Paris, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/the-role-and-design-of-net-wealth-taxes-in-the-oecd-9789264290303-en.htm>. Acesso em: 15 jan. 2021.

a sociedade e merecem algum tipo de compensação. O desenvolvimento deve ser fomentado por atos governamentais com um viés de desenvolvimento social, humano, e não meramente econômico.

Importante observar-se ainda que as ações do Estado voltadas às pessoas menos favorecidas não representam um empecilho ao crescimento econômico, antes devem ser vistas como políticas que mantêm a ordem social.

Neste contexto, os programas permanentes de transferência de renda cumprem a função de prover renda às pessoas hipossuficientes do ponto de vista de capacidade econômica. Por outro lado, os programas temporários de transferência de renda, além de cumprir a função primária acima mencionada, também têm efeitos no ambiente econômico, seja no aspecto ambiental, como no caso do Seguro Defeso; seja no fluxo de bens e serviços finais, como ocorreu no caso do Auxílio Emergencial, com o amortecimento da queda do PIB em virtude das restrições sanitárias decorrentes da pandemia do Covid-19.

Dessa forma, tais programas acabam por gerar um círculo virtuoso para o crescimento econômico, em certas circunstâncias de modo temporário e, em outras, com caráter definitivo, contribuindo para a redução do desequilíbrio na distribuição da renda, trazendo como consequência a melhora do coeficiente de Gini. Isoladamente, não provocarão espontaneamente implemento de ações que concretizem o almejado desenvolvimento, mas por certo pavimentarão o caminho para se atingi-lo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rogério Jerônimo; PRATES, Ian. Efeitos do desemprego, do Auxílio Emergencial de preservação do emprego e da renda (MP 936/2020) sobre a renda, a pobreza e a desigualdade durante e depois da pandemia. *Ipea*, 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10187/1/bmt_69_EfeitoDesemprego.pdf. Acesso em: 7 dez. 2020.

- BARBOZA, Liane de Oliveira. *Felicidade interna bruta – FIB: uma alternativa para medir o bem-estar da população Rio Grandina*. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas) – Instituto de Ciências Econômicas, Administrativas e Contábeis, Universidade Federal do Rio Grande – FURG, 2015. Disponível em: http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/6196/Monografia_Liane%20de%20Oliveira%20Barboza.pdf?sequence=1. Acesso em: 19 fev. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jan. 2021.
- CAMPOS, André Gambier; CHAVES, José Valente. Seguro Defeso: problemas enfrentados pelo programa. *IPEA – mercado de trabalho*, n. 56, fev. 2014. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3782/1/bmt56_politicaemfoco03_seguro_defeso.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.
- CARBINATTO, Bruno. Bilionários ficaram quase 30% mais ricos durante a pandemia. *Super Interessante*, n. 420-A, out. 2020. Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/bilionarios-ficaram-quase-30-mais-ricos-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 4 jan. 2021.
- CEF. Programa Bolsa Família. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsafamilia/paginas/default.aspx#:~:text=O%20valor%20de%20cada%20benef%C3%A9cio,a%2015%20anos%20de%20idade>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- CONTI, José Mauricio. Como garantir a sobrevivência durante e no pós-pandemia: uma análise sobre os programas Renda Brasil, Coronavoucher e Bolsa Família. *JOTA*, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/como-garantir-a-sobrevivencia-durante-e-no-pos-pandemia-18062020>. Acesso em: 12 jan. 2021.
- COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DUARTE, Humberto Felipe Faria Lelis; FÁRIA, Antônio Cláudio Lopes de; RODRIGUES, Cristina Tristão. Avaliação de impacto do programa Bolsa Família sobre o consumo das famílias beneficiárias: uma análise através da POF 2008-2009. *Unifacs*, a. 21, v. 3, n. 44, dez. 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/304986676.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.
- DUQUE, Daniel; ESTEVES, Bernardo. Distribuição de renda no Brasil e o papel dos rendimentos além do trabalho para a desigualdade: uma análise do período 2012-19. *Blog do IBRE*, 2020. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/distribuicao-de-renda-no-brasil-e-o-papel-dos-rendimentos-alem-do-trabalho-para-desigualdade>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- EASTERLY, William. The middle class consensus and economic development. *World Bank*, 1999. Disponível em: <http://elibrary.worldbank.org/content/workingpaper/10.1596/1813-9450-2346>. Acesso em: 15 jan. 2021.

- FONSECA, P. *Desenvolvimento econômico e distribuição de renda: uma nova relação entre estado, sociedade e economia no Brasil*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. Disponível em: <http://professor.ufrgs.br/pedrofonseca/publications/desenvolvimento-econ%C3%B4mico-e-distribui%C3%A7%C3%A3o-de-renda>.
- BRASIL tem 2ª maior concentração de renda do mundo, diz relatório da ONU. *GI*, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/09/brasil-tem-segunda-maiorconcentracao-de-renda-do-mundo-diz-relatorio-da-onu.ghtml>. Acesso em: 7 jan. 2021.
- SILVEIRA, Daniel. Desemprego diante da pandemia bate novo recorde em outubro, aponta IBGE. *GI*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/12/01/desemprego-diante-da-pandemia-volta-a-bater-recorde-em-outubro-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 29 fev. 2021.
- GALOR, Oded. Inequality, human capital formation and the process of development. *Economy Department: Papers*. Brown University. Maio, 2011. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w17058/w17058.pdf. Acesso em: 6 jan. 2021.
- GARCIA, Larissa. Auxílio Emergencial eleva inflação dos mais pobres, diz Banco Central. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: [https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/auxilio-emergencial-eleva-inflacao-dos-mais-pobres-diz-banco-central.shtml#:~:text=Uma%20pesquisa%20do%20BC%20\(Banco,um%20e%20tr%C3%AAs%20sal%C3%A1rios%20m%C3%ADnimos](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/auxilio-emergencial-eleva-inflacao-dos-mais-pobres-diz-banco-central.shtml#:~:text=Uma%20pesquisa%20do%20BC%20(Banco,um%20e%20tr%C3%AAs%20sal%C3%A1rios%20m%C3%ADnimos). Acesso em: 15 dez. 2020.
- GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio J. Maristrello. *Curso de análise econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Atlas Gen, 2020.
- GRANJA, E.; MEDEIROS, M; SAWAYA NETO, M; *A distribuição das transferências, público-alvo e cobertura do benefício de prestação continuada (BPC)*. Texto para discussão 1.416. Brasília: Ipea, 2009.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- GONÇALVES, Antônio Carlos Porto. Questões e políticas da macroeconomia. In: PINHEIRO, Armando Castelar, PORTO, Antônio J. Maristello, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Produto Interno Bruto – PIB. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 29 dez. 2020.

- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). O que é? – índice de Gini. Nov. 2004. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28. Acesso em: 2 jan. 2021.
- AUXÍLIO Emergencial deve evitar queda maior do PIB, com estímulos a consumo das famílias. *Instituto Millenium*, 2020. Disponível em: <https://www.institutomillennium.org.br/auxilio-emergencial-deve-evitar-queda-maior-do-pib-com-estimulo-a-consumo-das-familias/>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- JACCOUD, L; MESQUITA, AC; PAIVA, A. *O benefício de prestação continuada na reforma da Previdência: contribuições para o debate*. Texto para discussão 2301. Brasília: IPEA, 2017.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.
- KUPFER, José Paulo. Pandemia e auxílio fazem inflação triplicar em quatro meses, superando meta. *Uol*, 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/colunas/jose-paulo-kupfer/2020/12/08/pandemia-e-auxilio-fazem-inflacao-triplicar-em-quatro-meses-superando-meta.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.
- LOBATO, Lenaura; SENNA, Monica. Benefício de prestação continuada (BPC): os pobres na mira das políticas de austeridade. *CEE – Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz*, 2020. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Beneficio-de-Prestacao-Continuada-BPC-os-pobres-na-mira-das-politicas-de-austeridade>. Acesso em: 26 dez. 2020.
- MACHADO, Patricia Fachin Ricardo. Bolsa Família: economia do governo federal amplia exclusão de pessoas do programa. *Diálogos do Sul*, Porto Alegre, 10 de março de 2020. Disponível em: <https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/brasil/63445/bolsa-familia-economia-do-governo-federal-amplia-exclusao-de-pessoas-do-programa>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- MINISTÉRIO DA CIDADANIA. Dez pontos que fazem do Auxílio Emergencial do Governo Federal uma iniciativa sem precedente. Julho, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/dez-pontos-que-fazem-do-auxilio-emergencial-do-governo-federal-uma-iniciativa-sem-precedentes#:~:text=O%20programa%20se%20consolidou%20como,da%20pandemia%20do%20novo%20coronav%C3%ADrus.&text=Mais%20de%2066%2C9%20milh%C3%B5es,R%24%201.200%20do%20Governo%20Federal>. Acesso em: 13 dez. 2020.
- NISHI, Fin Lisandro. *Coefficiente de Gini: uma medida de distribuição de renda*. Universidade de Santa Catarina. 2010. Disponível em: http://www.esag.udesc.br/arquivos/id_submenu/63/apostila_gini.pdf. Acesso em: 2 jan. 2021.

- OECD. The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD. *OECD Tax Policy Studies*. Paris, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/the-role-and-design-of-net-wealth-taxes-in-the-oecd-9789264290303-en.htm>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- OXFAM BRASIL. Bilionários da América Latina aumentaram fortuna em US\$ 48,2 bilhões durante a pandemia. *OXFAM Brasil*, 2020. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/bilionarios-da-america-latina-e-do-caribe-aumentaram-fortuna-em-us-482-bilhoes-durante-a-pandemia-enquanto-maioria-da-populacao-perdeu-emprego-e-renda/>. Acesso em: 8 jan. 2021.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no Século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PINHEIRO, Armando Castelar, PORTO, Antônio J. Maristello, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.
- PORTO, Manuel. *Economia: um texto introdutório*. Lisboa: Almedina, 2014.
- PORTO, Antônio J. Maristello. Princípio de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar, PORTO, Antônio J. Maristello, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Desenvolvimento Humano e IDH. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>. Acesso: 30 dez. 2020.
- RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento, antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologias*. Belo Horizonte. Fórum, 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SOUZA, Pedro H.G Ferreira de Souza, OSORIO, Rafael Guerreiro, PAIVA, Luiz Henrique, SOARES, Sergi. Os efeitos do programa Bolsa Família sobre a pobreza e a desigualdade: um balanço dos primeiros quinze anos. *Ipea*, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34948%3Agtid-2499-os-efeitos-do-programa-bolsa-familia-sobre-a-pobreza-e-adesigualdade-um-balanco-dos-primeiros-quinze-anos&catid=419%3A2019&directory=1&Itemid=1. Acesso em: 22 dez. 2020.
- STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editora, 2014.
- TABAK, Benjamin Miranda. *A análise econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas*. A. 52, n. 205, jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

GOVERNO deveria aumentar gasto com Bolsa Família, não com BPC, aponta FGV. *Uol*, 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/09/15/im-pacto-bpc-bolsa-familia-fgv-social.htm>. Acesso em: 15 dez. 2020.

MOTA, Camilla Veras. Ipea: a cada R\$ 1 gasto com bolsa família adiciona R\$ 1,78 ao PIB. *Valor*, 2013. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2013/10/15/ipea-cada-r-1-gasto-com-bolsa-familia-adiciona-r-178-ao-pib.ghtml>. Acesso em: 19 fev. 2021.

VILELA, Pedro Rafael. Como funciona a taxação de grandes fortunas em outros países. *Brasil de Fato*, 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/08/28/como-funciona-a-taxacao-de-grandes-fortunas-em-outros-paises>. Acesso em: 3 jan. 2021.

Contratos incompletos e teoria dos custos de transação numa aferição prática

*Douglas Camarinha Gonzales
L'Inti Ali Miranda Faiad*

1. INTRODUÇÃO

As últimas décadas são indelévelmente marcadas pela inovação cultural, social e tecnológica. Até mesmo a tradicional área jurídica do saber humano passa por transformações. Frente a essa nova análise de instrumentos, a relação entre Direito e Economia é revalorizada não mais como uma relação única de causa e efeito, mas por uma interação entre suas facetas, ou melhor, uma integração complementar. Daí a ponderação de Eros Grau, segundo a qual:

[...] o que se descobre, no entanto, do exame da relação entre Direito e Economia, como adverte Miguel Reale, é que, em verdade, há um processo de

interação dialética entre o econômico e o jurídico, no qual variam as forças atenuantes em intensidade, de situação para situação [...]

É na ordem econômica, parcela da ordem jurídica, que iremos encontrar os princípios fundamentais da ordenação macrojurídica da atividade econômica. Tais princípios gravitam em torno de um núcleo que podemos identificar como os regimes jurídicos da propriedade e do contrato.¹

Consoante frisado por Eros Grau, a propriedade e o contrato são as áreas do Direito de maior sensibilidade econômica-social para os estudos da Economia, inclusive sob o enfoque do intervencionismo, seja pela análise do incentivo, do desenvolvimento, dos custos de transação e até pela ressignificação de seus institutos tradicionais, como a função social da propriedade e do contrato.

Conforme se infere da própria essencialidade das ciências, cada qual certamente detém sua própria essência e autonomia, de sorte que não cabe à Economia definir o significado e os dogmas do contrato ou da propriedade, mas prever os efeitos de suas normas relacionadas sob o ponto de vista de eficiência e sua distributividade de custos e/ou benefícios à sociedade.

Como se observa da leitura da Constituição de 1988, o constituinte inovou a tradição brasileira ao firmar um título inteiro dedicado à ordem econômica e outro dedicado à ordem social, com premissas de modulação de comportamento aos agentes econômicos que formatam uma cultura desenvolvimentista clamada por uma política estatal de valorização da tecnologia, com um recorte de modificação no estado das coisas no País em prol de vetores de racionalização da produção e um diálogo efetivo entre economia, ordem social, ciência e tecnologia – e como tal, aos contratos.

Quanto aos contratos, vale mencionar novo marco normativo, concebido pela Medida Provisória nº 881/19, então convertida na Lei nº 13.874/19 no dia 20 de setembro que, após ser sancionada pelo Presidente da Re-

1. GRAU, Eros Roberto. *Elementos do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p 48.

pública, instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo normas de proteção à livre-iniciativa e ao livre-exercício de atividade econômica.

A nova Lei é norteadada por quatro princípios: a liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas; a boa-fé do particular perante o Poder Público; a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício das atividades econômicas; e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Fiel a tais princípios, a Lei traz modificações em diversos dispositivos legais para conferir maior proteção e eficácia aos contratos empresariais, tidos como paritários, e, assim, mitigar um ativismo jurídico de revisões judiciais em contratos e/ou pactos empresariais.

Trata-se, pois, de um quadro normativo inovador ao renovar conceitos jurídicos e introduzir conceitos metajurídicos à legislação² para o fim de vincular maior segurança e proeminência ao acordo de vontades, apto a cercear eventual ativismo regulador e judicial e suas correntes doutrinárias ao circunscrever limites às possibilidades de se conferir revisões judiciais e contratuais no âmbito cível, administrativo e financeiro.

Busca-se, assim, no viés jurídico, recalibrar institutos contratuais e obrigacionais ao *pacta sunt servanda* e ao valor axiológico que molda a legislação empresarial com um maior senso de segurança, previsibilidade e transparência, apto a conscientizar as forças produtivas do atual modelo de gestão político-jurídica do Estado de Direito; e no viés econômico, almeja-se, portanto, despertar e instigar os agentes econômicos a conferir efetividade e impulso aos seus planos de produção empresarial e tecnológica.

Os riscos devidamente amparados em contrato estipulado por partes empresariais, que são considerados paritários, orientam que poderão ser estipulados parâmetros objetivos para interpretação das cláusulas negociais e os pressupostos de revisão ou resolução do contrato. A legislação releva, portanto, a sofisti-

2. Normativa em coerência de sentido programático e funcional à Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), Lei n.13.655/2018.

cação dos contratantes e a alocação dos riscos, premissa muitas vezes fundamental para contratos de tecnologia e premissas arbitrais ao negócio jurídico.

A própria gênese do negócio jurídico é sobrevalorizada, dada a faculdade de as partes livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração do pacto, sem se descuidar de regras especiais da legislação tidas como cogentes, a serem aferidas em conjunto sistemático com as normas e com a função social do contrato.

Nota-se pela Exposição de Motivos e discursos que precederam a positivação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e garantias de livre mercado a busca da superação de alguns mitos e entraves ao desenvolvimento – como a insegurança do agente econômico ou a necessidade de “reverência estatal”, uma espécie de autorização ou de sinal verde do *Senhor da Nação* – justamente para expurgar a crença coletiva do chamado empresariado de compadrio e substituí-lo pela diretriz da eficiência econômica, em um ambiente regulatório de competição.

Deveras, a dicção do desenvolvimento das nações sempre rumou para a valorização da inteligência e da tecnologia, lição da História Ocidental que marcou as diferentes escolas econômicas e políticas, já que a História explicita que o poder do saber humano expresso na tecnologia sempre serviu às nações e às sociedades que o detinham, quer como domínio militar, quer como domínio cultural-econômico.

A dicção desse conceito é particularmente sensível àqueles que sofreram um processo colonialista, de forma que somente por meio de uma expressão cultural libertária aliada à inovação tecnológica racional expandir-se-á, conforme expressam as lições de Modesto Carvalhosa do século passado (repaginada na publicação) ao apontar uma aproximação para a tecnologia industrial de sociedades desenvolvida e romper a mera cultura agrolatifundiária.³ Dessa forma, o Estado desenvolvimentista

3. CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico: obras completas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 200.

sempre esteve associado à modernização das estruturas produtivas, o que impõe uma revolução na incorporação tecnológica e superação de formas arcaicas de produção.

Nota-se, pois, a ênfase conferida pela doutrina de outrora repisada pelo texto constitucional ao desenvolvimento tecnológico e a difusão das novas técnicas como premissas necessárias ao desenvolvimento socioeconômico por meio da ruptura das estruturas econômicas arcaicas, a emancipação dos meios de produção do uso subdesenvolvido da tecnologia, bem como a proteção dos contratos.

2. DA TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO AOS CONTRATOS INCOMPLETOS

Entre as teorias econômicas que ganharam voga no Direito e na mensuração do empresário na tomada das decisões destaca-se a Teoria dos Custos de Transação perfilhada originalmente por Ronald Coase em seu artigo *The nature of the firm* (1937), ao descrever como custos, em sentido econômico amplo, tudo que a parte suporta para estabelecer e executar os acordos que as vinculam.

Tais custos independem diretamente das partes, mas sim do funcionamento dos mercados e das instituições, como a negociação e a efetivação dos contratos.

Coase funda a base da Negociação segundo a premissa de que as partes, como agentes econômicos, agem na busca de utilidade como agentes racionais – na maior parte das vezes, de sorte que são mais eficientes para moldar os melhores negócios em conjuntos, por meio da autonomia contratual.

Contudo, tal premissa é deteriorada quando o conflito surge, ao passo que a lei e as instituições, segundo Coase, desempenham-se melhor nessa oportunidade, quando a negociação é falha – essa Teoria fora posteriormente aprimorada pelas contribuições de Hart e Williamson.

Os custos de transação nada mais são do que o dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, ao garantir que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com a sua funcionalidade econômica.

Ronald Coase (1960) classifica os custos de transação em três principais categorias: custos de busca e de informação, custos de barganha e custos de policiamento/supervisão. Custos de busca e de informação são os custos incorridos para verificar se o produto já existe em determinado mercado, para verificar qual o menor preço oferecido no mercado ou para verificar a utilidade e a funcionalidade do produto. Custos de barganha, a seu turno, são os custos de se estabelecer, com o comprador, um acordo que seja o mais justo e eficiente possível. Custos de policiamento, por fim, são os custos incorridos ao garantir que o comprador cumpra o acordo da transação e de tomar as providências adequadas caso haja uma ruptura do acordo por parte deste.

A grande nota pragmática por detrás dos estudos sobre custos de transação é justamente a integralização vertical: a decisão estratégica da empresa, enquanto atividade econômica, de comprar o insumo ou fazê-lo por si mesmo. O estudo aponta que quanto mais altos os custos de transação incorridos, mais as empresas tentarão minimizá-los por meio da integração vertical. Isso significa que, nesses casos, as empresas vão optar por fazer o produto/serviço em questão em vez de terceirizar a produção do mesmo. Assim, da mesma forma, quanto menores forem os custos de transação, mais as empresas tenderiam a optar por comprar o item – a decisão estratégica de comprar ou fazer.

Williamson aponta para o fato de que a expansão das empresas tende a aumentar os custos burocráticos (de coordenação administrativa), chegando a um ponto em que estes custos não compensam a realização de determinadas atividades internamente, pois ela pode recorrer ao mercado para tal e obter um custo muito menor, ou seja, terceirizar a atividade.

Segundo Oliver Williamson (2002), esses dilemas inevitavelmente ocorrem e, muitas vezes, a problemática consequencialista das partes está relacionada ao comportamento dos indivíduos: a teoria tem como pressuposto o fato de o ser humano possuir uma racionalidade limitada, estando sempre propenso ao oportunismo. O ser humano econômico não tem conhecimento integral sobre o ambiente, por isso não consegue obter uma solução que maximize a eficiência.

Por sua vez, os economistas ganhadores do Nobel em 2016, Oliver Hart e o Bengt Robert Holmström aperfeiçoaram essa orientação ao introduzir o conhecimento dos contratos incompletos, segundo o qual tanto o acordo entre os contratantes como até a governança de uma empresa perpassa por contratos com cláusulas gerais, nominados incompletos – já que a dinâmica da vida complexa é incapaz de prever todas as situações de conflitos – e assim, aprimoram a Teoria dos Custos de Transação.

Esses economistas desenvolveram estudos para a compreensão do comportamento econômico de indivíduos e organizações na otimização de resultados para si e para a sociedade. O brilhantismo de suas conclusões – em singela síntese que não retrata o original – é a de que os contratos só atingem o melhor de seus efeitos quando bom para ambas as partes; só assim atingir-se-á sua função econômica em prol da sociedade.

Partem da premissa de que os contratos em geral são imperfeitos, pois inviáveis de mensurar todo o revés econômico e álea conjuntural, cuja conclusão é de que a sociedade estabelece contratos imperfeitos, e aquele que tem a prerrogativa de completar essa lacuna (direito de decidir) em face da imprevisibilidade dos fatos, tem maior poder de barganha contratual – com significativas implicações econômicas e, como não, jurídicas (a ser desvendada pela doutrina). Contratos incompletos podem ser preferíveis mesmo em situações previsíveis por deixarem espaço para agentes barganharem soluções inovadoras que não estavam ou não poderiam ser previstas.

Nesse passo, deve-se deixar algum espaço para que as partes efetivamente deliberem a completude do contrato; asseguram-se às partes a escolha de

diversas opções ofertadas – e daí o peso de se aferir se o contrato em pauta pode proporcionar tal opção, o que ocorre nos contratos educacionais, mas não ocorre efetivamente na prestação de serviços administrativos em geral. Logo, os economistas apontam que presente essa hipótese, em tese o contrato terá melhores opções de continuidade.

A diretriz fundamental é justamente que os contratos devem ser devidamente concebidos para assegurar que as partes tomem decisões mutuamente benéficas; e muitas vezes, deve-se assegurar arranjos contratuais para restabelecer os riscos e os incentivos originalmente alinhados, justamente para que essa métrica tenha longevidade na execução do contrato.

Segundo os economistas, o direito de decidir permite que você tome uma recompensa maior sob certas circunstâncias e pode afetar os incentivos econômicos/contratuais. Os direitos de decisão também podem ser vistos como uma alternativa à remuneração relacionada com o desempenho.

As ideias de Hart e Holmström podem ser aplicadas a diversas áreas, incluindo as relações entre uma empresa e seus fornecedores, bem como a melhoria do bem-estar e abordagens para a propriedade pública de escolas e hospitais. A falta de elementos específicos nos contratos poderia encorajar uma maior integração dentro de uma cadeia produtiva e um indivíduo possuir os outros elementos da cadeia.

3. ANÁLISE DE UM CASO EMBLEMÁTICO

Para melhor refletir sobre essa temática, vale abordar um dos *cases* norte-americanos mais marcantes, o julgamento cível dos contratos de seguro do Complexo World Trade Center (WTC), em decorrência dos atentados terroristas do dia 11 de setembro de 2001, marcados pela queda proposital de dois aviões da American Airlines, um na Torre Norte e outro na Torre Sul no WTC, num intervalo aproximado de 29 minutos.

Resumidamente, o empreendimento do WTC era protegido por um *pool* de seguros, vinculadas a mais de uma dezena de seguradoras, que previam, para a hipótese da consumação de cada *occurrence*, a indenização de US\$ 3,55 bilhões – contudo, o contrato era diverso para uma das seguradoras, a Traveler Indemnity Co., que utilizara seu próprio formulário de seguro e não vinculava o evento (*occurrence*), mas estipulava a indenização aos prejuízos materiais no imóvel.

A análise da questão aqui limita-se ao contrato de seguro que o empresário investidor Larry Silverstein (arrendatário do complexo WTC) detinha perante um grupo de seguradoras (WILL Group Holdinds), cujo contrato:

estipulava um reembolso máximo para cada “evento” destrutivo. De modo genérico, se o 11 de setembro se constituísse de um único fato, ele receberia 3,5 bilhões de dólares. Se se constituísse de dois fatos, ele receberia 7 bilhões de dólares. Nos julgamentos, os advogados disputaram o sentido aplicável do termo evento (*occurrence*). Os advogados do segurado o definiram em termos físicos (dois desabamentos); os das seguradoras o definiram em termos mentais (uma trama).⁴

Acontece que, segundo os procuradores do investidor, o atentado às torres gêmeas teria configurado dois eventos: dois prédios, dois aviões, dois desabamentos – portanto, dois acontecimentos, indenização em dobro (US\$ 7 bilhões). Já segundo os advogados das seguradoras, o 11 de setembro assumiu um único evento: mesmo que dois prédios e dois desabamentos, uma única trama desencadeada foi responsável pela consumação de todo o atentado interligado do início ao cabo – o que configuraria uma única *occurrence*.

4. SIRENA, Hugo Cremonese; VILELA, Rogério Alves. O contrato e a semântica, a semântica do contrato: a análise de um atentado terrorista. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 16, n. 3074, 1 dez. 2011. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20546>. Acesso em: 20 dez. 2020: <https://jus.com.br/artigos/20546/o-contrato-e-a-semantica-a-semantica-do-contrato>.

Inicialmente, Silverstein foi quem ajuizou ação judicial contra a WILLS GROUP (gestora do *pool* de seguros, já que foram múltiplas as seguradoras que respondiam pelas apólices) questionando o teto indenizatório de US\$ 3,5 bilhões, previsto pela apólice de seguro que cobria danos ao WTC. Naquele mesmo ano, mesmo em face do litígio instaurado, a Corte norte-americana responsável pelo caso estipulou que a indenização não poderia ultrapassar o montante de US\$ 4,6 bilhões, ou seja, além da proposta das seguradoras (3,5 bilhões de dólares) e aquém do pedido de Silverstein (US\$ 7 bilhões).

Sirena e Vilela (2002) narram o episódio forense, ao apontar que a *Travelers Indemnity Co.* insistiu em fazer uso de seu próprio formulário, que, pelo contrário, não definia especificadamente um conceito para *occurrence*, mesmo prevendo a indenização para possíveis eventos danosos (ao passo que em agosto as demais seguradoras propuseram mudanças na redação apólice, mas o atentado veio antes de sua formalização).

A grande celeuma jurídica no caso norte-americano – cuja legislação sobre seguro abarca seara normativa diversa da brasileira (essa, limitada ao valor real da *res*, CC art. 778) – diz respeito ao próprio contrato de seguro estabelecido pelas partes, na maioria deles a designação do fato segurado ao evento (*occurrence*) tinha como limite US\$ 3,55 bilhões de dólares; ao passo que umas das principais seguradoras detinha formulário próprio e não vinculava os prejuízos securitizados à vinculação de um evento – o teto indenizatório a uma *occurrence*.

Por isso, as seguradoras advogavam que essa orientação deveria valer para todas elas, ao vincular a um único atentado complexo ainda que desdobrado em dois acidentes aéreos. Trata-se, pois, de um exemplo de um contrato incompleto, no qual as próprias partes poderiam, em tese, negociar a solução conjuntamente. Contudo, por uma abordagem oportunista do interesse de cada um, as partes não conseguiram de início tal negociação, mas ao cabo entraram finalmente em acordo.⁵ Entrementes, fica a indagação, e

5. O Acordo fora obtido após considerável tempo, inicialmente com 25 resseguradoras e posteriormente com mais sete resseguradoras, em valores separados para cada acordo, cujo montante

se o mérito fosse submetido a julgamento (no caso, júri popular), a teoria dos custos da transação poderia auxiliar essa interpretação?

As forças de mercado aceitariam assegurar o valor da *occurrence* em dois fatos distintos, duplicando o valor do seguro, ainda que superior ao prejuízo material do segurado (inviável no Direito brasileiro)? Se a resposta for negativa, a interpretação volta-se para o interesse das seguradoras; caso positivo, para o interesse do segurado. Mas o que chama a atenção é justamente a resposta do setor macroeconômico do mercado para tal indagação, pois representa os custos efetivos que o mercado aceitaria para tal contrato, fiel à Teoria dos Custos da Transação – e como tal, funda uma resposta com base numa Análise Econômica do Direito.

Impende, ainda, consignar a diferença entre o modelo normativo do Direito dos Estados Unidos e o predominante no Brasil, pois enquanto no nosso sistema a primeira leitura dos operadores jurídicos é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência; na *Common Law* o caminho é inverso: primeiro os *cases* e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Daí a relevância da polêmica contratual a respeito da definição da *occurrence* – e o interesse acadêmico aos estudos do contrato.

Segundo a teoria dos contratos incompletos, arranjos contratuais visam reduzir as incertezas em torno da ação dos agentes, isto é, garantir que cada parte do contrato atue de acordo com o esperado pela outra parte. Essas incertezas surgem especialmente sob situações nas quais ocorre aquilo que se denomina de informação assimétrica: uma das partes tem mais (ou melhores) informações do que a outra a respeito de uma determinada transação; bem como no risco moral, em que a parte tende a se privilegiar de um comportamento oportunista, além do sinalagma inicial.

Nesse esteio, vislumbra-se conexão da teoria jurídica da boa-fé contratual com a teoria econômica dos custos de transação, pois para mensurar

final foi de aproximadamente de US\$ 4,6 bilhões – além do montante inicialmente fixado pelas seguradoras, mas muito aquém do que requerido pelo segurado.

a real extensão da boa-fé objetiva basta aferir se o comportamento reivindicado por um dos contratantes seria aceito pelo mercado (se estava ou não presente no sinalagma original), isto é, se outros agentes econômicos estariam dispostos a negociar com tais premissas (relação custo-benefício); ou se presentes essas, a abordagem do contrato seria outra.

Sob essa perspectiva, ter-se-ia evolução institucional própria às celetas contratuais, eventual mecanismo de solução de controvérsia prevista por um comitê misto dos contratantes⁶ e representantes institucionais dos órgãos, como expressão de uma justiça restaurativa célere e funcional – ou até mesmo uma arbitragem fiel a esses fundamentos, composta por árbitros com formação multidisciplinar, economistas e advogados.

4. CONCLUSÕES

No Brasil, o marco da liberdade econômica recalibra os institutos contratuais e obrigacionais ao *pacta sunt servanda* e ao valor axiológico que molda a legislação empresarial com um maior senso de segurança e transparência no âmbito regulador; e no viés econômico desperta as forças produtivas ao modelo de livre-iniciativa e gestão político-jurídica reguladora, apto a conferir impulso aos planos de produção empresarial e tecnológica.

Prestigia a Lei 13.874/19, a sofisticação dos contratantes e a alocação do risco, premissa muitas vezes fundamental para contratos de tecnologia e arbitrais ao negócio jurídico. A própria gênese do negócio jurídico é sobrevalorizada, dada a faculdade de as partes livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração do pacto.

A Teoria dos Custos de Transação pode efetivamente auxiliar, segundo a ótica da integralização vertical, a análise e interpretação das circuns-

6. Nesse sentido com uma abordagem mais extensa, vide GILSON, Ronald J; SABEL, Charles F; Scott, Robert E. Contract, uncertainty and innovation. *Law & Economic Research Paper Series*. Stanford University Law School, n. 403, 2011.

tâncias de um inadimplemento contratual. Pode ser útil, pois, para corroborar as premissas jurídicas da Teoria da Imprevisão, avaliar se cabível eventual relativização do contrato – justamente para aferir se o mercado em geral estaria em expressiva dificuldade para cumprir a prestação outrossa pactuada ou simplesmente se trata de um oportunismo contratual de uma das partes.

Além disso, o estudo dos contratos incompletos de Holmström e Hart pode auxiliar na diretriz para um acordo, justamente para a recomposição do sinalagma contratual original e até na busca da boa-fé objetiva para pautar a continuação do contrato ou a constatação de comportamento oportunista de uma das partes.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLEN, Douglas W. The Coase Theorem: coherent, logical and not disproved. *Journal of Institutional Economics*, Cambridge, v. 11, n. 2, 2015.
- ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- _____. Direito Econômico Atual. *Academia*, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/43152207/ARGUMENTA%C3%87%C3%83O_JUR%C3%ADDICA_E_TEO-RIA_DAS_PROVAS_NO_DIREITO_DA_CONCORR%C3%8ANCIA?auto=download.
- _____. Da Interpretação à Argumentação Jurídica: as Armadilhas do Essencialismo. In: TOURINHO, S; GREGÓRIO JR, E. (coord.), BH: Forum, 2009. BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Cidadã e o Direito Tributário: estudos em homenagem ao Min. Carlos Ayres Britto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.
- _____. O ainda indispensável Direito Econômico. In: BENEVIDES, Maria V.; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, Democracia e República: homenagem a Fabio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CALABRESI, Guido. The pointlessness of Pareto: carrying Coase further. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 100, 1991.

- CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico: obras completas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 200.
- COASE. R. H. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*. The University of Chicago, 1960.
- COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável Direito Econômico. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 453-472.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Pearson Education. Porto Alegre: Artmed Editora, 2010. ISBN 0-321-33634-8.
- JENNINGS, Christopher Alan. September 11 Insurance Litigation. In: CRS REPORT FOR CONGRESS, jun. 2002. Disponível em: <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs2841/m1/>.
- GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, jan-jul, 2010. p. 7-33.
- GILSON, Ronald J.; SABEL, Charles F.; SCOTT, Robert. Contract, uncertainty and innovation. *Law & Economic Research Paper Series*, Stanford University Law School, n. 403, 2011.
- Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 2.ed. São Paulo: Ed. RT, 1991.
- _____. *Elementos do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 48.
- GONZALES, Douglas C. O argumento econômico na análise judicial. *Revista Brasileira de Direito Comercial*, 23. ed., p. 50-75, jun./jul. 2018.
- _____; FAIAD, L'Inti. Novas Tecnologias e Controle Social, desafios jurídicos contemporâneos. In: BRANCO, Paulo G. G.; SILVA NETO, Manoel Jorge *et al. Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da ESMPU*. Brasília: ESMPU, 2020. p. 117-130.
- HART. Oliver. An economist's view of fiduciary duty. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 43, p. 299-313, 1993.
- _____. An economist's perspective on the theory of the firm. *Columbia Law Review*, v. 89, p. 1757-1774, 1989.
- HUMBERT. George (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2020.
- KLOH, Gustavo. *Teoria econômica da propriedade e dos contratos*. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/emag/cursossemag/cursos-2020/497-direito-e-economia-individuos-e-sociedade-curso-3/>. Acesso em: 20 dez. 2021.
- SAMPAIO, Patrícia; PINHEIRO, Armando; PORTO, Antonio (Coord). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

- SARTO, Victor H. R.; ALMEIDA, Luciana T. de. A teoria dos custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas. *Revista Iniciativa Econômica*, v. 2, n. 1, 2015. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/iniciativa/article/download/7301/5563>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- SIRENA, Hugo Cremonese; VILELA, Rogério Alves. O contrato e a semântica, a semântica do contrato: a análise de um atentado terrorista. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 16, n. 3074, 1 dez 2011. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20546>. Acesso em: 20 dez. 2020: <https://jus.com.br/artigos/20546/o-contrato-e-a-semantica-a-semantica-do-contrato>
- SZTAJN, Rachel. Direito e economia. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Malheiros, n. 114, p. 221-235, out./dez. 2006.
- TARTUCE, Flávio. A Medida Provisória n. 881/2019 (Liberdade Econômica) e as alterações do Código Civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, a. XVI, n. 91, jul./ago., 2019.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. APP's e plataformas *on-line* na intermediação econômica no Brasil. *Revista de Direito Constitucional & Econômico*. Unialfa, v. 1, jan./jun., 2019.
- Williamson, O. Transaction-Cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, Univ. of Chicago Press, v. 22, n. 2, oct. 1979, p. 233-261.
- _____. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. *Journal of Economic Perspectives*, 2002.
- _____. Assessing vertical markets restrictions: antitrust ramifications of the Transactions Cost Approach. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, 1978-1979.
- ZUBOFF, Shosana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. London: Profile books, 2019.

Análise econômica do Direito no aferimento dos impactos jurídicos e econômicos do julgamento tardio do RE 574.706 pelo Supremo Tribunal Federal

*José Marcos Lunardelli
Marcelo Guerra Martins*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar os impactos jurídicos e econômicos decorrentes da problemática da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos REs nº 240.785 e 574.706.¹

1. A confecção do artigo teve como base o curso oferecido pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, no âmbito do Programa Direito e Economia para Membros do Poder Judiciário, bem como pesquisas levadas a efeito no âmbito do grupo Direito, Desenvolvimento

As bases de cálculo do PIS e da COFINS, notadamente a partir das Leis nº 9.715 e 9.718, ambas de 1998, correspondem à receita bruta da pessoa jurídica, o que compreende quase todas as entradas financeiras ocorridas em determinado período, tenham ou não ligação com o objeto social da empresa, salvo exceções pontuais descritas na legislação.

Dessa maneira, inclusive de acordo com a jurisprudência inicial do Superior Tribunal de Justiça (Súmulas nº 68 e 94), o montante relativo ao ICMS, cujo ônus financeiro é repassado ao preço pago pelo comprador, comporia a receita bruta, ainda que em seguida fosse recolhido pelo vendedor ao Fisco.

Porém, essa orientação, até então seguida de forma pacífica pelos Tribunais Regionais Federais, passou a ser questionada a partir de decisões em sentido contrário oriundas do Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos do RE nº 240.785, em 2014 (efeitos apenas *inter pars* apenas) e do RE nº 574.706, em 2017, sob a sistemática da repercussão geral.² Em suma, o STF assentou que as bases de cálculo do PIS e da COFINS não devem incluir o valor referente ao ICMS.

Como sabido, as decisões tomadas pelo STF, notadamente quando em repercussão geral, são de alta relevância jurídica, pois significam a fixação de teses jurídicas a serem observadas pelos demais órgãos judiciários em casos idênticos. Igualmente, essas decisões são de alta relevância econômica, visto que, ao indicarem a interpretação a ser seguida em determinada situação, permitem aos agentes econômicos identificarem com maior precisão qual comportamento devem seguir frente à lei, bem como os respectivos custos financeiros daí decorrentes.

Levando em conta que as obrigações tributárias, no Brasil, são parte relevante dos custos empresariais, acabam influenciando quase todas as

e Impacto das Decisões Judiciais, pertencente ao Mestrado Profissional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

2. A repercussão geral é uma ferramenta à disposição do Supremo Tribunal Federal que tem como objetivo induzir as Instâncias Judiciais inferiores a uniformizarem sua jurisprudência de acordo com o decidido pela Excelsa Corte. Possui previsão constitucional (art. 102, §3º, da CF/88), encontrando-se disciplinada no atual Código de Processo Civil, art. 1036 e seguintes.

decisões importantes das empresas, tais como: abertura de novas unidades, contratação de mão de obra, investimentos em geral, aquisição de outras companhias etc.

O problema é que a controvérsia levou mais de 20 (vinte) anos para ser finalizada, tendo o tema chegado ao STF nos idos de 1998 com o RE nº 240.785, cujo julgamento deu-se somente em 2014 de modo favorável ao contribuinte. Todavia, por possuir efeitos meramente *inter pars*, sua relevância jurídica e econômica ficou restrita às partes que figuraram no litígio.

Já o nº RE 574.706, admitido em 2008 (sob o sistema da repercussão geral) e decidido favoravelmente aos contribuintes em 2017, teve seus efeitos obstados pelos embargos declaratórios interpostos pela União, cuja decisão deu-se tão somente em 13/05/2021, ou seja, depois de mais de 3 (três) anos de espera, sendo mantido o resultado inicial.

Levando em conta que os embargos declaratórios tinham por objetivo a modulação dos efeitos do julgamento do RE nº 574.706, a hipótese lançada é a de que o longo tempo decorrido para a finalização da questão gerou insegurança jurídica em relação aos aludidos efeitos, entrando em cena duas possibilidades: i) efeitos *ex tunc*, o que daria aos contribuintes em geral o direito de requererem devolução ou compensação tributária em relação às quantias que recolheram a maior desde o julgamento de 2017 (foi o que acabou ocorrendo) ou, noutro giro; 2) efeitos *ex nunc*, com o referido direito limitado aos recolhimentos ocorridos apenas a partir da data do julgamento dos embargos declaratórios que, como visto, restou pendente por mais de 3 (três) anos.

O mesmo valeu para a União que, durante o tempo decorrido para a decisão dos embargos, ficou sem saber ao certo o montante de recursos que precisaria devolver aos contribuintes, com inegável prejuízo ao planejamento de investimentos federais de longo prazo.

Para os fins aqui indicados, o artigo abordará os seguintes tópicos: o ICMS e sua influência nas bases de cálculo do PIS e da COFINS; o longo

caminho percorrido até o julgamento do RE nº 574.706 pelo STF; as consequências da finalização tardia do julgamento do aludido RE à luz dos principais postulados da Análise Econômica do Direito; seguindo-se as conclusões e as referências bibliográficas.

Em termos de metodologia, o artigo se constitui em análise bibliográfica, de legislação e de jurisprudência, com dados sido colhidos de forma qualitativa e resultados obtidos por meio de indução.

2. O ICMS E AS BASES DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

A base de cálculo de um tributo corresponde à medida econômica explicitada pelo legislador em determinada hipótese de incidência, com esteio na Constituição. Nos casos do PIS e da COFINS, ambos tributos da espécie contribuições sociais, a receita bruta foi escolhida como a base de cálculo, isso desde as Leis nº 9.715/1998 (para o PIS) e nº 9.718/1998 (para a COFINS), sendo que, atualmente, o PIS é regido pela Lei nº 10.637/2002 e a COFINS pela Lei nº 10.833/2003.

Em ambas as leis, a definição legislativa da base de cálculo é muito semelhante. Assim, tanto para o PIS quanto para a COFINS, a base de cálculo corresponde à receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977,³ e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que cuida o inciso VIII do art. 183 da Lei nº 6.404/1976.⁴

3. O texto é o seguinte: “Art. 12. A receita bruta compreende: I – o produto da venda de bens nas operações de conta própria; II – o preço da prestação de serviços em geral; III – o resultado auferido nas operações de conta alheia; e IV – as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III”.

4. O texto é o seguinte: “Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios: (...) VIII – os elementos do ativo decorrentes de operações de longo prazo serão ajustados a valor presente, sendo os demais ajustados quando houver efeito relevante”.

Em suma, a teor dos dispositivos legais retroinvocados, salvo exceções pontuais, toda e qualquer entrada financeira é considerada como receita tributável a título de PIS e de COFINS e, por conseguinte, deve compor as bases de cálculo das contribuições em epígrafe, tenham ou não ligação com a atividade principal da pessoa jurídica.

Nessa banda, o valor referente ao ICMS incidente nas vendas de bens e mercadorias em geral, ainda que deva ser integralmente repassado pelo vendedor ao Fisco, igualmente deve ser acrescido às bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Como sabido, o ICMS é um imposto indireto, assim denominado porque permite que seu montante seja repassado ao longo de uma determinada cadeia produtiva até o consumidor final. Com efeito, a teor do art. 155, §2º, II, da Constituição, o ICMS será “não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”. Em termos práticos,

pela redação posta, o ICMS incidirá sobre o valor total das mercadorias, dando a diretriz de como deverá ser emitido o documento fiscal. E a não cumulatividade se efetivará no momento do pagamento do imposto por D, em que, do devido na operação de saída de seu estabelecimento, se abaterá o montante do ICMS cobrado nas operações anteriores (de A para B, de B para C, de C para D). Na prática este montante cobrado consta do documento relativo à operação de venda, emitido por C contra D, considerando que no documento fiscal de C já vem embutido o valor das anteriores”.⁵

Portanto, nas operações em que incide o ICMS, no respectivo documento fiscal já deve vir destacado o valor correspondente ao imposto, cujo ônus

5. CASSONE, Vittorio. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

financeiro, não obstante ser arcado pelo comprador/adquirente da mercadoria, deve ser recolhido ao Fisco por aquele que efetivou a venda.

Assim, por exemplo, uma indústria que forneça a uma loja de roupas um lote de camisas por R\$ 10.000,00, deverá fazer constar na nota fiscal da operação (supondo-se aqui uma alíquota de 25%) que R\$ 2.500,00 correspondem ao ICMS. No caso, o lojista entregará ao industrial os R\$ 10.000,00 que, então, no momento indicado pela legislação, deverá recolher ao Fisco a quantia de R\$ 2.500,00 relativa ao ICMS.

Com base nessa circunstância, algumas empresas contribuintes do PIS e da COFINS começaram a ajuizar demandas judiciais sob o argumento de que, na verdade, levando em conta que o valor correspondente ao ICMS (no exemplo acima os R\$ 2.500,00) apenas transita pela contabilidade da vendedora, não poderia ser considerado receita para fins de composição das bases de cálculo das contribuições em tela. Caso contrário, estar-se-ia incluindo nas aludidas bases de cálculo algo estranho à receita propriamente dita, do que se conclui, segundo esse raciocínio, ser imperativo excluir o valor relativo ao ICMS da composição da receita.

Fazendo-se os cálculos, conclui-se facilmente que o valor final devido pelos contribuintes a título de PIS e COFINS varia consideravelmente, dependendo de se incluir ou não, como receita da pessoa jurídica, o montante do ICMS incidente nas vendas de mercadorias. As tabelas a seguir ajudam a ilustrar:

VAORES COM A INCLUSÃO DO ICMS NAS BASES DE CÁLCULO		
Valor da operação de R\$ 10.000 e alíquota de 25% do ICMS	PIS	COFINS
Base de cálculo COM inclusão do ICMS	R\$ 10.000,00	R\$ 10.000,00
Alíquotas do PIS e da COFINS	1,65% (art. 2º da Lei 10.637)	7,60% (art. 2º da Lei 10.833)
Total devido	R\$ 165,00	R\$ 760,00

VAORES SEM A INCLUSÃO DO ICMS NAS BASES DE CÁLCULO		
Valor da operação de R\$ 10.000 e alíquota de 25% do ICMS	PIS	COFINS
Base de cálculo SEM inclusão do ICMS	R\$ 7.500,00	R\$ 7.500,00
Alíquotas do PIS e da COFINS	1,65% (art. 2º da Lei 10.637)	7,60% (art. 2º da Lei 10.833)
Total devido	R\$ 123,75	R\$ 570,00

3. O LONGO CAMINHO ATÉ O JULGAMENTO DO RE 574.706 PELO STF

A questão da inclusão do valor relativo ao ICMS sobre tributos que incidem sobre a receita da pessoa jurídica tem origem na contribuição que antecedeu a COFINS, denominada de FINSOCIAL, criada pelo Decreto-lei 1.940/1982, anteriormente, portanto, à Constituição de 1988. Em suma, a argumentação desenvolvida pelos contribuintes perante o Poder Judiciário era a mesma, ou seja, a de que o montante do ICMS não poderia compor a receita tributável.

A jurisprudência de então inclinou-se em sentido desfavorável aos contribuintes. Primeiro, veio a lume a Súmula nº 68 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 15/12/1992, cuja redação estipulou que “a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS”. Pouco tempo depois, a mesma Corte Superior editou a Súmula nº 94, de 28/02/1994, reconhecendo que “a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL”.

Ao que sabemos, o Supremo Tribunal Federal não chegou a se pronunciar a respeito do tema enquanto em cena o FINSOCIAL. Todavia, substituída a contribuição pela COFINS, a questão da base de cálculo foi novamente objeto de contestação por empresas contribuintes, eis que a nova legislação igualmente escolheu a receita da pessoa jurídica como base de cálculo. Assim, sob a nova roupagem da COFINS, o primeiro recurso a aportar no

STF acerca do assunto foi o RE nº 240.785, que foi distribuído à relatoria do Ministro Marco Aurélio em 17/11/1998.

O julgamento no Plenário da Excelsa Corte ocorreu apenas em 08/10/2014, quase 14 (quatorze) anos depois de distribuído ao Relator. Desta feita, a tese defendida pela contribuinte litigante foi acolhida pelo STF por maioria, vencidos os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Não votaram os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli, por sucederem, respectivamente, aos Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes justificadamente o Ministro Dias Toffoli e as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber. A ementa do julgado ficou assim redigida:

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIIDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.

Ocorre que o RE nº 240.785, por não ter sido admitido sob a sistemática da repercussão geral (aliás, inexistente em 1998), teve seus efeitos vinculados apenas às partes processuais, servindo, quando muito, de mera inspiração para outras Cortes que, eventualmente, pretendessem seguir o decidido pelo STF.

Tanto é que o Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2016 (posteriormente, portanto, ao julgamento do RE nº 240.785 pelo STF), sob a sistemática dos recursos repetitivos,⁶ posicionou-se contrariamente e fixou a tese de que o ICMS compõe a receita das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Na linha da repercussão geral, os recursos repetitivos são também uma ferramenta cujo objetivo é induzir a uniformização da jurisprudência.

Trata-se do Tema Repetitivo nº 313, objeto do Recurso Especial nº 1.144.469, cuja ementa, publicada em 02/12/2016, estipula:

- i) O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica;
- ii) O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações.

Aliás, o julgamento do RE nº 240.785 pelo STF gerou certo desarranjo na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais que até então pacificamente seguiam o entendimento já adotado pelo STJ estampado nas Súmulas nº 68 e nº 94 retrotranscritas. Esse ruído jurisprudencial pode ser observado, por exemplo, em dois julgamentos ocorridos em datas bem próximas, oriundos, respectivamente, da 3ª e da 6ª Turma do Tribunal da 3ª Região, conforme as seguintes ementas:

1. Recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, posiciona-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias nº 762 de 06 a 11 de outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).
2. Com base no precedente citado, foi adotado, recentemente, novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94. Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS [...]

(3ª Turma, Agravo de Instrumento nº 00169110920164030000, DJ 15/02/2017, Rel. Des. Fed. Nery Júnior).

CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – ISS – BASE DE CÁLCULO – PIS E COFINS – INCIDÊNCIA.

1. Não há entendimento vinculante da Suprema Corte acerca da inclusão do ICMS, na base de cálculo das contribuições sociais. Foi reconhecida a repercussão geral do tema, no Supremo Tribunal Federal (RE 574.707 e ADC 18), ainda não julgada.

2. O julgamento do RE nº. 240.785/MG ocorreu em controle difuso de constitucionalidade, sem efeito vinculante [...] Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973. 5. Agravo interno improvido”

(6ª Turma, Apelação em Mandado de Segurança nº 00195454520154036100, DJ 16/03/2017, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto).

Em seguida, por meio do Recurso Extraordinário nº 574.706, desta feita submetido à sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento anteriormente esposado no RE nº 240.785. É oportuno anotar que, não obstante ter sido distribuído à relatoria da Ministra Cármen Lúcia em 03/01/2008, o RE nº 574.706 foi julgado em Plenário mais de 9 (nove) anos depois, ou seja, em 15/03/2017. A ementa do julgamento é a seguinte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

[...]

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.⁷

Logo depois, considerando tratar-se de decisão proferida sob o rito da repercussão geral, o Superior Tribunal de Justiça modificou o entendimento anterior e passou a decidir que o ICMS não compõe as bases de cálculo do PIS e da COFINS, citando-se, como exemplo, o julgamento ocorrido em 09/05/2017, pela 1ª Turma, nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 1.421.447, da relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

O mesmo fenômeno ocorreu nos Tribunais Regionais Federais que, então, passaram a seguir o entendimento manifestado no RE nº 574.706 pelo STF. Aliás, a 6ª Turma da Corte da 3ª Região, em sede de embargos de declaração, reconsiderou o julgamento proferido na já referida Apelação em Mandado de Segurança nº 00195454520154036100, conferindo, destarte, ganho de causa ao contribuinte demandante.

Em verdade, após o decidido no RE nº 574.706, desconhecemos quaisquer decisões judiciais que tenham adotado entendimento deliberadamente

7. Votaram com a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, dando provimento ao Recurso Extraordinário, os Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Restaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

diverso, indicando que a sistemática da repercussão geral, na qualidade de ferramenta indutora de uniformização de jurisprudência, está funcionando. É o que ocorreu ao menos na questão posta sob análise.

Todavia, ficaram pendentes até 13/05/2021 embargos declaratórios interpostos pela Fazenda Nacional em outubro de 2017. Entre outras questões, alegou-se omissão no que se refere à modulação dos efeitos do julgamento. Em suma, nesse tópico, entendeu a Fazenda que os “efeitos gerais”, isto é, em relação a todos aqueles contribuintes que não compuseram a lide, deveriam ocorrer apenas após a finalização do julgamento dos declaratórios.

Conforme já aventado na reintrodução, essa questão era de suma importância em termos das consequências jurídicas e econômicas advindas do julgamento em relação aos contribuintes e à União, tudo a depender da modulação a ser engendrada pelo STF: efeitos *ex nunc* (desde 2017, ocasião do julgamento de mérito) ou *ex tunc* (somente a partir do julgamento dos declaratórios).

4. CONSEQUÊNCIAS DA FINALIZAÇÃO TARDIA DO JULGAMENTO DO RE 574.706 À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Com efeito, em relação às partes processuais do RE nº 574.706, a procedência da demanda, com o respectivo direito de repetição do indébito ou compensação tributária em prol do contribuinte, retroage aos recolhimentos feitos a maior nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da demanda (art. 165, I, *c/c* com art. 168, II, ambos do Código Tributário Nacional).

Porém, e isso é algo importante de ser ressaltado, em face de todos os demais milhões de contribuintes do PIS e da COFINS que não ajuizaram demandas individuais com o mesmo objetivo, o enfoque é notavelmente diverso, comportando ao menos 2 (duas) possibilidades:

i) caso o STF decidisse (como de fato acabou decidindo) por aplicar ao julgado efeitos *ex tunc*, então, considerando a sistemática própria da repercussão geral, a União seria obrigada a reconhecer que o direito de não inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS existe desde o julgamento ocorrido em Plenário, ou seja, desde 15/03/2017, incluindo-se a obrigação de devolver as quantias recolhidas a maior, seja pela via da repetição do indébito ou através da compensação tributária;

ii) noutro giro, se o STF decidisse pela aplicação de efeitos *ex nunc* (na linha pretendida pela União), o direito dos contribuintes perante o Fisco somente nasceria após a decisão dos embargos declaratórios, destacando-se que, como visto, essa decisão demorou mais de 3 (três) anos para se efetivar.

Dentro desse cenário, verifica-se que a questão envolvendo a modulação dos efeitos do RE nº 574.706 pelo STF era de suma relevância para os milhões de contribuintes que não participaram da lide original, sendo certo que a não finalização do julgamento em prazo curto gerou impactos de ordem jurídica e econômica que podem ser perscrutadas a partir da aplicação de alguns postulados próprios da Análise Econômica do Direito.

4.1 Análise Econômica do Direito (AED): alguns postulados essenciais

Considera-se que a Análise Econômica do Direito (Direito e Economia ou *Law and Economics*)⁸ teve origem nos Estados Unidos da América nos traba-

8. Não se deve confundir a Análise Econômica do Direito com a Interpretação Econômica do Direito. A primeira, em suma, revela-se como uma técnica de, a partir de conhecimentos desenvolvidos pela Economia, procurar identificar os efeitos de determinada norma no meio social e, se for o caso, propor modificações ou adaptações. Já a AED não desconhece (nem poderia) os preceitos jurídicos; ao contrário, utiliza-os como matéria-prima para suas análises. Noutro giro, a Interpretação Econômica do Direito consiste em dar um significado econômico a uma determinada situação jurídica, independentemente de essa situação possuir tratamento normativo específico. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém identifica o contrato de *leasing* como uma espécie de compra e venda ou de locação. Ora, como bem sabido, o *leasing* possui um tratamento jurídico próprio, constituindo-se num tipo de negócio jurídico autônomo e independente da mera locação ou mesmo da compra e venda. Dessa forma, a Interpretação Econômica do Direito so-

lhos de Ronald Coase: *The problem of social cost*, de 1960; Guido Calabresi: *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, de 1961; e Richard Posner: *Economic analysis of law*, de 1973.⁹

Trata-se de um movimento que gradualmente se espalhou pelo mundo e que, evidentemente, comporta diversas matrizes epistemológicas¹⁰ que, entretanto, não serão aqui abordadas de modo a não nos afastarmos do foco principal do tema proposto. Nota-se, todavia, que mesmo “com o crescimento dos estudos da AED pelo mundo, no Brasil a expansão da disciplina veio (e vem) ocorrendo de maneira tímida, tendo se desenvolvido nacionalmente nas últimas duas décadas”.¹¹

Porém, independentemente da “escola” da AED a ser observada, “comum aos estudos de *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes”.¹²

Uma das mais basilares premissas da AED é a de que as pessoas, geralmente, agem de forma racional em busca de satisfazer seus próprios interes-

mente pode ser utilizada para estudos pertencentes à ciência da economia, uma vez que é capaz de simplificar situações jurídicas complexas (v.g. o contrato de *leasing*) tornando-as compreensíveis ao universo de conhecimento dos economistas, sem que tal simplificação represente perda relevante da acuidade dos resultados da pesquisa econômica.

9. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 9, p. 49-68, jul./dez. 2006.
10. Nesse campo destacam-se a “Escola de Chigaco” que tem Richard Posner como precursor e a “Escola de Yale” ou “de New Havem” cujo representante inaugural é Guido Calabresi (SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia. *Cadernos Direito GV*, v. 5, mar. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 1 jan. 2021; FERES, Marcos Vinício Chein. Do princípio da eficiência econômica. *Revista do IBRAC*, v. 8, n. 8, p. 23-46, 2001; YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.). Ressalte-se que “às duas correntes incorpora-se a Escola da *Public Choice* (ou da Escolha Pública, cujo foco está voltado para a Ciência Política), a que se segue a Escola denominada Economia Institucional e, mais recentemente, a da Nova Economia Institucional, na qual se destacam Douglass North e Steven Medema” (SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 77).
11. PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020. (Edição eletrônica Kindle), p. 487.
12. SZTAJN, op. cit., p. 75.

ses.¹³ Na verdade, esse “agir racionalmente” significa o usual sopesamento que as pessoas fazem, muitas vezes sem perceber, em torno da adequação dos meios disponíveis para o atingimento dos fins perseguidos, num juízo de custo e benefício não necessariamente profundo. Nesse ponto, é certo que

as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que “racional” denota adequação de meios a fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte de nosso conhecimento é tácita.¹⁴

Outra relevante premissa da AED que, aliás, decorre da anterior, é que na busca da satisfação de seus interesses, as pessoas (físicas e jurídicas) reagem aos incentivos gerados pelo ambiente institucional¹⁵ em que estão inseridas. Nesse sentido, de um modo geral, ambientes institucionais compostos por normas jurídicas claras, estáveis, irretroativas e, ainda, que protejam eficazmente a propriedade, os contratos, os direitos adquiridos e a coisa julgada, incentivam a realização de investimentos pelos agentes econômicos, cujas

13. Ainda no século XVII, ao edificar as bases do utilitarismo, Jeremy Bentham já afirmava que o ser humano sempre está às voltas e sob o domínio da dor e do prazer, elementos estes que “nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos, sendo que qualquer tentativa que façamos para sacudir este senhorio outra coisa não faz senão demonstrá-lo e confirmá-lo” (BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 9. (Os pensadores, v. XXXIV).

14. POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 474; Por exemplo, no campo dos delitos, em termos teóricos, “o criminoso racional calcula o valor esperado da apropriação indébita, que é igual ao ganho menos a pena, multiplicada pela probabilidade de ser pego e condenado” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 476.).

15. Douglass North define as instituições como sendo “the humanly devised constraints that structure human interaction. They are made up of formal constraints (e.g., rules, laws, constitutions), informal constraints (e.g., norms of behavior, conventions, self-imposed codes of conduct), and their enforcement characteristics. Together they define the incentive structure of societies and specifically economies” (NORTH, Douglass. *Economic performance through time*. *The American Economic Review*, v. 84, n. 3, p. 360, jun. 1994.).

decisões sempre levam em conta os níveis de previsibilidade e de segurança jurídica. Com efeito,

os mercados funcionam de forma mais eficiente se ligados a um ambiente institucional estável, no qual os agentes econômicos podem calcular, i. e., razoavelmente prever o resultado de seu comportamento e o daqueles com quem se relacionam.¹⁶

A recíproca costuma ser verdadeira, quer dizer, tibieza, incerteza e/ou instabilidade institucional-normativa enfraquecem a segurança jurídica e dificultam a realização de previsões acuradas pelos agentes econômicos, afugentando novos investimentos, ao menos aqueles cujas expectativas se concentram no longo prazo. O problema é que, aumentando-se “o risco, reduz-se o diferencial entre a taxa de retorno dos investimentos e a taxa de retorno considerada mínima, inviabilizando a acumulação de capital”.¹⁷

Desse modo, dependendo de como forem forçadas ao longo do tempo, as instituições edificadas num determinado país podem catalizar ou, ao contrário, retardar o florescimento econômico. Com efeito, a “evidência empírica sugere que países com menor grau de segurança jurídica se afastam das melhores práticas de produção e, assim, crescem mais devagar”.¹⁸ Em suma, “não há desenvolvimento da sociedade que não esteja ancorado num quadro institucional baseado em regras estáveis e legítimas, que propiciem segurança jurídica e recebam aceitabilidade social”.¹⁹

16. FORGIONI, Paula Andrea. Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação? *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 77, p. 37, mai./jun. 2006.

17. SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 299.

18. PINHEIRO, Armando Castelar. PIB potencial e segurança jurídica no Brasil. In: SICSÚ, João; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Crescimento econômico: estratégias e instituições*. Rio de Janeiro: IPEA, 2009, p. 39.

19. MICHELS, Gilson Wessler. Desenvolvimento e sistema tributário. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 226.

4.2 Impactos negativos advindos da demora na finalização do julgamento do RE nº 574.706 pelo STF

Postas as premissas anteriores, passamos a elencar os impactos (infelizmente negativos) da não finalização, pelo STF, da controvérsia relativa à exclusão do valor correspondente ao ICMS na composição das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Nessa toada, é certo que a partir do momento em que o STF admitiu o RE nº 240.785, no já longínquo ano de 1998, emergiu no panorama jurídico a possibilidade de ocorrer uma mudança do entendimento jurisprudencial até então prevalecente que previa a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS (nos termos das Súmulas nº 64 e nº 98, ambas do Superior Tribunal de Justiça). A submissão do RE nº 574.706 à repercussão geral em 2008, bem como o julgamento do RE nº 240.785 em 2014 favoravelmente ao contribuinte, robusteceu essa possibilidade, o que não passou despercebido por advogados, consultores jurídicos e contribuintes.

O problema é que a permanência do debate aberto por mais de 20 (vinte) anos redundou em insegurança jurídica, na medida em que a fronteira entre o comportamento lícito e o ilícito (em suma, incluir ou não o ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS) restou esmaecida. A dúvida acerca de qual melhor atitude a ser tomada, considerando que empresas visam ao lucro e, nesse propósito, precisam diminuir os custos (incluindo-se as obrigações tributárias),²⁰ aumenta a complexidade do sistema, o que acaba gerando algum custo adicional. Nesse exato ponto, não se pode esquecer que “a tributação excessivamente complexa torna o sistema manipulável

20. Nesse tópico, “a introdução de uma exação e as alterações da carga tributária modificam os preços absolutos e relativos dos bens e serviços e dos fatores de produção nos diferentes mercados” (COSTA, Leonardo de Andrade. Uma introdução à Análise Econômica do Direito tributário. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coords.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 378-379.).

por uns poucos que detêm a possibilidade técnico-jurídica para tal, além de trazer custos complementares não raramente expressivos”.²¹

Daí ser a insegurança jurídica a primeira consequência a ser destacada. Mesmo que o tema de fundo tenha sido decidido no RE nº 574.706 em 2017, a demora para a eventual modulação dos efeitos do julgamento gerou o segundo impacto negativo, qual seja, o incentivo para que os contribuintes ajuizassem ações individuais de modo a se resguardarem caso os efeitos fossem fixados *ex nunc* (desde o julgamento dos embargos declaratórios da Fazenda).

Tanto é que, desde 15/03/2017 até dezembro de 2019 (atualmente, o número deve ser superior), algo em torno de 25 mil novas demandas acerca do tema em tela tinham sido ajuizadas na Justiça Federal.²² Mas há outras circunstâncias indicadas pelo autor em foco que não podem ser ignoradas, tais como as indicadas a seguir:

- i. há mais de 8 (oito) mil processos sobrestados nos Tribunais aguardando a decisão definitiva do STF, o que somente ocorrerá com o julgamento de embargos de declaração.
- ii. existem mais de 200 (duzentas) mil execuções fiscais que podem sofrer potencial impacto em razão do que vier a ser definido pelo STF.
- iii. há mais de 2,5 mil processos que já transitaram em julgado, mesmo sem o trânsito em julgado do RE 574.706 do STF, em que há debates intrigantes em aberto sobre os critérios de cálculos a serem adotados.
- iv. o potencial de impacto nos cofres públicos supera a marca dos 250 (duzentos e cinquenta) bilhões de reais, dados que foram estimados em 2015. Porém, um estudo recente do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) estimou em até R\$ 485 bilhões o impacto do julgamento.

21. MICHELS, op. cit., p. 231.

22. DUQUE, Felipe. ICMS/PIS/COFINS: mutações vigorosas de entendimento. *JOTA*, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/icms--pis-cofins-mutacoes-vigorosas-de-entendimento-10122019>. Acesso em: 1 jan. 2021.

Aliás, a divergência jurisprudencial notada a partir de decidido no RE nº 240.785 certamente também teve como consequência incentivar a litigância. É que nas situações em que a probabilidade de ganhar ou perder uma ação judicial for semelhante, dependendo apenas do Juízo ou Turma à qual couber a análise, faz sentido “tentar a sorte”,²³ ainda mais se a taxa judiciária e de preparo for modesta²⁴ em comparação ao valor econômico envolvido na demanda.

No caso, o risco de eventual sucumbência com obrigação de arcar com as verbas advocatícias da parte *ex adversa* não conseguiu neutralizar o ímpeto das novas ações, justamente porque a maioria foi engendrada na forma de mandado de segurança que, como sabido, não comporta condenação sucumbencial ao impetrante perdedor (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

A sistemática da repercussão geral, no contexto e na forma introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, foi idealizada para trazer ao sistema judicial maior isonomia entre os litigantes, racionalidade e, sobretudo, celeridade na solução dos litígios, sendo que “o respeito aos precedentes extratifica a confiança legítima: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento”.²⁵

23. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juntamente com a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), em março de 2011, divulgaram um estudo acerca das causas da morosidade judicial civil no Brasil. Entre as motivações para que alguém interponha um recurso à Instância Superior, o estudo em foco destaca “um efeito de ‘loteria’ ou de ‘roleta russa’ nos recursos: a previsibilidade do resultado do recurso em muitos casos é muito baixa, possibilitando ao sucumbente sempre ainda uma esperança de reversão da sentença em questão” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Demandas judiciais e a morosidade da justiça civil, março de 2011, p. 7. Disponível em: https://issuu.com/cnj_oficial/docs/rel_torrio_sobre_as_demandas_judici. Acesso em: 1 jan. 2021.).

24. É sabido que “no Brasil o valor da taxa judiciária a ser paga quando do recurso não é, na maior parte dos casos, substancialmente elevado a ponto de evitar a interposição do recurso – sem falar no grande número de casos em que a parte nada paga ao recorrer” (MACHADO, Rafael Bica; DIAS, Jean Caros. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 402.).

25. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque das causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 62.

Dessa maneira, quando já for possível prever de antemão com alguma segurança o resultado de uma demanda, notadamente quando o problema jurídico central já tenha sido equacionado por precedente judicial vinculante, o mais provável é que ela sequer venha a ser ajuizada. Então, com menos ações em curso alivia-se o congestionamento do sistema como um todo. Dessa maneira, a demora na solução definitiva da controvérsia em epígrafe caminha contrariamente aos propósitos basilares da repercussão geral.

Por fim, uma última consequência a ser destacada é o prejuízo ao planejamento estatal federal,²⁶ uma vez que a União ficou por anos sem saber ao certo o “tamanho da conta”, isto é, o quanto efetivamente deveria ser devolvido aos contribuintes que recolheram o PIS e a COFINS a maior. Não obstante todos os estudos já publicados a respeito apontarem para uma quantia bastante expressiva, na casa das dezenas ou até centenas de bilhões de reais, a fixação de um valor mais exato era de suma importância para aferir os compromissos da União nos anos vindouros.

É que num cenário de incerteza financeira fica mais difícil engendrar projetos realísticos de longo prazo que possam, de modo eficaz, auxiliar no desenvolvimento do país, seja apoiando a iniciativa privada (apenas quando necessário), seja, sobretudo, reduzindo as notórias e graves desigualdades sociais brasileiras. Com efeito, o planejamento estatal de longo prazo, na medida em que mantém vivos projetos e políticas públicas por tempo considerável, minora as chances de desperdício de recursos públicos, cada vez mais escassos no atual cenário de recessão econômica, severamente agravado pela eclosão da pandemia da Covid 19.

26. O tema do planejamento estatal de longo prazo vem ganhando destaque nas últimas décadas. No Brasil, isso é notado após a Constituição de 1988 ter introduzido a lei do Plano Plurianual que se revela no “componente superior da estratégia de planejamento em longo prazo e se destina a formular grandes diretrizes para as finanças públicas do Estado, orientando ações executivas voltadas à promoção do bem-estar social e progresso econômico. Objetiva, também, identificar e avaliar os recursos disponíveis para projetos de grande magnitude e estabelecer parâmetros para a realização das despesas correspondentes” (SABBAG, César de Moraes. Orçamento e desenvolvimento. Campinas: Millennium, 2007, p. 49.).

5. CONCLUSÕES

Segundo a Análise Econômica do Direito, as pessoas atuam de forma racional, dentro de juízos de custos e benefícios, de maneira a promoverem a satisfação de suas necessidades e seus desejos com mais eficiência (melhores resultados sob menores custos). Dentro desse contexto, levam em conta os estímulos gerados pelo ambiente institucional e normativo em que estão inseridas.

Para os agentes econômicos, cujo lucro é o principal agente motriz, é essencial que exista segurança jurídica e previsibilidade institucional (normas claras, estáveis e irretroativas), possibilitando, destarte, uma avaliação mais acurada dos riscos envolvidos nos negócios e investimentos em geral, com a edificação das estratégias empresariais mais adequadas para cada tido de contexto.

Como agente racional, todo empresário busca diminuir os custos de sua atividade com fulcro de maximizar o lucro. Como visto, incluir ou não o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS influi diretamente nos aludidos custos, para mais ou para menos. Logo, considerando que, no Brasil, de um modo geral, o montante da carga fiscal é expressivo, é de suma importância não haver dúvidas acerca de quais, como e quando as obrigações tributárias devem ser adimplidas, sob pena de restar mais complexa a confecção de estratégias empresariais indispensáveis à sobrevivência dos negócios no longo prazo.

A demora do Supremo Tribunal Federal em encerrar definitivamente a questão da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS resultou em impactos negativos. Com efeito, o RE nº 240.785 foi admitido em 1998 e julgado apenas em 2014, mas sob efeitos meramente *inter pars*. Já RE o nº 574.706, admitido em 2008 e decidido pelo mérito em 2017, aqui sob o sistema da repercussão geral, teve sua finalização tão somente em 13/05/2021, com o julgamento dos embargos declaratórios interpostos em 2017 pela União.

Assim, o primeiro impacto negativo da demora em decidir os embargos foi a insegurança jurídica que permaneceu por longo tempo (pelo menos até o julgamento dos embargos), o que certamente, em alguma medida, prejudicou a previsibilidade catalizadora das atividades empresariais no que concerne à essencial especificação dos efetivos custos tributários.

Outro impacto negativo observável é que a demora na solução da controvérsia em epígrafe estimulou o ajuizamento de milhares de ações judiciais individuais por contribuintes ansiosos por garantirem o direito de exclusão do ICMS das bases do PIS e da COFINS, de modo a não correrem o risco de eventual prejuízo decorrente de uma modulação desfavorável dos efeitos do julgamento do RE o nº 574.706.

Até dezembro de 2019 foram mais de 25 (vinte e cinco) mil ações na Justiça Federal. Essa circunstância é contrária aos objetivos da sistemática da repercussão geral, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e que tem como objetivos primordiais conferir maior racionalidade, isonomia e, sobretudo, celeridade ao sistema processual brasileiro.

Como último, mas não menos relevante, impacto negativo, citamos o prejuízo ao planejamento estatal federal, na medida em que a União ficou, por tempo longo e indefinido, sem saber o quanto efetivamente deveria devolver aos contribuintes que recolheram o PIS e a COFINS a maior e quando isso deverá ocorrer, o que certamente tornou mais difícil o engendramento de projetos e políticas públicas de longo prazo que pudessem, de modo eficaz, auxiliar no desenvolvimento econômico e social do país.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 9, p. 49-68, jul./dez. 2006.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os pensadores, v. XXXIV).

- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 dez. 2020.
- _____. Código Tributário Nacional. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 27 dez. 2020.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Demandas judiciais e a morosidade da justiça civil, março de 2011. Disponível em: https://issuu.com/cnj_oficial/docs/rel_torio_sobre_as_demandas_judici. Acesso em: 1 jan. 2021.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.
- _____. Decreto-lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.
- _____. Decreto-lei 1.940, de 25 de maio de 1982. Institui contribuição social, cria o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1940.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.
- _____. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.
- _____. Lei 9.715, de 25 de novembro de 1998. Dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público -PIS/PASEP, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9715.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.
- _____. Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998. Altera a Legislação Tributária Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9718compilada.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.
- _____. Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não cumulatividade da cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10637.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.
- _____. Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10833.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.

- _____. Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 21 maio 2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 68, de 15 de dezembro de 1992. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 27 dez. 2020.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 94, de 28 de fevereiro de 1994. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 27 dez. 2020.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 144.469, julgado em 10/08/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T. Acesso em: 28 dez. 2020.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 1.421.447, julgado em 09/05/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 240.785, julgado em 08/11/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1736915>. Acesso em: 27 dez. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 593.849, julgado em 19/10/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642284>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 574.706, julgado em 15/03/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- _____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0003760-83.2010.4.03.0000. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5813743>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- _____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0009613-10.2014.4.03.9999. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5669311>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- CASSONE, Vittorio. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- COSTA, Leonardo de Andrade. Uma introdução à Análise Econômica do Direito tributário. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coords.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV, 2019. p. 377-407.

- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque das causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57-73.
- DUQUE, Felipe. ICMS/PIS/COFINS: mutações vigorosas de entendimento. *JOTA*, 2019, Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/icms-pis-cofins-mutacoes-vigorosas-de-entendimento-10122019>. Acesso em: 1 jan. 2021.
- FERES, Marcos Vinício Chein. Do princípio da eficiência econômica. *Revista do IBRAC*, v. 8, n. 8, p. 23-46, 2001.
- FORGIONI, Paula Andrea. Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação? *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 77, p. 35-61, maio/jun. 2006.
- MACHADO, Rafael Bica; DIAS, Jean Caros. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 391-403.
- MICHELS, Gilson Wessler. Desenvolvimento e sistema tributário. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005. p. 225-258.
- NORTH, Douglass. Economic performance through time. *The American Economic Review*, v. 84, n. 3, jun. 1994.
- PINHEIRO, Armando Castelar. PIB potencial e segurança jurídica no Brasil. In: SICSÚ, João; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Crescimento econômico: estratégias e instituições*. Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 25-53.
- PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020 (Edição eletrônica Kindle).
- POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e desenvolvimento*. Campinas: Millennium, 2007.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia. *Cadernos Direito GV*, v. 5, mar. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 1 jan. 2021.
- SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 74-83.
- YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

Análise das consequências da reintegração de posse liminar no âmbito dos programas habitacionais governamentais

Sheila Pinto Giordano

1. INTRODUÇÃO

Este estudo busca analisar as consequências potenciais das decisões proferidas em caráter liminar no âmbito de ações de reintegração de posse relacionadas a imóveis integrantes de programas habitacionais governamentais, notadamente de decisões que negam a concessão de medidas liminares de reintegração de posse pleiteadas pela Caixa Econômica Federal em razão do inadimplemento de obrigações firmadas no âmbito do Programa de Arrendamento Residencial – PAR – e do Programa Minha Casa Minha Vida – PMCV, com fundamento, em especial, na proteção ao direito à moradia.

A hipótese formulada é a de que, de um lado, a concessão da medida liminar de reintegração de posse traria consequências graves para os moradores do imóvel, que seriam sumariamente privados de sua moradia; de outro, a sua negativa, quando reiterada, poderia trazer consequências, de difícil mensuração, à Caixa Econômica Federal, ao desenvolvimento dos programas governamentais de habitação e ao mercado de crédito imobiliário.

Frise-se que não se tem como objetivo a avaliação do acerto de tais decisões e nem a análise detida de seus aspectos jurídicos, mas sim a identificação das consequências fáticas.

2. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL – PAR – E PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA – PMCMV: ASPECTOS GERAIS

Para a análise pretendida, é necessário verificar, em linhas gerais, no que consiste o Programa de Arrendamento Residencial – PAR – e o Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV.

O Programa de Arrendamento Residencial – PAR – é um programa governamental, gerido pelo Ministério das Cidades, operacionalizado pela Caixa Econômica Federal – CAIXA – e financiado pelo Fundo de Arrendamento Residencial – FAR. Foi criado pela Medida Provisória n.º 1.823/1999, objeto de diversas reedições e, por fim, convertida na Lei n.º 10.188/2001, para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda concentrada nas capitais e regiões metropolitanas e nos municípios com população urbana superior a 100 mil habitantes, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra.

O FAR é composto em sua constituição por recursos onerosos provenientes de empréstimo junto ao FGTS e recursos não onerosos provenientes dos fundos FAS – Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social, FINSO-

CIAL – Fundo de Investimento Social, FDS – Fundo de Desenvolvimento Social – e PROTECH – Programa de Difusão Tecnológica para Construção de Habitação de Baixo Custo – e da rentabilidade das suas disponibilidades (vide art. 3º da Lei n.º 10.188/2001). É administrado, gerido e representado, judicial e extrajudicialmente, pela CAIXA.

As operações inseridas no PAR compreendem a aquisição de empreendimentos novos, a serem construídos, em construção ou a recuperar/reformar e o seu arrendamento aos beneficiários, sendo previsto o pagamento de uma taxa de arrendamento, fixada por faixa de renda das famílias, e de taxa de condomínio. Inicialmente, foi previsto o arrendamento pelo prazo de 180 meses, com opção de compra ao final, por meio do pagamento do saldo residual.

Com a publicação da Portaria MCidades nº 336/2014, que alterou o anexo da Portaria MCidades nº 493, de 2007, o arrendatário passou a ter o direito de exercer a opção de compra do imóvel a qualquer tempo, na forma regulamentada pela CAIXA.

A partir da criação do PMCMV, conforme MP nº 459/2009, convertida na Lei nº 11.977/2009, as contratações de novas operações no PAR foram suspensas, não sendo mais adquiridos novos empreendimentos, mas apenas administrado o estoque dos imóveis existentes, com o programa gradualmente substituído pelo PMCMV, mantendo-se, porém, os contratos em vigor. Ademais, o FAR passou a atender também ao PMCMV.

Inseriu-se o PAR, portanto, no âmbito dos programas governamentais para garantia de moradia à população de baixa renda, tendo sido apresentado como uma alternativa ao financiamento imobiliário para aquisição da moradia própria, com subsídios governamentais.

O Programa Minha Casa Minha Vida, por sua vez, também consiste em programa habitacional governamental, voltado à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais e sua alienação, de forma financiada, a beneficiários de baixa renda, sendo também operacionalizado pela CAIXA.

O programa possui regras diferenciadas para cada faixa de renda. Em sua versão mais recente, a Faixa 1 corresponde à renda familiar de até R\$ 1.800,00, a Faixa 1,5 à renda familiar de até R\$ 2.600,00, a Faixa 2 à renda familiar de até R\$ 4.000,00 e a Faixa 3 à renda familiar de até R\$ 7.000,00. Nas faixas 1, 1,5 e 2, o valor do imóvel é subsidiado pelo governo, podendo chegar a corresponder a até 90% do imóvel na faixa 1, sendo reduzido com o aumento da faixa de renda, valendo destacar que na faixa 1 não há aplicação de juros. Na faixa 3, não há subsídio governamental no valor do imóvel, mas tão somente concessão de taxas de juros reduzidas e outras condições de financiamento mais favoráveis que as do mercado.

Recentemente, o PMCMV sofreu uma reformulação, passando a ser denominado Programa Casa Verde e Amarela,¹ com algumas alterações nas faixas de renda e nos critérios de seleção, bem como criação de linhas de crédito para reformas de casas prontas, aumento dos valores totais dos imóveis a serem financiados, financiamento para regularização fundiária e alteração nos juros aplicáveis.

Considerando que a instituição do Programa Casa Verde e Amarela é bastante recente, não havendo ainda dados disponíveis para analisar a sua aplicação, o presente estudo terá foco no PAR e no PMCMV, cujos contratos continuam em vigor.

Destaque-se que os fatores que afetam o funcionamento do PAR e do PMCMV têm o potencial de impactar o mercado de financiamento imobiliário e o desenvolvimento da política nacional de habitação. Vale salientar que, muito embora o PAR esteja sendo descontinuado e o PMCMV tenha sofrido reformulações, infere-se que os impactos provocados no FAR podem refletir no desenvolvimento do atual Programa Casa Verde e Amarela.

Na sistemática do PAR, o imóvel, durante o arrendamento, permanece como de propriedade do FAR, e a Lei n.º 10.188/2001 prevê, em seu art. 9º,²

1. Vide Lei n.º 14.118/2021, oriunda da conversão da Medida Provisória n.º 996/2020.

2. Art. 9º: Na hipótese de inadimplemento no arrendamento, findo o prazo da notificação ou interposição, sem pagamento dos encargos em atraso, fica configurado o esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse.

como forma de garantia do negócio, que, no caso de inadimplemento, será configurado o esbulho possessório, autorizando a retomada do imóvel por meio de ação de reintegração de posse.

Por sua vez, a Lei n.º 11.977/2009, que regulamenta o Programa Minha Casa Minha Vida, em seu art. 7º-C,³ também prevê a configuração do esbulho possessório no caso de não restituição do imóvel na hipótese de rescisão do contrato por inadimplemento, uma vez que consolidada a propriedade fiduciária em nome do FAR.

E, nos termos dos arts. 558, 561 e 562 do CPC/2015, na mesma linha do que já previa o CPC/1973, é cabível a expedição de mandado liminar de reintegração de posse caso comprovado de plano o esbulho ocorrido a menos de ano e dia da propositura da ação.

Logo, comprovado o inadimplemento, a notificação do arrendatário ou mutuário e o decurso do prazo, a aplicação literal da legislação pertinente implicaria o deferimento da medida liminar de reintegração de posse. Assim, o indeferimento da medida liminar, embora presentes os requisitos legais, em razão da ponderação das normas constitucionais que garantem o direito à moradia, implica uma alteração no sistema de garantia contratual no qual se baseia o PAR, podendo impactar o seu funcionamento.

3. Art. 7º-C. Vencida antecipadamente a dívida, o FAR, na condição de credor fiduciário, munido de certidão comprobatória de processo administrativo que ateste a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 7º-B desta Lei, deverá requerer, ao oficial do registro de imóveis competente, que intime o beneficiário, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, para satisfazer, no prazo previsto no § 1º do art. 26 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, a integralidade da dívida, compreendendo a devolução da subvenção devidamente corrigida nos termos do art. 7º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017.)

§ 1º Decorrido o prazo de que trata o *caput* deste artigo sem o pagamento da dívida antecipadamente vencida, o contrato será reputado automaticamente resolvido de pleno direito, e o oficial do registro de imóveis competente, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade fiduciária em nome do FAR, respeitada a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017.)

§ 2º Uma vez consolidada a propriedade fiduciária em nome do FAR, proceder-se-á em conformidade com o disposto no § 9º do art. 6º-A desta Lei, e o imóvel deve ser-lhe imediatamente restituído, sob pena de esbulho possessório. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017.)

3. ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS POTENCIAIS DO INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS LIMINARES DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

As consequências das decisões em exame podem ser divididas em duas vertentes: de um lado, existem as suportadas pelos moradores do imóvel objeto do pedido de reintegração de posse; de outro lado, as que afetam a CAIXA, enquanto agente financeiro que executa o programa habitacional, e, em seus desdobramentos, os impactos econômicos e sociais que excedem os interesses diretos das partes.

Nesse ponto, cabe também subdividir a análise em duas vertentes: de um lado, analisar os efeitos que adviriam da concessão da medida liminar e que são evitados pela não concessão; de outro, quais as implicações de se autorizar a permanência no imóvel sem o pagamento da taxa de arrendamento ou as prestações do financiamento.

Quanto aos efeitos que decorreriam da concessão da medida liminar, é manifesto que a reintegração da CAIXA na posse do imóvel, com a retirada dos moradores, teria efeitos bastante intensos e graves para essas pessoas.

A retirada brusca de uma família do imóvel em que estabeleceu sua residência é certamente um evento traumático para os seus integrantes. No mínimo, a mudança brusca envolve grandes transtornos e custos, pode gerar quebra dos vínculos estabelecidos com a comunidade e alteração em diversos aspectos da vida, como a necessidade de mudança de escola para crianças e adolescentes, por exemplo. Ademais, a retirada em razão da inadimplência causa um grande constrangimento perante a comunidade.

E, em relação às pessoas de baixa renda, há um sério risco de que não tenham condições de encontrar outra moradia digna e passem a viver em comunidades carentes, ocupações irregulares ou mesmo em situação de rua, sendo privadas do direito social à moradia e ingressando em uma situação de vulnerabilidade social com diversas outras repercussões.

Por sua vez, a não concessão da medida liminar de reintegração de posse implica a manutenção da situação atual, que é a permanência no imóvel mesmo com o inadimplemento das obrigações assumidas. Tal circunstância, além de evitar os efeitos gravosos dessa retirada, tem outras repercussões – ou, em termos econômicos, externalidades –, positivas e negativas.

Como repercussão positiva, tem-se que a não efetivação da reintegração em sede liminar, possibilitando o contraditório, abre espaço para a conciliação e o pagamento ou a renegociação da dívida, ou mesmo para a apresentação de razões de fato ou de direito que justifiquem o não cabimento da medida no caso concreto.

Nesse ponto, vale apresentar, com base em informação extraída do *site* do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2021), as estatísticas referentes aos acordos realizados em processos de reintegração/manutenção de posse no âmbito do PAR (Programa de Arrendamento Residencial) nos últimos 4 anos:

ESTATÍSTICAS DE CONCILIAÇÃO NO TRF 3 POR MATÉRIA – PAR (REINTEGRAÇÃO/MANUTENÇÃO DE POSSE)							
Período	Audiências designadas	Ausências/ canceladas	Audiências realizadas	Audiências redesignadas / suspensas	Sem acordo	Com acordo	Valor
2020	177	52	125	19	37	69	103.087,87
2019	262	57	205	46	47	112	676.997,58
2018	402	131	271	37	90	144	2.092.710,23
2017	1.401	616	785	117	164	504	9.933.151,17

Os dados anteriores apontam haver um bom prognóstico para a realização de acordos nesses casos, indicando que tentar a conciliação pode ser bastante efetivo para a solução do conflito, o que vai ao encontro da Análise Econômica do Direito e, mais especificamente, do Teorema de Coase, segundo o qual o direito é indesejável e desnecessário quando os direitos de propriedade são bem definidos e os custos de transação são

baixos.⁴ Registre-se que as reintegrações de posse relacionadas ao Programa Minha Casa Minha Vida não estão identificadas na estatística de maneira individualizada, não tendo sido possível aferir a quantidade de acordos realizados nessa seara.

De outro lado, se não for realizado o pagamento ou a renegociação da dívida, a possibilidade de se manter no imóvel mesmo sem o adimplemento das obrigações, especialmente se prolongada por um período extenso, tem o potencial de gerar a ampliação da dívida, aliada à expectativa de manutenção da situação, agora respaldada por uma decisão judicial, agravando-se cada vez mais a situação do devedor.

Ou seja, a partir do momento em que o Judiciário nega a possibilidade de reintegração liminar na posse, está concedendo autorização para que a pessoa se mantenha na posse do imóvel mesmo sem o adimplemento das obrigações, por tempo indeterminado, mas não afasta a exigibilidade dessas obrigações, criando a falsa ilusão de que a situação do devedor está estável, quando, em verdade, está se agravando. E, caso mantido o inadimplemento e não apresentada nenhuma justificativa para tanto, o imóvel será retomado e as obrigações exigidas ao final, em valor bem mais elevado.

Ademais, o reforço da expectativa de que o beneficiário poderá se manter no imóvel mesmo inadimplente representa um incentivo negativo ao cumprimento das obrigações assumidas, que pode não incidir tão somente em relação àquele devedor, mas obter uma repercussão social mais ampla, ao chegar ao conhecimento de outros beneficiários ou potenciais beneficiários dos programas habitacionais.

Assim, ao deixar de infligir consequências aos inadimplentes, o Judiciário diminui o custo da quebra do contrato e incentiva o comportamento não cooperativo na execução dos contratos diferidos, como pontua Jairo Saddi.⁵

4. PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

5. SADDI, Jairo. Direito e Economia no Mercado de Crédito. In: PINHEIRO, Armando Castelar, PORTO, Antônio J. Maristello, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 148-176.

Nesse sentido, entende Lauro Gonzales, coordenador do Centro de Estudos em Microfinanças e Inclusão Financeira da FGV, defendendo que o baixo nível de retomada de imóveis na Faixa 1 do Programa Minha Casa Minha Vida contribuiu para que a inadimplência seja muito mais elevada nessa faixa, pois gera pouco comprometimento com o pagamento e pouco incentivo para fazê-lo.⁶

Em interessante estudo realizado por Luana dos Santos Fraga e Kelmara Mendes Vieira (2016), analisando a associação da inadimplência no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida com variáveis socioeconômicas e de gerenciamento financeiro, foram realizadas entrevistas com beneficiários do programa, tendo sido indagado aos inadimplentes acerca das razões que motivaram a falta de pagamento. À pergunta “Se você já teve ou tem prestações do PMCMV em atraso, qual foi (é) o motivo principal?”, 4,65% indicaram a alternativa “Não se preocupou em pagar, pois acredita que não vai perder a casa se não quitar a prestação”, tendo o estudo considerado não ser esse um motivo tão relevante para o inadimplemento.

Entretanto, cabe destacar que 38,37% indicaram como motivo para o inadimplemento a alternativa “Usou o dinheiro em despesas inesperadas (exemplo: doença, desemprego)” e 17,44% indicaram “Optou por pagar outras contas maiores e mais urgentes”, enquanto 13,95% apontaram que “Não sobrou dinheiro” e 25,58% assinalaram a opção “outros”. A partir desses dados, observa-se que 55,81% dos entrevistados deixaram de adimplir as prestações por priorizar outras despesas, e, muito embora a confiança de que não iriam perder o imóvel não tenha sido o motivo principal para o inadimplemento, não se pode descartar que tenha funcionado como motivo secundário que fundamentou a priorização de outras despesas.

Em outra vertente, cabe analisar as consequências da decisão para a CAIXA, para o funcionamento do Programa de Arrendamento Residencial – PAR – e do Programa Minha Casa Minha Vida e o desenvolvimento da política nacional de habitação, para o mercado de financiamento imobiliário, e, se existentes, repercussões econômicas mais abrangentes.

6. Vide declarações dadas em reportagem para a *Folha de São Paulo* (CUCOLO, 2015).

Negando-se a possibilidade de reintegração na posse em caráter liminar, altera-se o equilíbrio do contrato, ao reduzir a eficácia do mecanismo previsto pela lei para a rápida execução da avença no caso de inadimplência. Trata-se de contratos em condições muito benéficas para o arrendatário ou mutuário, fortemente subsidiados pelo governo, mas que têm, em contrapartida, um mecanismo de retomada do imóvel bastante célere, que é a ação de reintegração de posse. Ao se postergar a possibilidade de reintegração para o momento da sentença, naturalmente afeta-se o equilíbrio desses contratos e, possivelmente, a sustentabilidade do programa. Ademais, como já exposto, o enfraquecimento do mecanismo de execução do contrato, com a retomada do imóvel, pode estimular a inadimplência em razão da redução dos incentivos para o adimplemento.

Analisando-se o Relatório de Gestão do Fundo de Arrendamento Residencial do exercício de 2016,⁷ observa-se que o percentual de inadimplência no PAR tem sido bastante elevado:

QUADRO 60. Inadimplência por Quantidade PAR Parcelamento

Safra	Contratos Ativos	Em dia	%	1 a 90 dias atraso	%	91 a 360 dias atraso	%	Atraso acima 360	%
2008	869	609	70,1	191	22	46	5,3	23	2,6
2009	630	433	68,7	138	21,9	40	6,3	19	3
2010	510	327	64,1	135	26,5	29	5,7	19	3,7
2011	580	398	68,6	141	24,3	25	4,3	16	2,8
2012	1.542	1.144	74,2	347	22,5	32	2,1	19	1,2
2013	2.788	1.959	70,3	726	26	75	2,7	28	1
2014	5.420	3.667	67,7	1.516	28	193	3,6	44	0,8

7. MINISTÉRIO DAS CIDADES. Caixa Econômica Federal. Fundo de Arrendamento Residencial. Relatório de Gestão do Exercício de 2016. Disponível em: https://mdr.gov.br/images/stories/acessoinformacao/relatoriodegestao/2016/id-Sisdoc_12583569v1-09---RelatorioGestao-Fundo-de-Arrendamento-Residencial.pdf. Acesso em: 14 jan. 2020.

Safra	Contratos Ativos	Em dia	%	1 a 90 dias atraso	%	91 a 360 dias atraso	%	Atraso acima 360	%
2015	3.954	2.060	52,1	1.252	31,7	446	11,3	196	5
2016	2.439	1.605	65,8	737	30,2	97	4	0	0
Total	18.732	12.202	65,1	5.183	27,7	983	5,2	364	1,9

Fonte: MINISTÉRIO DAS CIDADES. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL, 2016.

Cabe pontuar que a inadimplência, no âmbito do PAR, não impacta diretamente o FAR, uma vez que, conforme a Portaria Interministerial nº 684/2007 do Ministério das Cidades, a CAIXA é responsável pelo risco de inadimplência e ociosidade das operações de arrendamento residencial, sendo remunerada para assumir tal risco.

Todavia, tal remuneração é custeada pelo FAR, e presume-se que seja estabelecida calculando-se o risco de inadimplência ponderado com os mecanismos de execução do contrato, e se a celeridade da recuperação do imóvel é afetada por meio do posicionamento judicial, o equilíbrio desse contrato será afetado, podendo vir a prejudicar a sustentabilidade da execução do programa pela CAIXA.

Observe-se que no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida a inadimplência também se mostra bastante elevada, especialmente na Faixa 1, que possui a maior parcela de subsídio governamental, conforme o Relatório de Gestão do FAR do exercício de 2016.

QUADRO 61. Inadimplência por Quantidade PMCMV Faixa I - AF CAIXA

Safra	Contratos Ativos	Em dia	%	1 a 90 dias	%	91 a 360 dias	%	Atraso acima 360	%
2010	2.313	749	32,4	459	19,8	260	11,2	845	36,5
2011	97.023	34.603	35,7	22.788	23,5	12.728	13,1	26.904	27,7
2012	133.151	46.030	34,6	34.643	26	18.542	13,9	33.936	25,5

Safra	Contratos Ativos	Em dia	%	1 a 90 dias	%	91 a 360 dias	%	Atraso acima 360	%
2013	115.717	38.879	33,6	30.957	26,8	18.302	15,8	27.579	23,8
2014	148.544	57.228	38,5	41.163	27,7	25.725	17,3	24.428	16,4
2015	115.092	46.324	40,2	30.126	26,2	31.948	27,8	6.694	5,8
2016	47.469	27.697	58,3	7.891	16,6	11.881	25	0	0
Total	659.309	251.510	38,1	168.027	25,5	119.386	18,1	120.386	18,3

E a Portaria Interministerial nº 175/2016, do Ministério das Cidades, que trata da remuneração da CAIXA pelas atividades desenvolvidas nas operações de alienação de imóveis ligados ao PMCMV com recursos do FAR, não transfere à CAIXA o risco de inadimplência, prevendo, inclusive, o ressarcimento à CAIXA das despesas decorrentes da eventual retomada de imóveis.

Assim, vislumbra-se que no âmbito do PMCMV, em especial no que tange à Faixa 1, os custos decorrentes da inadimplência e dos procedimentos de retomada do imóvel impactam mais diretamente o FAR. Cabe ponderar que, nessa faixa, os valores pagos pelos beneficiários são bastante reduzidos em relação ao valor total do imóvel, podendo o subsídio governamental chegar a 90% do valor do imóvel. Assim, a princípio, tem-se que a inadimplência teria pouco impacto no custo do programa. Entretanto, sobretudo em um momento de grandes restrições do gasto público, o aumento do custo estatal, que já é elevado, não pode ser desconsiderado.

Nas Faixas 2 e 3, por outro lado, o risco da inadimplência é assumido pela instituição financeira, aproximando os contratos dos financiamentos privados, e há tendência de que haja uma maior ponderação do risco de inadimplência na formatação dos contratos, como se verá mais adiante.

Acerca da inadimplência, importante pontuar que se trata de um dos maiores fenômenos geradores de risco no crédito e, como tal, interfere em um dos aspectos fundamentais do crédito, que é a confiança. O risco de inadimplência tem como consequência não somente a ausência de paga-

mento em si, mas também os custos da recuperação de ativos e da execução de garantias e, usualmente, são levados em consideração pelos bancos para a precificação do crédito, implicando uma seleção adversa. Por outro lado, é um risco que tende a ser repassado para todos os tomadores de crédito, sendo diluído nos demais produtos oferecidos pela instituição financeira.⁸

As políticas governamentais de concessão de crédito, que abrangem o crédito imobiliário, subvertem essa lógica, proporcionando a concessão de crédito para pessoas com menor renda e maiores chances de inadimplência, com condições mais favoráveis do que as que seriam oferecidas normalmente pelas instituições financeiras. Isso é viável, pois é possível impor aos bancos estatais a realização de operações sem finalidade lucrativa, mas há um limite para a manutenção do equilíbrio contratual. Ademais, isso pode gerar o chamado subsídio cruzado, ocasionando a cobrança de juros mais elevados em outros produtos para compensar os juros baixos cobrados nos contratos objeto das políticas governamentais, causando distorções no mercado de crédito.⁹ A outra possibilidade é a transferência do risco do inadimplemento para o Estado, mas a capacidade de investimento estatal também é limitada e todo incremento do risco onerará ainda mais o Estado e poderá prejudicar a sustentabilidade do programa.

Para analisar mais detidamente os efeitos que o retardamento da retomada do imóvel pode causar nos programas habitacionais, cabe investigar, de maneira mais ampla, se e como a eficiência dos mecanismos de recuperação de crédito e do funcionamento das instituições – especialmente do Judiciário – para garantia do cumprimento das obrigações impacta nos contratos e na economia, para então verificar como isso se aplica aos contratos firmados no âmbito dos programas habitacionais, diante de suas peculiaridades. Para tanto, passa-se a analisar alguns estudos que fazem tais correlações.

8. SADDI, op. cit.

9. ARDENBERG, Rubens. Crédito e desenvolvimento econômico. In: PINHEIRO, Armando Castelar, PORTO, Antônio J. Maristello, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 148-176.

Nessa linha, o artigo *Courts*, de Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes e Andrei Shleifer,¹⁰ relata um estudo que analisa a eficiência das cortes judiciais de 109 países como instituições aptas a assegurar direitos de propriedade e garantir o cumprimento de contratos, por meio da mensuração do grau de formalismo dos procedimentos judiciais.

Como conclusão, em resumo, afirma-se que maiores índices de formalismo procedimental estão correlacionados a maior duração do processo, bem como a menor força executória dos contratos e menor honestidade, consistência, imparcialidade, equidade e confiança do sistema, não havendo evidências de que assegurem maior qualidade ao resultado final. Ademais, aponta-se que os índices de formalismo são maiores em países cujos sistemas jurídicos têm origem na *civil law* em relação aos países de origem na *common law*, bem como que países mais ricos tendem a apresentar menores índices de formalismo em relação a países mais pobres.

Os autores refutam a teoria de que a melhor qualidade dos sistemas judiciais em países desenvolvidos seria uma decorrência de ter uma população mais rica e bem educada, bem como a visão de que o maior formalismo seria eficiente em alguns países, defendendo que, em verdade, muitos países em desenvolvimento aceitaram o formalismo em razão do transplante¹¹ dos sistemas jurídicos de seus colonizadores, não havendo presunção de sua eficiência, e que, embora existam razões plausíveis para a existência de um maior formalismo, a realidade é que eles trazem custos e atrasos extremos, e, em última instância, injustiça, e ao menos alguns de seus fardos não desnecessários e poderiam ser revistos por meio de reformas, especialmente para disputas simples.

Registre-se que outros estudos, como o relatado no livro *Why nations fail*,¹² indicam que a qualidade das instituições e a sua aptidão para garantir

10. DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. *Courts*. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 118, n. 2, p. 453-517, maio 2003.

11. Vide TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O papel do direito comparado na globalização. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 16, p.150-158, jan./jul. 2000.

12. ACEMOGLU, Daron, ROBINSON, James A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty*. 1. ed. Nova York: Crown Publishers, 2012.

segurança jurídica, direitos de propriedade e cumprimento dos contratos é um pressuposto para o desenvolvimento das nações, e não o inverso.

Procurando correlacionar as teses e conclusões apresentadas nesse estudo com o caso objeto de análise, infere-se que não podem ser integralmente aplicadas, pois se referem a situações que apresentam peculiaridades relevantes, mas podem ser aproveitadas em certa medida.

Os contratos de arrendamento residencial e de financiamento imobiliário no âmbito dos programas habitacionais, diferentemente dos casos objeto do estudo, não são contratos de natureza exclusivamente privada, mas que fazem parte de um programa governamental que subsidia a aquisição da moradia. Entretanto, mesmo diante desse cenário, é possível refletir se a atuação do Judiciário, no âmbito do procedimento de retomada do imóvel, que aumenta o tempo para sua efetivação prática, de fato contribui para a realização da justiça ou tem seus efeitos superados pelas externalidades negativas.

Em outro estudo, no qual Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes e Andrei Shleifer abordam a correlação entre a origem dos sistemas legais – *common law* ou *civil law* – e o nível de proteção dos investidores externos e da garantia dos direitos de crédito, bem como as suas consequências no âmbito financeiro, é feita referência a uma série de outros estudos, os quais indicam que a maior proteção legal dos direitos de crédito aumenta o tamanho do mercado de crédito, melhora os termos em que os devedores obtêm financiamentos, reduz os requerimentos adicionais, aumenta a confiança em financiamentos de longo prazo, influencia a assunção de risco pelos bancos, dentre outros efeitos.¹³

13. “Better legal protection of creditor rights has been shown to increase the size of debt markets (Djankov et al. 2007; Djankov et al. 2008a, Djankov et al. 2008b; LLSV, 1997, 1998), to improve the terms on which borrowers can raise debt finance (Bae and Goyal, 2009; Qian and Strahan, 2007), to reduce collateral requirements (Davydenko and Franks, 2008; Liberti and Mian, 2010), to increase reliance on long-term as opposed to short-term debt or trade credit (Fabbri and Menichini, 2010; Fan, Titman, and Twite, 2010), to enable affiliates of multinationals to raise more local debt (Desai, Foley, and Hines, 2004), to influence the structure of banking relationships (Barth, Caprio, and Levine, 2004; Esty and Megginson, 2003; Ongena and Smith, 2000), to increase dividend payouts (Brockman and Unlu, 2009), to influence bank risk taking (Acharya, Amihud, and Litov, 2009; Houston et al. 2010), and even to reduce corruption in

Analisando-se mais detidamente alguns desses estudos, cabe destacar os seguintes.

Kee-Hong Bae e Vidhan K. Goyal, no estudo descrito no artigo *Creditor rights, enforcement, and bank loans*,¹⁴ procuraram examinar se e como diferenças na proteção legal do crédito afetam os empréstimos bancários em 48 países, e concluíram que a maior eficiência do sistema legal para garantia da executoriedade de contratos aumenta o tamanho e a duração dos empréstimos e reduz o *spread* bancário. Destaca-se que não é meramente a existência de direitos de crédito, mas a executoriedade dos contratos que tem efeitos nos empréstimos.

Pontua-se que o menor valor dos empréstimos nos países nos quais a garantia do cumprimento dos contratos é fraca sugere que os mutuantes impõem restrições de valor em resposta a ambientes legais incertos, bem como que a menor duração dos empréstimos nesses países sugere que os bancos diminuem a duração para que possam rever suas decisões de empréstimo mais frequentemente e restringir a possibilidade de os mutuários expropriarem os fornecedores de crédito, e, ainda, que as taxas mais altas de *spread* bancário sugerem que os mutuantes requerem uma compensação adicional quando há maior risco à executoriedade do contrato.

Por sua vez, o estudo relatado no artigo *How law and institutions shape financial contracts: the case of bank loans*, de Jun Qian e Phillip E. Strahan,¹⁵ que analisou os termos de contratos de empréstimo em cerca de 60 países, a fim de examinar como esses são afetados pela origem do sistema legal, pelos direitos de crédito, pelos direitos de propriedade, pelo formalismo legal e pelo desenvolvimento financeiro, apresentou, entre outras conclusões, a de que a possibilidade de execução das garantias pelos credores tem um impacto sig-

bank lending to firms (Barth et al. 2009).” (LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES; SHLEIFER, Andrei. Chapter 6: law and finance after a decade of research. In: CONSTANTINIDES, George M.; HARRIS, Milton; STULZ, Rene M (coords.). *Handbook of the economics of finance: asset pricing*. Amsterdam: Editora North Holland, 2012, p. 426-491, v. 2B.).

14. BAE, Kee-Hong; GOYAL, Vidhan K. Creditor rights, enforcement, and bank loans. *Journal of Finance*, v. 64, n. 2, p. 823-860, março 2009.

15. QIAN, Jun; STRAHAN, Phillip E. How laws and institutions shape financial contracts: the case of bank loans. *Journal of Finance*, v. 62, n. 6, p. 2803-2834, dez. 2007.

nificativo nos custos do capital, e nos países em que a proteção legal é fraca, reduzindo a eficácia das garantias, os credores tendem a reduzir a duração dos empréstimos, colocando os devedores sob “rédeas curtas”, e aumentar as taxas de juros, para compensar as possíveis perdas no caso de inadimplemento.

Nessa linha, analisando o papel do Judiciário na proteção do crédito, sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, Jairo Saddi pontua que a relação de causalidade entre insegurança jurídica e custos é explicada pela teoria econômica dos contratos: antes de estabelecer contratos, os agentes calculam as probabilidades de cooperação e não cooperação e consideram o quanto as instituições jurídicas serão capazes de fazer valer os termos do contrato. E, se houver a aplicação segura da lei pelo Judiciário, os riscos do inadimplemento e do acaso diminuirão e os contratantes não precisarão estipular regras para lidar com situações altamente improváveis, que ampliam os custos de transação, nem precisarão incluir no preço o valor das probabilidades de perda no caso de inadimplemento, exigir garantias e calcular a probabilidade de aumento do custo no caso de perda das garantias, incentivando contratos menos custosos, mais simples e com baixo incentivo à ruptura. Por outro lado, quando o Judiciário não garante adequadamente o cumprimento dos contratos, prejudicando a recuperação dos valores, aumenta o custo do crédito e as taxas de juros, por meio do aumento do *spread* bancário.¹⁶

Procurando aplicar tais premissas ao caso em exame neste trabalho, também cabe fazer a ressalva de que no âmbito das políticas governamentais de habitação a concessão de crédito apresenta peculiaridades em relação aos de natureza privada, pois a finalidade última não é o lucro do banco, mas sim a efetivação dos objetivos da política pública.

No entanto, infere-se que, embora com adaptações, e em diferentes graus dentro das diferentes segmentações abrangidas pelos programas governamentais, a estruturação dessas políticas de concessão de crédito leva em consideração as premissas centrais que orientam a concessão do crédito privado, notadamente que o maior risco de não recuperação do crédito e os

16. SADDI, op. cit.

maiores custos para a recuperação do crédito implicam o estabelecimento de condições menos favoráveis para o devedor e/ou a exigência de maiores garantias e condições adicionais. Ou, se não são levadas em consideração tais premissas, isso pode ter a consequência de inviabilizar a sua manutenção.

Nesse ponto, vale pontuar que, no que tange às faixas iniciais do Programa Minha Casa Minha Vida, a grande parcela de subsídio governamental no valor do imóvel afasta mais os contratos daqueles de natureza privada, enquanto nas faixas mais elevadas do PMCMV, especialmente na Faixa 3, e mesmo no Programa de Arrendamento Residencial, considerando que o custo da inadimplência é arcado pela CAIXA, há uma maior aproximação com os contratos privados, havendo uma tendência de que sejam mais influenciados pelas regras de mercado e sigam as tendências observadas nos contratos de financiamento privados. Assim, nesses contratos parece mais provável que a maior dificuldade de retomada do imóvel em caso de inadimplemento, em decorrência de decisões judiciais, possa resultar na alteração das condições de concessão do crédito no âmbito dos programas habitacionais, tornando-as menos favoráveis para os beneficiários.

Por outro lado, observa-se que o ponto em que o Programa Minha Casa Minha Vida, vem encontrando maiores dificuldades é precisamente na Faixa 1, que alcança as pessoas com menor faixa de renda e recebe maiores subsídios governamentais.

Como já apontado anteriormente, ao tratar dos riscos da inadimplência, nesse segmento o Estado já arca com a maior parte do curso do imóvel, e os custos decorrentes da inadimplência parecem ter pouca relevância. Entretanto, em um âmbito no qual o investimento estatal já é muito alto, e diante de um contexto de redução dos gastos públicos, o aumento dos custos decorrentes da inadimplência, em razão da maior dificuldade para a retomada do imóvel, pode agravar ainda mais a sustentabilidade do programa. E, para o público-alvo dessa faixa, é complicado impor condições mais gravosas, de forma que a insustentabilidade do modelo tende a impossibilitar a manutenção da política pública nesse segmento.

Nesse ponto, Lucas Ambrózio e Lauro Gonzales relatam, a partir de entrevistas realizadas com dirigentes da CAIXA, que os custos de cobrança e administração dos contratos da Faixa 1 chegariam a ser superiores aos prejuízos com a inadimplência, de forma que a cobrança das prestações seria mais uma decisão política para afastar o caráter de doação.¹⁷ Vislumbra-se, então, que os custos de cobrança representam um incentivo negativo à recuperação do crédito, e, não havendo a execução dos contratos, há um incentivo negativo ao adimplemento, instaurando-se um círculo vicioso que agrava ainda mais a situação.

Diante desse cenário, há anos vem sendo defendida a necessidade de mudanças na Faixa 1 do programa,¹⁸ como as propostas por Lucas Ambrózio e Lauro Gonzales no artigo anteriormente citado, que sugerem a adoção de inovações trazidas por modelos de microcrédito para reduzir a inadimplência.

Observa-se que o atual governo já implementou algumas mudanças, inicialmente com redução de investimentos, e posteriormente com a instituição do Programa Casa Verde e Amarela,¹⁹ que, como já pontuado, corresponde, em verdade, a uma reformulação do Programa Minha Casa Minha Vida, com algumas alterações.

Observa-se que houve uma alteração relevante na Faixa 1 do programa, antes direcionada para a faixa de renda de até R\$ 1,8 mil e sem aplicação de juros, a qual foi fundida com a antiga Faixa 1,5, que se direcionava para a renda de até R\$ 2,6 mil e tinha aplicação de juros. Atualmente, a Faixa 1 é direcionada à faixa de renda de até R\$ 2 mil (R\$ 2,6 mil para as regiões

17. AMBROSIO, Lucas; GONZALEZ, Lauro. O Programa Minha Casa Minha Vida e as tecnologias de microcrédito: contribuições para uma agenda de pesquisa. *Desenvolvimento em Questão*, v. 17, p. 130, 2019.

18. Vide, exemplificativamente, reportagens publicadas na revista *Veja* (CRISE faz aumentar calote no Minha Casa Minha Vida. *Veja*, São Paulo, 1 jun. 2015. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/crise-faz-aumentar-calote-no-minha-casa-minha-vida/>. Acesso em: 2 fev. 2020.) e no jornal *Gazeta do Povo* (INADIMPLÊNCIA é maior na baixa renda do Minha Casa Minha Vida. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 8 jun. 2014. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/inadimplencia-e-maior-na-baixa-renda-do-minha-casa-minha-vida-9ayv2ssyww2ti-6tool7sfp4r2/>. Acesso em: 2 fev. 2020.).

19. Vide Lei nº 14.118/2021, oriunda da conversão da Medida Provisória nº 996/2020.

Norte e Nordeste), com aplicação de juros. Por outro lado, houve redução nas taxas de juros em todas as faixas.

Não se pode desconsiderar que, em se tratando de programas governamentais, há uma grande influência política, e as ações empreendidas refletem as posições políticas e as prioridades estabelecidas pelo governo. Entretanto, o problema da inadimplência na Faixa 1 do PMCMV já era há muito apontado como um obstáculo à sustentabilidade do programa, sendo possível inferir que isso teve influência no estabelecimento de condições menos favoráveis para o devedor da menor faixa de renda, por ocasião da reformulação do programa, com a supressão da isenção de juros nessa faixa.

É difícil mensurar em que medida as posturas do Judiciário contribuem para o agravamento da inadimplência e/ou para o agravamento de seus custos, mas, diante dos dados e estudos aqui apresentados, parece clara a existência de uma correlação.

Outro efeito da manutenção na posse do imóvel de arrendatário inadimplente, mais direto, é a impossibilidade de se redirecionar o imóvel a outro potencial beneficiário, com condições de cumprir as obrigações contratadas. Assim, embora seja resguardado o direito à moradia de uns, deixa-se de atender a outros.

E, de uma maneira mais abrangente, todo prejuízo à sustentabilidade da execução do programa habitacional tem como efeito subsequente a inviabilidade de seu oferecimento a novos beneficiários.

Por outro lado, vale lembrar que a retomada do imóvel e o seu redirecionamento a um novo beneficiário, com a realização de nova contratação, também acarreta altos custos para a CAIXA.

4. CONCLUSÕES

Analisando-se as consequências potenciais advindas de decisões judiciais que negam a reintegração de posse em sede liminar, no âmbito de ações de reintegração de posse relacionadas a imóveis vinculados a programas

habitacionais governamentais, com fundamento na proteção ao direito à moradia, identificaram-se impactos positivos e negativos.

Por um lado, a negativa da reintegração liminar evita os efeitos deletérios que a reintegração causaria aos moradores, que seriam peremptoriamente privados de suas moradias, possivelmente ingressando em situação de vulnerabilidade social. Ademais, a possibilidade de instauração do contraditório reduz os custos de transação e, com isso, abre espaço para a autocomposição das partes e o pagamento ou a renegociação da dívida, além de evitar os custos da transferência do imóvel para outro beneficiário.

Por outro lado, a fragilização, pelo Judiciário, do mecanismo célere de retomada do imóvel, em caso de quebra contratual, tem o potencial de gerar o agravamento da dívida, configurar incentivo negativo para o cumprimento das obrigações contratuais e agravar os custos da inadimplência, podendo prejudicar a sustentabilidade dos programas habitacionais nos moldes em que foram formulados, tanto em relação aos contratos que mais se aproximam daqueles de natureza eminentemente privada como naqueles em que há maior subsídio governamental. É difícil, porém, mensurar em que medida ocorrem esses impactos, cuja existência é muito estudada no âmbito do crédito privado, mas pouco explorada no âmbito do crédito direcionado por políticas públicas.

Cabe observar, porém, que as consequências negativas estão intimamente ligadas ao tempo decorrido entre a propositura da ação e a efetiva retomada do imóvel, agravando-se com o decurso do tempo, à medida que se prolonga a insegurança jurídica e os efeitos adversos da manutenção do inadimplemento.

Negada a medida liminar e postergada a análise do cabimento da reintegração para o momento da sentença, tende-se a retardar por um intervalo de tempo considerável a possível retomada do imóvel. Todavia, havendo a possibilidade de se reduzir esse tempo, poderiam ser aproveitados os efeitos positivos de se oportunizar o contraditório, sem uma incidência tão acentuada dos efeitos negativos do retardamento da possibilidade de retomada do imóvel.

Nesse sentido, uma alternativa seria proporcionar o contraditório em prazo reduzido e reapreciar o pedido de reintegração na sequência. Trata-se de medida que foge ao rito processual padrão previsto na lei processual, mas que poderia contribuir para a equalização dos impactos da decisão no caso em questão.

Reitera-se que o presente trabalho não buscou analisar o acerto das decisões judiciais mencionadas, o que dependeria de uma análise aprofundada das questões jurídicas subjacentes, especialmente do direito à moradia e da ponderação dos interesses em conflitos. Todavia, entende-se que a análise das consequências aqui apontadas pode contribuir para a análise jurídica.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty*. 1. ed. Nova York: Crown Publishers, 2012.
- AMBROSIO, Lucas; GONZALEZ, Lauro. O Programa Minha Casa Minha Vida e as tecnologias de microcrédito: contribuições para uma agenda de pesquisa. *Desenvolvimento em Questão*, v. 17, p. 130, 2019.
- BAE, Kee-Hong; GOYAL, Vidhan K. Creditor rights, enforcement, and bank loans. *Journal of Finance*, v. 64, n. 2, p. 823-860, mar. 2009.
- CUCOLO, E. Cresce calote no Minha Casa, Minha Vida. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 01 jun. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/06/1636053-cresce-calote-no-minha-casa-minha-vida.shtml>. Acesso em: 1 fev. 2020.
- DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. Courts. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 118, n. 2, p. 453-517, maio 2003.
- FRAGA, Luana dos Santos; VIEIRA, Kelmara Mendes. *Quem são os inadimplentes do Programa Minha Casa Minha Vida?* Analisando a associação da inadimplência com variáveis socioeconômicas e de gerenciamento financeiro. In: FGV EAESP – GVcef – 03º Encontro Brasileiro de Economia e Finanças Comportamentais. Repositório Digital da FGV, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18894>. Acesso em: 1 fev. 2020.

- INADIMPLÊNCIA é maior na baixa renda do Minha Casa Minha Vida. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 8 jun. 2014. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/inadimplencia-e-maior-na-baixa-renda-do-minha-casa-minha-vida-9ayv2ssyww2ti-6tool7sfp4r2/>. Acesso em: 2 fev. 2020.
- LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES; SHLEIFER, Andrei. Chapter 6: law and finance after a decade of research. In: CONSTANTINIDES, George M.; HARRIS, Milton; STULZ, Rene M (coords.). *Handbook of the economics of finance: asset pricing*. Amsterdam: Editora North Holland, 2012. p. 426-491, v. 2B.
- MINISTÉRIO DAS CIDADES. Caixa Econômica Federal. Fundo de Arrendamento Residencial. Relatório de Gestão do Exercício de 2016. Disponível em: https://mdr.gov.br/images/stories/acessoainformacao/relatoriodegestao/2016/idSisdoc_12583569v1-09---RelatorioGestao-Fundo-de-Arrendamento-Residencial.pdf. Acesso em: 14 jan. 2020.
- PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.
- QIAN, Jun; STRAHAN, Phillip E. How laws and institutions shape financial contracts: the case of bank loans. *Journal of Finance*, v. 62, n. 6, p. 2803-2834, dez. 2007.
- SADDI, Jairo. Direito e Economia no Mercado de Crédito. In: PINHEIRO, Armando Castelar, PORTO, Antônio J. Maristrello, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e Economia: diálogos..* Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 148-176.
- SARDENBERG, Rubens. Crédito e desenvolvimento econômico. In: PINHEIRO, Armando Castelar, PORTO, Antônio J. Maristrello, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p.148-176.
- TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O papel do direito comparado na globalização. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 16, p. 150-158, jan./jul. 2000.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Gabinete da conciliação: estatística. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/conciliar/estatistica/>. Acesso em: 28 jan. 2021.
- CRISE faz aumentar calote no Minha Casa Minha Vida. *Veja*, São Paulo, 1 jun. 2015. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/crise-faz-aumentar-calote-no-minha-casa-minha-vida/>. Acesso em: 2 fev. 2020.

Breves notas sobre a economia do compartilhamento e seus desafios jurídico-regulatórios

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo

“Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o ‘dever-ser’ normativo e o ‘ser’ da realidade social.”¹

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho examina os desafios jurídico-regulatórios diante da economia compartilhada, com abordagem relacionada à utilização dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo para solucionar eventuais tensões exis-

1. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

tentes entre empresas de tecnologia, inseridas em plataformas globais, e a promoção da tutela do interesse público em setores com características próprias, como, por exemplo, o transporte e a habitação.

Inicialmente, falaremos sobre a importância da Análise Econômica do Direito (AED). Posteriormente, mostraremos como as novas formas de comunicação difundidas pela Internet abrigam plataformas que oferecem prestação de serviços com nova roupagem e propagam novas relações de trabalho, cabendo-nos questionar se os diplomas legais existentes em nosso ordenamento jurídico estão a necessitar de reinvenção de conceitos e de instrumentos jurídicos aptos para tutelar essa nova realidade que se apresenta, promovendo a proteção dos conflitos decorrentes desse novo espectro social.

Apresentaremos a economia do compartilhamento, ou economia compartilhada, enumerando as suas principais características, vantagens e desvantagens. Ressaltaremos a importância da economia compartilhada para a sociedade.

Demonstraremos, sem a pretensão de esgotar a matéria, que a temática sobre a economia do compartilhamento constitui um desafio jurídico e está a exigir um novo olhar sobre o seu enfoque regulatório por parte do operador do direito, bem como está a solicitar a edição de diplomas legais e jurídicos que ensejem suporte na tutela de direitos fundamentais e dos interesses públicos envolvidos, tais como direitos constitucionais, trabalhistas, de propriedade e de transportes, tributários, relativos ao meio ambiente, entre outros, sem ter o condão de obstar a inovação e a criatividade inerentes a essas instituições tecnológicas.

Por fim, revelaremos que o papel da regulação dessa atividade de economia do compartilhamento parece ser imprescindível para a promoção de seu estímulo, extirpando-se inesperadas assimetrias de informações geradoras de eventuais máculas aos direitos fundamentais, mantendo-se essa nova forma de oferta de prestação de serviços disponível para a sociedade em plataformas digitais mundiais, que são eficazes e de grande utilidade social.

2. A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Antônio José Maristrello Porto diz que:

[...] a AED permite acessar os diferentes graus de lógica econômica em praticamente todas as áreas do Direito, abrangendo das causas de pedir em demandas judiciais à estrutura gerencial e administrativa do Poder Judiciário. [...], essa corrente oferece alternativas práticas para o dia a dia do Direito, podendo ser de grande utilidade para profissionais da área.²

José Vicente Santos de Mendonça e Thiago Cardoso Araújo³ assinalam que os princípios constitucionais podem ser interpretados à luz da eficiência e do utilitarismo e destacam que a AED procura dotar o Direito de mais uma possibilidade de avaliação dos fenômenos sociais, intuito que interessa ao presente estudo.

Pensamos que a Análise Econômica do Direito é uma metodologia que pode chegar a uma consequência, devendo-se procurar a eficiência, que é um dos objetivos perseguidos pelo sistema constitucional brasileiro.

Assim, a Análise Econômica do Direito deve explicitar quais valores são os procurados, prestigiando-se a eficiência, que procurará maximizar recursos financeiros como um estabilizador social.

Segundo José Vicente Santos de Mendonça e Thiago Cardoso Araújo,⁴ a obra do juiz norte-americano Richard Posner sobre uma evolução em seu pen-

2. PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de Análise Econômica do Direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 48.

3. MENDONÇA, José Vicente Santos de; ARAÚJO, Thiago Cardoso. O jardim das veredas que se bifurcam e a Análise Econômica do Direito no Brasil. *JOTA*, 2018, p. 4. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-jardim-das-veredas-que-se-bifurcam-e-a-analise-economica-do-direito-no-brasil-01062018>. Acesso em: 29 maio 2020.

4. *Ibidem*, p. 7.

samento, pode ser demonstrada da seguinte forma: (i) de 1973 até a publicação de *Economics of Justice*, em 1981, Posner é utilitarista e adota eficiência de Pareto como objetivo a ser perseguido no ordenamento jurídico e seu fundamento ético é o consentimento; (ii) de 1981 até o início da década de 1990, com o advento de *Problems of Jurisprudence*, a maximização de riqueza fundada em compensação *ex ante* e funcionalizada por meio da eficiência Kaldor-Hicks passa a ser tida como ideal do Direito; (iii) na década de 1990 até os dias atuais, Posner está mais pragmático e se afasta da AED de Chicago, refutando a tese de que a eficiência explica e deve orientar toda a experiência jurídica.

Com efeito, “a avaliação de custos individuais e a comparação destes com os custos sociais, em dada situação recorrente no sistema judicial brasileiro, pode nos mostrar que o Estado está, na verdade, fornecendo incentivos errados aos operadores do Direito”.⁵

Ivo Teixeira Gico Júnior⁶ relata que há diversos diplomas legais em nosso ordenamento jurídico, como os artigos 37, 74, 144, § 7º, da Constituição Federal e o artigo 8º do Código de Processo Civil, que retratam a importância da busca pela eficiência, não obstante inexista uma definição jurídica para eficiência, motivo pelo qual, segundo o autor, os critérios de Pareto e de Kaldor-Hicks podem ser usados como mecanismos de aferição de eficiência, e as análises custo-benefício e de impacto regulatório podem ser empregadas em casos concretos, utilizando-se, por fim, conceitos tradicionais de eficácia, eficiência e efetividade da Administração, de forma sistemática e integrada no ordenamento jurídico.

Urge, portanto, destacar a importância da AED, pois se trata de um instrumento a ser utilizado pelo jurista para acrescentar uma visão ao direito, tornando o sistema legal capaz de compreender os fenômenos jurídicos, cada vez mais complexos, num mundo globalizado, em que são exigidas soluções uniformes.

5. *Ibidem*, p. 6.

6. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 3-5, nov. 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/350380137_Bem-Estar_Social_e_o_Conceito_de_Eficiencia_Social_Welfare_and_the_Concept_of_Efficiency. Acesso em: 24 maio 2021.

3. ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO: CONTEXTO E CONTORNOS

Rachel Botsman e Roo Rogers⁷ destacam que, em 2007, durante a conferência anual de *design* industrial, em São Francisco, Ghesky e Gebbia necessitavam angariar dinheiro e locaram um quarto de seu *loft*, recebendo valor considerável, o que os impulsionou, juntamente com Nathan Blecharczyk, desenvolvedor de Internet, à criação de um *site* simples, no começo de 2008, para visitantes que quisessem quartos com moradores locais dispostos a alugar um espaço extra, nascendo, assim, o Airbnb.com, cujo “nome surgiu da ideia de que com a Internet e um quarto livre, qualquer um pode ser tornar um anfitrião”, explica Blecharczyk, surgindo, assim, o consumo colaborativo.

De acordo com os mesmos autores, as redes sociais, redes inteligentes e tecnologias em tempo real permitem a criação de sistemas inovadores baseados no uso compartilhado, tal como ocorre com carros e bicicletas, propiciando benefícios ambientais significativos, ao aumentar a eficiência do uso e reduzir o desperdício, incentivar a produção de mercadorias melhores, absorvendo os excedentes criados pelo excesso de produção, sistemas esses com embasamento na crença do bem comum e confiança entre estranhos.⁸

O consumo colaborativo baseia-se nas tecnologias e nos comportamentos de redes sociais *on-line*, estimulando-se uma exploração mais consciente e sustentável, com a preservação do meio ambiente.⁹

Carlos Ragazzo,¹⁰ por sua vez, diz que economia do compartilhamento, ou economia compartilhada, surgiu em 2008, nos Estados Unidos, como fruto da recessão econômica que assolou aquele país, em face da queda da Bolsa de

7. BOTSCHAN, Rachel; ROGERS, Roo. *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Tradução de Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011, p. X. E-book.

8. BOTSCHAN; ROGERS, op. cit., p. XIV-XV.

9. *Ibidem*, p. XVIII.

10. RAGAZZO, Carlos. O direito e a economia do compartilhamento. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 572.

Valores, o que acarretou a busca de serviços e produtos mais acessíveis pelos cidadãos norte-americanos, adotando-se o paradigma de consumo baseado no uso, e não na propriedade, utilizando-se os recursos com maior eficiência.

O mesmo autor cita como características da economia de compartilhamento: (i) a diminuição da assimetria de informações entre contratados e contratantes; (ii) a possibilidade de tornar os serviços mais escaláveis, a partir de ativos já existentes e disponíveis no mercado; e (iii) eficiência trazida pelo uso compartilhado, representada pela criação de empregos, mobilidade social, desenvolvimento de habilidades, comodidade para os usuários, transparência e alfabetização digital.¹¹

Pensamos que a economia de compartilhamento surge como uma solução ao adensamento da sociedade de consumidores, para a qual a ideia do consumo é substituída pela ideia do uso de um bem, não sendo necessário possuí-lo, redimensionando-se, por consequência, o conceito de “necessidade”.

A posse do bem é suficiente, não havendo necessidade de ter a propriedade do bem, aproveitando-se, assim, racionalmente, o bem existente no mercado. A tecnologia é o catalisador para que haja o compartilhamento do bem ou serviço.

Dessa forma, a economia do compartilhamento utiliza a tecnologia, em especial da Internet, na qual o dado do indivíduo exerce um papel primordial, gerando uma nova configuração dos modelos de negócios da economia tradicional, marcado pelo dinamismo e fluidez das informações, reuso de produtos e sustentabilidade, com interação entre os usuários e prestadores de serviços.

As empresas de economia do compartilhamento conectam prestadores de serviço, ou pessoas com a finalidade de vender ou compartilhar um bem, e usuários; a empresa que operacionaliza a plataforma cobra uma porcentagem do valor arrecadado e oferece ferramentas de avaliação que promovem a minoração da assimetria de informação e segurança para prestadores de serviço e usuários, havendo o aumento da confiança e a diminuição dos riscos associados ao negócio.¹²

11. *Ibidem*, p. 575-576.

12. *Ibidem*, p. 579.

Portanto, em síntese, são principais características dessa economia: o compartilhamento de bens ociosos; o emprego da tecnologia como facilitador; a diminuição da assimetria de informação entre vendedores e compradores; e o aumento do controle de qualidade pelos usuários.

Podemos exemplificar como empresas de economia do compartilhamento atuando no mercado brasileiro: Uber (transporte); Airbnb (hospedagem); Consulta do Bem (saúde); Enjoei (roupas e bens usados); Ifood (alimentação); Diligeiro (serviços jurídicos); Click Babá (cuidados).

Sob o enfoque de um aplicativo dos serviços, por exemplo, de hospedagem: em se tratando de economia do compartilhamento, a posse do bem é suficiente, não sendo necessário ter a propriedade do bem, aproveitando-se racionalmente o bem que existe no mercado, como, por exemplo, a locação para temporada de um apartamento pelo aplicativo.

A eficiência trazida ao consumidor é evidente, ao inovar o sistema tradicional de hospedagem, proporcionando o uso inteligente de espaços e acomodações ociosos; como nos outros casos de *sharing economy*, ao haver o compartilhamento dos bens ociosos e utilização da tecnologia como facilitadora, diminui a assimetria da informação entre os usuários e aumenta o controle de qualidade.

Com relação a um aplicativo de transporte individual de passageiros, por exemplo, podemos dizer que existe diminuição da assimetria de informação entre usuários da plataforma (motoristas) e usuários clientes e o aumento da qualidade pelos usuários, à medida que o aplicativo pode atribuir pontuação ao prestador e ao tomador do serviço.

Entretanto, como as plataformas de tecnologia podem ter o controle regulador, ao eventualmente adotar decisões para regulamentar a conduta do usuário, parece ser necessária a regulação normativa para potencializar a eficiência do serviço.

Além disso, a compreensão dos sistemas jurídico e tributário é importante no momento de ampliar operações de compartilhamento para outros

países, e a falta de conhecimento nessa área pode se tornar uma barreira para essas empresas.¹³

Dessa forma, há casos de eventuais tensões regulatórias geradas pelas empresas de economia do compartilhamento, como, por exemplo, nas seguintes áreas do Direito: (i) propriedade intelectual; (ii) responsabilidade das plataformas; (iii) questões trabalhistas; (iv) questões tributárias; (v) questões de privacidade; (vi) questões de direito do consumidor; entre outras, as quais serão objeto de breve análise no tópico seguinte deste estudo.

4. DESAFIOS JURÍDICO-REGULATÓRIOS E A ECONOMIA COMPARTILHADA

José Luís Saldanha Sanches refere que:

[...] a regulação [...] é apenas a criação de normas jurídicas que vão disciplinar o exercício de certas atividades, um especial modo de acesso a certos bens ou o exercício de certas atividades comerciais. Em certas áreas da economia no sentido de intervenção estatal nessas mesmas áreas. Disciplina legal de certos sectores *versus* a pura e simples ordenação do mercado.¹⁴

Carlos Ragazzo¹⁵ destaca que o conceito de regulação na área jurídica está relacionado ao estabelecimento de normas e regras para disciplinar o exercício de certa atividade, bem como estabelecer os direitos e as obrigações de determinado setor.

13. WAGNER, Thomas; KUHNDT, Michael; LAGORMARSINO, Jeffrey; MATTAR, Helio. *Escutando iniciativas de economia compartilhada*: relatório de uma pesquisa global. Tradução de Philip Reed. 2015, p. 27. Disponível em: <https://www.scp-centre.org/wp-content/uploads/2015/05/EconomiaCompartilhada.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

14. SANCHES, José Luís Saldanha. A regulação: história breve de um conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 60, n. 1, p. 5, 2000.

15. RAGAZZO, op. cit., p. 581-582.

Segundo o mesmo autor, o fundamento para uma intervenção regulatória seria a manutenção ou o restabelecimento do equilíbrio de determinado sistema.

Acreditamos que a regulação é um meio para a eliminação de contradições, com a implantação de regras e normas que asseguram o equilíbrio entre direitos e obrigações.

Por sua vez, Ragazzo diz que a regulação econômica tem como objetivos: a correção de falhas do mercado; a minimização de externalidades negativas; a diminuição de assimetria de informação; a promoção de bens públicos e de mercados competitivos; e a maximização do bem-estar econômico.

José Luís Saldanha Sanches¹⁶ questiona se “a regulação de novos objetos, como a Internet, deverá esta ser regulada por normas estatais ou ser objeto de autorregulação”, destacando que “a regulação da desregulação é em si mesmo um problema jurídico: e sua admissibilidade levanta problemas jurídicos, muitas vezes de nível constitucional, tão sérios como a regulação”.

Julie Cohen¹⁷ diz que as instituições jurídicas devem mudar para atender às demandas da época e, por isso, a ascendência das plataformas deve produzir novas relações jurídicas e novos acordos institucionais. Entretanto, afirma que todos os detalhes e até aqueles que parecem não valer comentários, podem gerar efeitos sistêmicos profundos.

A autora revela que a plataforma tornou-se um dos principais vetores de desestabilização institucional e indaga quais seriam os melhores caminhos para uma evolução institucional.

Julie Cohen¹⁸ propõe que seja feita uma reflexão sobre até que ponto as instituições jurídicas devem se curvar ao serviço do poder econômico emergente e finaliza, dizendo que “lei para a economia de plataforma está sendo escrita ao nosso redor; é hora de prestar atenção”.

16. SANCHES, op. cit., p. 11-12.

17. COHEN, Julie E. Law for the platform economy. *UC Davis Law Review*, v. 51, n. 1, p. 204, nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2JdAm7p>. Acesso em: 5 mar. 2021.

18. Ibidem.

Benjamin Edelman e Damien Geradin¹⁹ assinalam que a tarefa para revisar a regulamentação aplicável parece ser obrigatória, não obstante a dificuldade para fazê-lo.

Segundo os autores, a inovação está em andamento, e inúmeros setores estão fadados a enfrentar novas mudanças, tal como no caso da chegada iminente de carros sem motorista, o que acarretará conflito com os regulamentos adotados há décadas anteriores, impondo restrições que não fazem sentido, quando os veículos são conduzidos por máquinas, em vez de seres humanos.

Nesse sentido, os autores propõem que a regulamentação não deva impedir o lançamento desses e de outros serviços valiosos, os quais têm grande eficiência e oferecem outros benefícios para consumidores, concluindo no sentido de que as atualizações são inevitáveis.

Dennys Antonialli e Fernando Perini²⁰ sugerem a criatividade regulatória como uma das chaves para conciliar os dilemas que o Direito poderia impor a esses modelos de negócios colaborativos: a autorregulação ou a regulação experimental seriam opções para a implementação desses modelos como aliados do desenvolvimento.

Benjamin Edelman e Damien Geradin²¹ propõem a autorregulação das plataformas, ao dizerem que se uma plataforma de *software* fornece apenas eficiências, mas não gera externalidades negativas, a plataforma será adotada sem nenhuma ou com pouquíssimas objeções.

Os autores assinalam que as disputas são prováveis quando um serviço combina eficiências com problemas regulatórios.

19. EDELMAN, Benjamin G.; GERADIN, Damien. Efficiencies and regulatory shortcuts: how should we regulate companies like airbnb and uber? *Stanford Technology Law Review*, v. 19, n. 2, p. 308, 2016. Disponível em: <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/11/19-2-4-edelman-geradin-final.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2021.

20. ANTONIALLI, Dennys; PERINI, Fernando. A economia do compartilhamento em países em desenvolvimento: mapeando novos modelos de negócio e tensões regulatórias. In: ZANATTA, Rafael A. F.; PAULA, Pedro C. B. de; KIRA, Beatriz (org.). *Economias do compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 343.

21. EDELMAN; GERADIN, op. cit., p. 327.

Para realmente provar sua excelência, esses serviços devem competir em igualdade de condições, o que significa abdicar de vantagens anteriores baseadas em ignorar a lei.

Por outro lado, cabe dizer que pensamos que a regulação da economia de compartilhamento colocasse como um desafio para os juristas de diversas áreas, pois há um desparelhamento entre as inovações dos modelos de negócios e as regras existentes para tutelar formas tradicionais de prestação de serviços.

Ademais, o tema que envolve a regulação jurídica das plataformas também constitui um desafio, na medida em que a privatização do controle regulador pode gerar eventuais ofensas aos direitos fundamentais, como o direito à intimidade ou à livre manifestação do pensamento, por exemplo.

Com efeito, a partir do momento em que provedores de aplicação assumem poderes de interdição, ou de bloqueio de fluxo de informações, tomando decisões sobre a liberdade de manifestação do usuário, ou regulando a conduta do tomador de serviço, pode-se dizer que há a privatização do controle regulador.

Cumprе ressaltar que a assimetria de informações em contratos de adesão da rede, na qual o usuário foi obrigado a aderir para obter a prestação do serviço, nos quais, muitas vezes, há a apropriação de dados pessoais, são pontos que devem ser levados em consideração para o estudo da celeuma em tela.

Anote-se que, sem olvidar o advento da Lei Geral de Proteção de Dados e, de outro lado, do disposto pela Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, o fato é que a assimetria entre empresas de tecnologia e os diplomas legais nacionais de tutela de direitos fundamentais, quer sob os enfoques constitucional, trabalhista, tributário e concorrencial, entre outros, está a exigir uma cooperação multilateral entre países e reguladores, para fixar e estabelecer estruturas jurídico-regulatórias globais, já que as plataformas de tecnologia ultrapassam as fronteiras geográficas dos países envolvidos e, ao mesmo tempo que são extremamente eficientes e úteis, também podem,

em caso de inesperada assimetria de informações, por exemplo, malferir direitos fundamentais consagrados e tutelados desde o século XX.

Assim, procurando manter a inovação das empresas de tecnologia, mantendo a eficiência e a utilidade na prestação dos serviços oferecidos, urge que seja eleita uma forma regulatória apta para conter eventuais e inesperados excessos que possam malferir direitos constitucionais internacionais.

Cabe, portanto, ao Poder Legislativo e aos órgãos reguladores, como o CADE, por exemplo, cuidar da matéria em tela, até que se tenha o advento de mecanismos de proteção multilaterais, firmados em tratados internacionais.

Paralelamente à adesão aos tratados internacionais que venham a tutelar o exercício de direitos e garantias fundamentais na rede, pensamos que, no âmbito jurisdicional e de conflito, o Poder Judiciário pode se valer do diálogo entre Cortes, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ou do controle de convencionalidade, sob o enfoque jurisdicional em geral, para, eventualmente, responsabilizar as plataformas, após o devido processo legal, em que reste comprovado eventual dano e nexos de causalidade, preservando-se, dessa forma, o caráter útil e eficaz da economia de compartilhamento.

5. CONCLUSÕES

Os princípios constitucionais podem ser interpretados à luz da eficiência e do utilitarismo e revelam que a AED procura dotar o Direito de mais uma possibilidade de avaliação dos fenômenos sociais.

A AED é importante, pois se trata de um instrumento a ser utilizado pelo jurista para acrescentar uma visão ao Direito, tornando o sistema legal capaz de compreender os fenômenos jurídicos cada vez mais complexos, num mundo globalizado em que são exigidas soluções uniformes.

A economia de compartilhamento surge como uma tábula rasa ao adensamento da sociedade de consumidores, em que a ideia do consumo é substituída pela ideia do uso de um bem, não sendo necessário possuí-lo, redi-

mensionando-se, por consequência, o conceito de “necessidade”. A posse do bem é suficiente, não havendo necessidade de ter a propriedade do bem, aproveitando-se, assim, racionalmente o bem existente no mercado.

A tecnologia é o catalisador, para que haja o compartilhamento do bem ou serviço. Dessa forma, a economia do compartilhamento utiliza a tecnologia, em especial da Internet, na qual o dado do indivíduo exerce um papel primordial, gerando uma nova configuração dos modelos de negócios da economia tradicional, marcado pelo dinamismo e fluidez das informações, reúso de produtos e sustentabilidade, com interação entre os usuários e prestadores de serviços.

As novas formas de comunicação difundidas pela Internet abrigam plataformas que oferecem prestação de serviços com nova roupagem e propagam novas relações de trabalho, estando a necessitar de reinvenção de conceitos e de instrumentos jurídicos aptos para tutelar essa nova realidade, promovendo, assim, a tutela de eventuais conflitos decorrentes desse novo espectro social.

A regulação da economia do compartilhamento constitui um desafio, para que eventual regulação não impeça a criatividade e inovação dessa forma efetiva de prestação de serviços.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTONIALLI, Dennys; PERINI, Fernando. A economia do compartilhamento em países em desenvolvimento: mapeando novos modelos de negócio e tensões regulatórias. In: ZANATTA, Rafael A. F.; PAULA, Pedro C. B. de; KIRA, Beatriz (org.). *Economias do compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 311-346.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Tradução de Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011. *E-book*.

- COHEN, Julie E. Law for the platform economy. *UC Davis Law Review*, v. 51, n. 1, p. 133-204, nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2JdAm7p>. Acesso em: 5 mar. 2021.
- EDELMAN, Benjamin G.; GERADIN, Damien. Efficiencies and regulatory shortcuts: how should we regulate companies like airbnb and uber? *Stanford Technology Law Review*, v. 19, n. 2, p. 293-328, 2016. Disponível em: <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/11/19-2-4-edelman-geradin-final.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2021.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, nov. 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/350380137_Bem-Estar_Social_e_o_Conceito_de_Eficiencia_Social_Welfare_and_the_Concept_of_Efficiency. Acesso em: 24 maio 2021.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de; ARAÚJO, Thiago Cardoso. O jardim das veredas que se bifurcam e a Análise Econômica do Direito no Brasil. *JOTA*, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-jardim-das-veredas-que-se-bifurcam-e-a-analise-economica-do-direito-no-brasil-01062018>. Acesso em: 29 maio 2020.
- PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de Análise Econômica do Direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 25-50.
- RAGAZZO, Carlos. O direito e a economia do compartilhamento. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 571-597.
- SANCHES, José Luís Saldanha. A regulação: história breve de um conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 60, n. 1, p. 5-22, 2000.
- WAGNER, Thomas; KUHNDT, Michael; LAGORMARSINO, Jeffrey; MATTAR, Helio. *Escutando iniciativas de economia compartilhada: relatório de uma pesquisa global*. Tradução de Philip Reed. 2015. Disponível em: <https://www.scp-centre.org/wp-content/uploads/2015/05/EconomiaCompartilhada.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

A tese do repasse do custo fiscal (passing-on defense) e uma análise jurídico-econômica do art. 166 do CTN

revisitando o problema da legitimidade para a repetição do indébito de tributos indiretos

Tiago Bitencourt De David

1. INTRODUÇÃO

O propósito do presente estudo consiste na análise a respeito da correlação entre a variação da carga tributária incidente no processo produtivo e o preço pago pelo destinatário final do bem ou serviço, identificando quem realmente arca com o ônus em caso de majoração dos tributos incidentes e quem possui legitimidade para buscar a tutela jurisdicional para afastar a ameaça de exação indevida e a repetição do tributo indevidamente pago.

Em outras palavras, será objeto de análise a assertiva consistente na afirmação de que todo aumento da carga tributária é repassado ao consumidor, pois implica aumento *pari passu* do preço, afastando, assim, a legitimidade para que os empresários possam postular a prestação jurisdicional para inibir a tributação abusiva e para buscar a devolução do quanto ilegalmente recolhido aos cofres públicos, alegação defensiva que se tornou conhecida em outros países como *passing-on defence*.¹

Será aferida, ainda, a situação jurídica do terceiro que é onerado pela carga tributária incidente na cadeia produtiva e a possibilidade de insurgência contra exigências fiscais indevidas.

Essa investigação se justifica na medida em que a pressuposição de que o consumidor é quem, ao fim e ao cabo, arca com o aumento de tributos, pode ser utilizada para justificar aumentos da carga tributária mediante a sustentação de que o setor onerado não sofreria impacto algum, de que seria indiferente à majoração do peso fiscal. De igual modo, a mesma premissa pode ser utilizada para negar aos empresários o direito de ver restituídos tributos pagos por força de uma exigência indevida, sob o pálio de que houve o repasse no preço e que somente o destinatário final poderia irresignar-se contra a exação abusiva.

A partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e utilizando como marco metodológico uma abordagem que aproxima Direito e Economia (*Law & Economics*), será observado se e em quais condições há o integral repasse do aumento da tributação ao consumidor final por meio do aumento do preço, e quais as posições jurídicas ocupadas pelos contribuintes de Direito e de fato no sistema jurídico brasileiro.

Na primeira parte do escrito, composta pelos itens 2 e 3, será examinada a repercussão econômica do tributo e sua influência como pressuposto de uma reforma tributária, ao passo que na segunda parte do presente capítulo (itens 4 e 5) será examinado como o Direito trata a

1. Em inglês britânico, a grafia é diversa, a saber: *passing-on defence*.

transferência da carga tributária ao próximo elo da cadeia econômica. Assim, será abordado o problema da transação do custo fiscal e conhecido o modo pelo qual o Direito reconhece a realidade econômica e disciplina seus efeitos jurídicos.

2. O PROBLEMA DA TRANSFERÊNCIA DA CARGA TRIBUTÁRIA AO PREÇO

Aceitando-se uma concepção ampla de repercussão econômica, todo tributo incidente na cadeia produtiva pode vir a ser repassado ao consumidor que, por meio do pagamento do preço, arca com o pagamento do custo fiscal daquilo que consome. Note-se que existe uma relação de possibilidade – e não de necessariedade – entre a incidência do tributo no processo produtivo e seu reflexo econômico sobre o preço pago pelo destinatário do bem.

Cumpra observar que a repercussão econômica não se relaciona, de qualquer modo, ao suposto caráter direto ou indireto do tributo.² Na cadeia produtiva, o preço engloba tanto os tributos que recaem sobre a renda da pessoa jurídica, sobre a sua folha de salário, quanto em vista do valor do produto ou serviço a ser produzido, prestado e/ou vendido. O custo fiscal é uma das espécies de custo sobre os quais se acrescenta o lucro do empresário e que enseja a oferta no mercado que, encontrando procura, resulta na conclusão do negócio.

Embutidos no preço, determinando sua formação, estão tributos de espécies e características distintas como o IPI, o IRPJ, o IPTU, o ITR, o IRPJ, o PIS, a COFINS, as taxas, as contribuições para terceiros etc.

Ao fim e ao cabo, não apenas os tributos, mas todo e qualquer custo repercute na formação do preço, ainda que em algumas situações sua

2. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 577.

diminuição ou aumento não seja efetivamente repassada ao destinatário final, sendo incorporada, para menos ou para mais, sob a rubrica do lucro do empresário.

Todavia, a ausência de transferência ao destinatário final incorre em algumas ocasiões, tal como naqueles casos nos quais o tributo, apesar de ter sido pago pelo empresário, não é recuperado em razão da inadimplência do preço pelo consumidor. Igualmente não ocorre o repasse do ônus tributário, quando, apesar de pagas as taxas necessárias para o funcionamento de determinado empreendimento e remunerados os funcionários – e pagas as respectivas contribuições sobre tal fato gerador – não ocorre a venda ou prestação do serviço por algum motivo (p. ex., desinteresse dos potenciais clientes).

De igual modo, não há a transferência econômica dos encargos fiscais quando, tendo em vista uma majoração da carga tributária, o produtor/prestador de serviço/comerciante não consegue repassar no preço o incremento do peso fiscal e acaba por reduzir sua margem de lucro.

Para que o destinatário aceite o aumento do preço, sem diminuir a quantidade adquirida, faz-se necessário que o bem seja de tal modo imprescindível que não lhe caiba outra opção, senão sujeitar-se ao repasse da majoração da carga tributária, permitindo, assim, que o empreendedor mantenha a margem de lucro incólume.

Revela-se imprescindível, assim, que a demanda seja inelástica para que o aumento da tributação possa ser simplesmente repassado ao consumidor do bem ou serviço.

De outro modo, sempre que o destinatário for sensível ao aumento do preço, diminuindo a demanda, a majoração do custo de aquisição somente poderá ser menor do que o incremento da carga tributária, disso resultando a assunção, pelo empreendedor, de pelo menos parte da majoração do peso fiscal. A retração da procura que seria gerada pelo simples repasse do aumento do custo tributário faz com que o próprio empreendedor tenha que assumir, ao menos parcialmente, a oneração, reduzindo sua margem de

lucro, para que a oferta encontre a demanda no mercado. A elasticidade da procura atua como um fator a pressionar o ofertante a aceitar como custo próprio a elevação da carga fiscal.

Por isso, os consumidores de bens de primeira necessidade assumem os aumentos de carga tributária incidentes sobre o processo produtivo em maior medida do que os adquirentes e tomadores de produtos e serviços de luxo.³

Porém, há de ser dada razão ao vaticínio de Aliomar Baleeiro⁴ de que quando o bem é, realmente, de luxo, o seu consumidor mostra-se insensível à elevação do preço, aceitando a translação do peso tributário. A lição do eminente jurista brasileiro inclusive coaduna-se com a lição econômica de que uma pessoa que dispõe de muito além do necessário atribui menos valor e gasta com mais liberalidade cada real de seu patrimônio. Afinal, 100 reais para um bilionário não possuem o mesmo significado de 100 reais para uma pessoa de posses modestas.

Pela mesma razão, o consumidor de cigarros é pouco influenciado pelo aumento do preço, dada a dificuldade de abandonar o vício, gerando uma oportunidade para que lhe seja transferido eventual incremento da carga tributária.⁵

Logo, quanto mais essencial ao ser humano o bem, maior a dificuldade de ajustar sua demanda ao aumento de preços, o que lhe torna mais suscetível à transferência de encargos tributários incidentes na cadeia produtiva.

Outro fator a influenciar a ocorrência ou não de transmissão aos consumidores de aumento da carga tributária é a (in)existência de concorrência entre os ofertantes daquele produto ou serviço no mercado. Nesse sentido,

3. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Stajm. São Paulo: Atlas, 2020, p. 100-101.

4. BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed; Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013, p. 205-206.

5. COSTA, Leonardo de Andrade. Uma introdução à Análise Econômica do Direito tributário. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 403.

Aliomar Baleeiro⁶ assevera: “há que estudar o mercado para verificação das circunstâncias dentro das quais opera o vendedor”.

Quanto menor a competição entre ofertantes, mais suscetível está o destinatário final de ver-se gravado com o encargo fiscal. A ausência de disputa entre fornecedores acaba por proporcionar-lhe uma posição confortável a ponto de simplesmente transferir ao consumidor, por meio do aumento do preço, a variação sobre o custo fiscal.⁷ Basta ver que em uma situação de monopólio não há incentivo algum para que o monopolista deixe de repassar o aumento do custo. É claro que ao monopolista a realidade não proporciona condições para o aumento infinito do preço a ponto de permitir a venda por quanto desejar, dado que existirá o limite consistente na disposição máximo do quanto o consumidor queira e possa pagar.

Por outro lado, em alguns casos extremos, especialmente na liquidação de estoques, a venda ocorre por preço abaixo do custo, de modo a não somente inexistir repasse do custo tributário, mas de modo a ensejar prejuízo ao empreendedor. Como pontua Aliomar Baleeiro,⁸ às vezes o empresário precisa baixar o preço para alienar bens por diversos motivos, entre os quais a natureza perecível dos bens (p. ex., alimentos), a sazonalidade de sua venda (p. ex., fogos de artifício) ou pela superação pelas tendências da moda, tornando preferível à pessoa de negócios arcar com parte do ônus tributário do que ficar com os produtos parados em seu estabelecimento.

Diferentemente das circunstâncias anteriormente expostas, há casos nos quais o consumidor paga o preço, mas o empresário inadimpla o tributo devido ao Estado.

Mesmo nos casos em que a obrigação tributária é declarada e aparentemente o preço engloba o tributo, inclusive com o valor destacado na nota

6. BALEEIRO, op. cit., p. 205.

7. COSTA, Leonardo de Andrade. Uma introdução à Análise Econômica do Direito tributário. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 404.

8. BALEEIRO, op. cit., p. 206.

fiscal, ainda assim pode ser que o preço esteja sendo fixado em valor baixo e que decorre da inadimplência contumaz e sistemática por parte do empresário. Assim, apenas aparentemente haveria a transferência do encargo fiscal que, na prática, é inadimplido. Nessa situação, o montante sonogado assume a natureza de lucro do empresário.

A fortiori, isso ocorre também no mercado informal, no qual a formação do preço já considera a sonegação. O tributo, apesar de devido, não é declarado e, por consequência, não é recolhido, de modo que o preço é fixado em *quantum* artificialmente baixo.

Diferentemente da situação do devedor tributário contumaz que se vale do inadimplemento ou até da sonegação para obter vantagem concorrencial e lucros maiores, por meio da fixação de preços injustificadamente mais baixos do que o de outros *players* do mercado, no mercado informal não existe a aparência de transferência econômica ao consumidor o que, somada a outras características do mercado informal (p. ex., dificuldade para que se faça valer as garantias do Código de Defesa do Consumidor), tende a gerar um preço mais baixo do que aquele praticado na meio formal.

3. A TESE DO REPASSE ECONOMICAMENTE NECESSÁRIO COMO PREMISSA DE TENTATIVAS DE REFORMA TRIBUTÁRIA

Ainda que implicitamente, a premissa da transferência pura e simples da carga tributária parece estar presente em tentativas de reformas amplas do sistema tributário nacional.

As inovações legislativas descaram que certos setores simplesmente não conseguirão repassar aos consumidores de seus produtos e serviços o aumento da carga tributária porque os potenciais adquirentes e tomadores dos mesmos retrairão a procura pelos mesmos.

A ideia de que a tributação atuará de forma neutra não apenas é errada, mas revela-se perigosa para os setores que, sentindo o peso da majoração do gravame fiscal, terão sua atividade reduzida.

Pense-se no seguinte exemplo: uma lei aumenta a tributação a título de ISS sobre a atuação advocatícia.

A consequência de tal medida legal não é pura e simplesmente a transferência da repercussão econômico-financeira aos clientes dos advogados. Com certeza não.

Parte dos clientes potenciais pagarão por serviços mais caros, e note-se que o próprio advogado não ganhará mais, mesmo que aumente o preço dos seus serviços, e pode ser que alguns tenham que inclusive ganhar menos, reduzindo sua margem de lucro para manterem-se razoavelmente competitivos.

Outros tantos que poderiam vir a contratar a prestação de serviços advocatícios não o farão tendo em vista o montante cobrado a título de honorários, deixando de ter acesso a um advogado ou indo ao encontro da Defensoria Pública, já abarrotada de trabalho e que dispõe de poucos recursos.

Vê-se, assim, que a majoração de tributos não se dá sem efeitos econômicos e sociais adversos, pois o montante de clientes que pode arcar com o peso do aumento da carga tributária é pequeno, geralmente grandes empresas que conseguirão, elas sim, repassar ao consumidor final tais despesas que, inclusive, provavelmente serão computadas para diminuir o montante a ser pago a título de outros tributos.

Outro exemplo de situação na qual o advento de uma novel legislação pode gerar, em vez da translação do aumento do encargo fiscal ao consumidor, uma supressão do encontro entre oferta e demanda, é trazido por Aliomar Baleiro,⁹ quando aponta tributação alfandegária de natureza pro-

9. BALEIRO, op. cit., p. 207.

tecionista. Majorado o gravame fiscal sobre os bens vindo do exterior, sua aquisição passa a ser preterida pelo consumidor local, que preferirá produtos nacionais que os substituam.

Assim, a modificação da legislação tributária não implica uma imposição apenas de um maior gravame fiscal ao destinatário final do produto ou serviço, mas opera efeitos às vezes substanciais no próprio mercado, interferindo no quê e por quanto os bens são oferecidos e adquiridos.

Por mais incrível que possa parecer, já ocorreu no Brasil uma modificação legal que abraçava a tese do repasse e obstava que o contribuinte pleiteasse a restituição de [cobrasse] um tributo direto indevidamente pago. Como aponta Hugo de Brito Machado Segundo,¹⁰ tratou-se do art. 89, § 1º, da Lei Federal 8.212/91 que, com a redação atribuída pela Lei Federal 9.032/95, assim dispunha:

§ 1º Admitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade.

A jurisprudência acabou sendo refratária à aplicação da referida norma, ainda que sem a declaração expressa de sua inconstitucionalidade¹¹ e o dispositivo acabou sendo revogado pela Lei Federal 11.941/2009, mas a alteração legislativa mostra, por si só, o ímpeto estatal de (so)negar ao contribuinte o direito de ver restituído o tributo indevidamente adimplido.

10. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 234, 2012.

11. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 234, 2012.

4. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 166 DO CTN

Expostos os caracteres da repercussão econômica, cumpre examinar como o sistema jurídico-tributário disciplina o fenômeno.

Se o repasse econômico fosse admitido amplamente pelo Direito como um gravame sobre o destinatário final, alcançando tributos diretos e indiretos, poder-se-ia chegar à absurda, inaceitável, conclusão de que o empresário não poderia pedir a repetição nem mesmo de tributos diretos, sob a alegação de que estaria exigindo a restituição de um valor já por ele cobrado do consumidor final por meio da precificação. Infelizmente, houve, como visto, exemplo de aplicação de tal premissa o malfadado art. 89, § 1º, da Lei Federal que, felizmente, já não mais está entre as normas que regulam a nossa existência.

Por isso, o Direito faz um recorte da realidade econômica e elege como relevante a discussão do reflexo econômico somente nos casos nos quais a tributação tem em vista não a renda, o patrimônio ou a folha de pagamento da empresa produtora/prestadora, mas o ato em si de produção e comercialização de produtos, bem como de prestação de serviços e a aquisição por seu destinatário.

Desse modo, o debate sobre a legitimidade ativa para reclamar a devolução de tributos indevidamente pagos somente se põe nos tributos ditos indiretos, considerando-se como tais o IPI, o ICMS e, como bem pontifica Hugo de Brito Machado Segundo (2015, p. 371),¹² o ISS quando não for cobrado de forma fixa, mas tendo em vista o valor cobrado pelo serviço.

Existe uma observação a ser feita, contudo: o terceiro que por força de obrigação contratual assume o compromisso, perante o outro contratante,

12. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 371.

de realizar o pagamento, não possui legitimidade para questionar o fenômeno da incidência tributária, contrastando, assim, a pretensão fiscal do Estado, perante o qual figura como um estranho à relação fisco-contribuinte. Todavia, uma vez que tenha pago o tributo indevidamente, pode pedir sua repetição, evitando, assim, enriquecimento ilícito do erário. Nesse sentido, aliás, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade do vendedor que, pagando ITBI em nome do comprador e com a aquiescência deste, reclamou a restituição do quanto pago.¹³ Isso porque a devolução de um valor que se receba sem uma causa jurídica deve ocorrer independentemente de haver relação jurídica entre as partes.

Postos os contornos gerais do problema relativo à restituição de tributos indiretos e a tese do repasse (*passing-on defense*), cumpre notar que, em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de que o repasse econômico sempre aconteceria, ou seja, teria caráter necessário, admitindo, assim, a legitimidade do contribuinte para o pedido de restituição de indébito tributário. Nesse sentido, entre outros, foi a conclusão alcançada no julgamento do Recurso Extraordinário 3.051.

Depois, a mais alta Corte alcançou entendimento diametralmente oposto que restou sumulado no verbete 71, assim redigido: “Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto”. A rejeição pelo STF de que o empresário buscasse a repetição do valor de tributo indevidamente pago tinha por fundamento a pressuposição de que sempre estaria incluído no preço o respectivo custo tributário e que se estaria diante de um locupletamento sem causa.

Todavia, a própria súmula acabou superada por outra súmula, igualmente do Supremo Tribunal Federal, a de número 546, que assim assentou: “Cabe a

13. TRIBUTÁRIO – ITBI – REPETIÇÃO DE INDÉBITO. 1. O sujeito passivo do ITBI é o comprador, de quem pode ser exigida a obrigação. 2. Se o vendedor, em nome do comprador paga o ITBI e por ele está autorizado a receber, em repetição de indébito, o que pagou, não pode se opor a isso o credor, que recebeu indevidamente. 3. A hipótese não é de substituição tributária, e sim de sub-rogação no direito de crédito (Precedente desta Corte, Primeira Turma, REsp 99.463/SP). 4. Recurso especial improvido. (STJ, Segunda Turma, Recurso Especial 362.375, Relatora Ministra Eliana Calmon, julg. 12.11.2002, DJ 02/12/2002).

restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo”.

No mesmo sentido, é o que se depreende do art. 166 do Código Tributário Nacional, cuja redação é a que segue:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Assim, tanto a súmula 546 do STF quanto o art. 166 do CTN acabaram por considerar possível, e até mesmo provável, mas não necessária, a transferência do encargo econômico ao destinatário do produto ou serviço. Desse modo, o Direito acabou por reconhecer aquilo que a Economia já havia demonstrado e que foi objeto de exame no item 1.

Dada a probabilidade de que tenha havido a transferência do encargo fiscal ao próximo elo da cadeia econômica, o legislador e o STF presumem (relativamente) que tenha havido o repasse, cabendo ao contribuinte demonstrar que, por algum motivo, isso não ocorreu.

Em que pese haver um esforço doutrinário para afirmar-se que o que o legislador teve em vista foi a repercussão jurídica do tributo, é certo que, na medida em que se remete à transferência de encargo financeiro, já se está considerando o fluxo de dinheiro na cadeia econômica. A própria lei, ao exigir a consideração de quem pagou o que e quanto, já abarca uma realidade econômica infismável, ainda que para elegê-la como elemento negativo do suporte fático da restituição.

Ainda que o Direito tenha operado um recorte, decotando do âmbito de incidência do art. 166 os tributos diretos, uma aferição estritamente jurídica de quem tem direito à restituição decorreria de outra opção legislativa. Trata-se daquela prevista no art. 117 do Anteprojeto de Lei Orgânica do

Processo Tributário que não chegou a ser aprovada e dispunha ser “parte legítima para pleitear a repetição, o sujeito passivo da obrigação tributária ou o infrator que tiver pago a penalidade, ainda que o efetivo encargo tiver sido transferido a outrem”, assegurando, por outro lado, a quem provar a transferência, ação regressiva contra aquele que tiver obtido a repetição.¹⁴ Esse inclusive é o entendimento da Corte de Justiça Europeia, como noticia Hugo de Brito Machado Segundo:¹⁵

A CJE nega legitimidade ao contribuinte de fato, em regra, mas a reconhece ordinariamente ao contribuinte de direito sem a exigência de prova do não repasse.

Afinal, o Direito em si estabelece o sujeito passivo da relação jurídico-tributária e se fosse isso que importasse e nada mais, então a translação do peso da tributação lhe seria um fato absolutamente indiferente, o que, por sua vez, fulminaria a alegação de que haveria, além do contribuinte de Direito, um contribuinte de fato. Os entendimentos do STF no sentido de constituir crime por parte do empresário a ausência de entrega do valor devido a título de ICMS (RHC 163.334) e que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574.706) acabaram, inclusive, por chancelar a corrente que advoga a importância jurídica da repercussão econômica.

14. O histórico do art. 166 do CTN, fundamentalmente divergente da proposta constante do art. 117 do Anteprojeto de Lei Orgânico do Processo Tributário, bem como o lamento de Gilberto Ulhoa Canto a respeito da solução legal adotada foram apresentados em: CANTO, Gilberto Ulhoa. Caderno de Pesquisas Tributárias nº 8, p. 2-5 *apud* PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ESMAFE, 2010, p. 1.134. Igualmente apontando o projeto de Gilberto Ulhoa Canto: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 251, 2012.

15. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 247, 2012.

O ideal seria que o sistema jurídico considerasse unicamente o contribuinte (*de jure*) como relevante, pois somente ele é sujeito (passivo) da relação tributária na qual o Estado constitui-se na contraparte. Todavia, está razoavelmente assentado, inclusive pelo STF, que a repercussão econômica se mostra juridicamente relevante, em que pesem todas as incoerências decorrentes do tratamento jurisprudencial a respeito identificadas por Hugo de Brito Machado Segundo. Em obra de fôlego, o autor aborda o tema com maestria e apresenta a impressionante tese que restringe a aplicação do art. 166 do CTN aos casos nos quais haja uma sujeição passiva dupla de um responsável e de um contribuinte (2011). O problema da aplicação da tese de Machado Segundo reside, agora, no fato de que já são vários os entendimentos pretorianos que a contradizem e existe o risco de que a tentativa de sua concretização gere ainda mais e maiores incoerências, parecendo que, *de lege lata*, resta ao intérprete tentar harmonizar as respostas dadas pelo sistema jurídico a partir da assunção da premissa de que a repercussão econômica importa.

5. A LEGITIMIDADE PARA O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INDEVIDAMENTE PAGOS.

A questão de quem tem legitimidade para pedir a restituição de tributo indevidamente pago é tormentosa e há muito tempo constitui-se objeto de acesa controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Começa-se, então, pelo exame do julgamento do recurso representativo da controvérsia levado a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial 903.394. No caso,¹⁶ distribuidoras de bebidas sustentavam a legitimidade para reivindicar a inexigibilidade de IPI sobre o valor pago pelas fabricantes sobre descontos incondicionais.

16. STJ, Primeira Seção, Recurso Especial 903.394, julg. 24.03.2010, DJe 26.04.2010.

O STJ não negou que as distribuidoras sejam oneradas economicamente; pelo contrário, essa premissa foi admitida no aresto ao reconhecê-las como “contribuinte de fato”, mas, ainda assim, somente o contribuinte juridicamente vinculado com o Estado por meio do dever legal de pagar o tributo é que teria legitimidade para postular o afastamento da exação e a exação do quanto indevidamente pago. Consta da ementa “somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o polo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do ‘tributo indireto’ indevidamente recolhido”.

Entendeu-se, assim, que a legitimidade para os pleitos inibitório e restitutivo é sempre e somente do contribuinte *de jure*.

Por outro lado, em julgamento posterior, quando o Superior Tribunal de Justiça¹⁷ reconheceu aos consumidores de energia elétrica legitimidade para postular a declaração de inexistência de dever jurídico de pagamento de ICMS sobre o potencial de fornecimento de energia contratado, mas não utilizado, levou em consideração que era o usuário quem efetivamente estava sendo onerado com referido imposto estadual.

No caso,¹⁸ reputou-se legítima a reivindicação por parte daquele sobre o qual operaram-se os efeitos econômico-financeiros do tributo quando o elo anterior na cadeia produtiva assume um papel de mero repassador do custo, dado que possuía o direito de ver revisada a tarifa cobrada para incorporar na mesma o aumento da carga tributária.

Da fundamentação adotada pelo Ministro Cesar Asfor Rocha para reconhecer a legitimidade ativa dos consumidores,¹⁹ colhe-se:

Veja-se que, quando se trata de “criação ou alteração” de tributos, devendo-se incluir aí as modificações na forma de calcular e na base de cálculo, a concessionária encontra-se sempre protegida, impondo a lei nesses casos, para preservar o “equilíbrio econômico-financeiro”, a majoração

17. STJ, Primeira Seção, Recurso Especial 1.299.303, julg. 08.08.2012, DJe 14.08.2012.

18. STJ, Primeira Seção, Recurso Especial 1.299.303, julg. 08.08.2012, DJe 14.08.2012.

19. STJ, Primeira Seção, Recurso Especial 1.299.303, julg. 08.08.2012, DJe 14.08.2012.

da tarifa. Sob esse enfoque é que o Estado-concedente e a concessionária do serviço público encontram-se lado a lado, no mesmo polo, em situação absolutamente cômoda e sem desavenças, inviabilizando qualquer litígio em casos como o presente. O consumidor da energia elétrica, por sua vez, observada a mencionada relação paradisíaca concedente/concessionária, fica relegado e totalmente prejudicado e desprotegido. Esse quadro revela que a concessionária assume o papel de contribuinte de direito apenas “formalmente”, assim como o consumidor também assume a posição de contribuinte de fato em caráter meramente “formal”.

Na medida em que o fornecimento de energia elétrica é levado a efeito sob o regime de concessão e que por força de lei o concessionário revisa a tarifa aplicada aos usuários sempre que majorada a carga tributária, entendeu-se que o contribuinte efetivo é o destinatário final da energia elétrica, a quem é repassado o peso da tributação.

Pesa, ainda, em favor da pretensão dos usuários do serviço público a ausência de concorrência que, sabidamente, é um fator relevante a impor ao destinatário final a efetiva oneração fiscal incidente na cadeia produtiva.

E se a situação fosse a oposta, em circunstâncias nas quais a distribuidora de energia elétrica fosse ao Poder Judiciário reclamar a repetição do indébito, sua tentativa haveria de ser obstada pelas mesmas razões que levaram o Superior Tribunal de Justiça a admitir que os próprios usuários fizessem a reivindicação. É que se estaria diante de caso claro em que a parte demandante não se teria desincumbido do encargo probatório de revelar que não se repassou ao destinatário final o peso da carga fiscal. Aqui, está-se efetivamente diante do caso típico que o art. 166 do CTN veio a repudiar.

Um dos aspectos mais interessantes do julgamento do Recurso Especial 1.299.303 é a distinção do caso com aquele examinado quando da apreciação do Recurso Especial 903.394, cumprindo notar que o Ministro incumbido da relatoria já inicia a fundamentação por meio do *distinguishing*, sem cogitar de uma superação do precedente anterior (*overruling*).

Todavia, o que parece ter ocorrido, e isso diz respeito diretamente com o objeto do presente estudo, é que, no caso do ICMS sobre energia contratada, a transferência do ônus financeiro mostra-se clara, direta, havendo direito à revisão da tarifa, ao passo que, no caso do IPI, o repasse do custo tributário ao distribuidor não se revela tão claro, uma vez que, como apontado anteriormente, pode ser que o próprio fabricante assumia, pelo menos em parte, o custo. A distinção feita pelo Superior Tribunal de Justiça remete, de alguma forma, à possibilidade – e não necessidade – de ter de fato recaído o custo tributário sobre elo da cadeia produtiva que não aquele juridicamente constrangido ao recolhimento.

Depreende-se do cotejo dos julgados que aquela decisão exarada pelo STJ ao julgar o Recurso Especial 903.394, ao tentar circunscrever ao contribuinte *de jure* a legitimidade exclusiva para reclamar a repetição do tributo indevidamente pago, mantendo a exigência de inoccorrência de translação do peso financeiro a terceiro decorrente do art. 166 do CTN, acabou por abrir ensanchas a que, o próprio STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.299.303, viesse a reconhecer a legitimidade ativa de quem ao fim e ao cabo sofreu o reflexo do gravame tributário. No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado Segundo observa que o posicionamento jurisprudencial a respeito da legitimidade do contribuinte de Direito acaba por ensejar o debate sobre a possibilidade de o contribuinte de fato postular a repetição (2012, p. 236).²⁰ Isso revela, também, que somente um artigo de lei como o art. 117 do Anteprojeto de Lei Orgânica do Processo Tributário poderia negar importância jurídica ao fenômeno econômico da translação do efeito financeiro.

Evitou o STJ, assim, felizmente, uma interpretação do art. 166 do CTN que impedisse o contribuinte *de jure* de postular a repetição do indébito nos casos em que transferido o encargo financeiro a terceiro e que, ao

20. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 236, 2012.

mesmo tempo, obstasse o próprio destinatário final de reclamar a devolução do quanto indevidamente pago, pois, exigido o que não era devido, alguém deve ter legitimidade para reclamar a restituição, sob pena de o sistema jurídico negar, absolutamente, o acesso à tutela jurídica. Como bem aponta Hugo de Brito Machado Segundo,²¹ a negativa da legitimidade do contribuinte, por ter repassado o encargo financeiro, conjugada com a recusa da legitimidade do terceiro que, ao fim e ao cabo, absorveu o impacto fiscal, acaba por implicar uma violação da garantia do acesso à justiça.

Não é exagero, assim, dizer que o Superior Tribunal de Justiça evitou uma aporia jurídica ao reconhecer, no julgamento do Recurso Especial 1.299.303, a legitimidade do consumidor de energia elétrica para postular cobrança abusiva de ICMS. O STJ, apoiado na premissa de que a repercussão econômica se mostra juridicamente relevante, reconheceu ao contribuinte de fato a legitimidade para o pedido restitutivo.

Todavia, somente haverá efetiva promoção do acesso à justiça ao contribuinte de fato quando dispuser de instrumentos efetivos de tutela coletiva, pois a propositura de ações individuais só se revela viável em alguns casos nos quais a soma indevidamente recolhida é vultosa. Desse modo, a legitimidade *ad causam* somente será efetivamente prestigiada quando, entre outras medidas, for suprimida a vedação de manejo de ação civil pública em matéria tributária (art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85).

Sem os meios para efetivamente obter a restituição do indébito tributário, ter-se-á que dar razão a Hugo de Brito Machado Segundo²² quando assevera que a tese do repasse (*passing-on defense*):

21. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Repetição do tributo indireto: incoerências e contradições*. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 250, 2012.

22. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 244, 2012.

Não se trata, honestamente, de evitar o locupletamento indevido do contribuinte “de direito”, mas pura e simplesmente de criar meios para que o tributo, mesmo indevido, não seja restituído, protegendo-se os cofres públicos e negando-se vigência às normas cuja violação ensejou a arrecadação correspondente.

Por isso, a distinção entre contribuintes de Direito e de fato somente se justifica quando oportunizados aos mesmos os instrumentos adequados para que possam postular a repetição do indébito. Do contrário, o sistema jurídico estará apenas servindo a convalidar, na prática, um ilícito estatal e um enriquecimento espúrio do erário, ou seja, estar-se-á criando um mecanismo jurídico antitético aos fins do próprio sistema, uma vez que o Estado é um meio para a promoção dos direitos fundamentais e não um fim em si mesmo.

Ainda em relação ao contribuinte de fato, impõe-se o reconhecimento de sua legitimidade para postular a inibição de ilícito tributário cuja prática está na iminência de ser levada a efeito pelo Estado, pois, comprovado que recairá sobre ele o peso da exação, disso decorre a atribuição de posição jurídica para que se insurja contra a exigência, enquanto tutela devida pelo Poder Judiciário em face da ameaça de lesão a direito. Se pode o contribuinte fáctico postular a repetição do quanto indevidamente recolhido ao erário, *a fortiori* pode insurgir-se quando acometido de fundado temor da Administração Tributária extrapolar os limites jurídicos de sua atuação.

Em termos processuais, seria de bom alvitre, contudo, cientificar o contribuinte de Direito da propositura da ação judicial, seja para permitir que atue conjuntamente com o contribuinte de fato, seja para impedir que, negando saber da referida demanda, proponha outra com igual causa de pedir e pedido, sujeitando o demandado, novamente, à mesma pretensão. O meio pelo qual se daria ciência ao contribuinte de *jure* é a citação, mas admite-se que a intimação gere o mesmo efeito prático, a saber, informar acerca da existência do pleito.

Todavia, embora o legislador e a jurisprudência tenham prestigiado a proteção do efetivo pagador do tributo, ou seja, o terceiro para o qual foi repassado o custo tributário, ainda assim a posição do contribuinte *de jure* não é cômoda, e um dispositivo legal que, diferentemente do art. 166 do CTN, reconhecesse sua legitimidade para a repetição do indébito, independentemente de prova da ausência de repasse do ônus econômico, seria justificável. Essa posição é advogada, inclusive *de lege lata*, por Hugo de Brito Machado Segundo.²³

Isso porque não se pode ignorar que o repasse do encargo tributário apenas consiste em custo indevidamente imposto pelo Estado contra o contribuinte-empendedor que, se não fosse o desenfreado apetite fiscal, teria, dado o preço pelo qual consumou-se o negócio, a natureza de lucro ou, ainda, facultaria uma oferta por custo menor aos destinatários e, por consequência, permitido uma maior quantidade entregue ao público consumidor. Basta suprimir mentalmente o ilícito e ver-se-á que a dinâmica econômica e financeira seria outra, mais benéfica ao empendedor do que aquela decorrente da exação indevida. Isso inclusive era considerado pelo STF no período anterior ao entendimento que resultou na súmula 71 e foi o que levou a Corte de Justiça Europeia, a partir do caso *San Giorgio*, a superar o precedente *Hans Just*, como detalhadamente aponta Hugo de Brito Machado Segundo.²⁴

Essa é uma consideração de *lege ferenda* e resulta de uma análise econômica do regime jurídico aplicável, revelando consequências práticas nem sempre evidentes ou óbvias.

23. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Repetição do tributo indireto: incoerências e contradições*. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*.

24. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 230, 240-243, 2012.

6. CONCLUSÃO

A repercussão econômica do tributo é um tema interessante cujo reflexo jurídico acaba, de um modo ou de outro, repercutindo na prática judicial, especialmente tendo em vista que o art. 166 do CTN aponta a transmissão do encargo financeiro como um fato importante, cujo ônus da prova de inoccorrência pesa sobre o contribuinte que deseja obter a repetição do indébito. Disso é possível afirmar que, *de lege lata*, a transferência do peso fiscal ao terceiro não se mostra juridicamente irrelevante.

Nessa toada, a legitimidade do contribuinte de fato advém, não da existência de uma relação jurídico-tributária com o Estado, ao contrário do que ocorre com o contribuinte *de jure*, mas sim do fato de que este último não pode pleitear a repetição quando o custo fiscal tiver sido repassado ao primeiro.

A pesquisa mostrou que pende uma certa insegurança quanto aos contornos da forma pela qual o sistema jurídico-tributário considera a translação dos efeitos econômico-financeiros sobre a cadeia produtiva. Ainda que o Direito positivo e aplicado não seja indiferente ao fenômeno econômico, a legitimidade do terceiro que arcou com o encargo somente foi reconhecida quando os próprios fundamentos econômicos revelaram que, naquele caso, era inevitável o repasse do gravame fiscal. Revelou-se inclusive contraditório que o mesmo sistema jurídico, que considera imprescindível que o contribuinte prove que não repassou o custo tributário, restrinja que o pagador derradeiro do tributo obtenha a restituição, o que acaba por resultar em locupletamento ilícito por parte do Estado.

Um sistema jurídico que deseje atribuir menor peso ao repasse econômico do custo fiscal deve atribuir exclusivamente ao contribuinte o direito de repetição do indébito, suprimindo, assim, o debate sobre a legitimidade de quem sofreu os reflexos da tributação. Um regime jurídico que prestigie o contribuinte possui fundamentos jurídicos e econômicos plenamente defensáveis, pois se não fosse o ilícito estatal, o empreendedor teria negociado

o bem pelo mesmo preço e com lucro maior ou, ainda, por preço menor, o que lhe permitiria fornecer uma quantidade maior no mercado, não se podendo cogitar, assim, de enriquecimento sem causa. Observa-se aqui, *de lege ferenda*, tratar-se de solução jurídica melhor do que a atual, inclusive já tendo havido tentativa de modificação do ordenamento com esse intuito. A própria extensão e intensidade da celeuma que ronda a interpretação e a aplicação do art. 166 do CTN é indiciária de que o regime jurídico decorrente do dispositivo legal se revela altamente problemático e de que uma alteração do mesmo pode valer a pena.

De certa forma, a tentativa jurisprudencial de circunscrever a legitimidade ao contribuinte *de jure* constituiu-se em um movimento no sentido de aplacar-se os inconvenientes do art. 166 do CTN, mas não há como negar que a lei posta e vigente no ponto atribui expressão jurídica ao reflexo econômico experimentado pelo terceiro, o que por sua vez rende ensanchas ao reconhecimento da legitimidade do mesmo para postular a repetição do indébito, de modo que o problema não se resolve. Mais um sinal de que se mostra conveniente a alteração do próprio art. 166 do CTN.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ÁVILA, Alexandre Rossato. *Curso de direito tributário*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013.
- _____. *Uma introdução à ciência das finanças*. 18. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2013.
- COSTA, Leonardo de Andrade. Uma introdução à Análise Econômica do Direito tributário. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019. p. 377-407.

- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GALESKI JUNIOR, Irineu. *A Análise Econômica do Direito e a repetição do indébito tributário*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná–Curitiba, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp044085.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 223-259, 2012.
- _____. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. *Repetição do tributo indireto: incoerências e contradições*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Stajn. São Paulo: Atlas, 2020.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- _____. *Direito tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ESMAFE, 2010.
- PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas/ FGV Direito Rio, 2020.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. Recurso Especial 362.375, Relatora Ministra Eliana Calmon, julg. 12.11.2002, DJ 02/12/2002.
- _____. Primeira Seção. Recurso Especial 903.394, Relator Ministro Luiz Fux, julg. 24.03.2010, DJe 26.04.2010.
- _____. Primeira Seção. Recurso Especial 1.299.303, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julg. 08.08.2012, DJe 14.08.2012.
- _____. Recurso Extraordinário 3.051, Relator Ministro Laudo de Camargo, julg. 28.11.1938.
- _____. Recurso Extraordinário 574.706, Relator Ministra Cármen Lúcia, julg. 15.03.2017.
- _____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 163.334, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julg. 18.12.2019.

Sobre os coordenadores

Armando Castelar Pinheiro | Professor da pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio e do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e pesquisador associado do Instituto Brasileiro de Economia (FGV Ibre). Trabalhou como analista da Gávea Investimento, como pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e como chefe do Departamento Econômico do BNDES. É Ph.D. em economia pela Universidade da Califórnia (Berkeley), mestre em administração pela Coppead/UFRJ e em estatística pelo Instituto de Matemática Pura e Aplicada (Impa), além de engenheiro eletrônico pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). É membro do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) e articulista dos jornais *Valor Econômico* e *Correio Braziliense*.

Antônio José Maristrello Porto | Doutor em Direito (Doctor of the Science of Law – J.S.D.) pela Universidade de Illinois. Mestre (Master of Laws – LL.M.) pela Universidade de Illinois. Professor da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Vice-diretor e coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia

(CPDE) da FGV Direito Rio. Foi presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE).

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio | Professora da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Pesquisadora do CPDE. Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Sobre os autores

Carla Abrantkoski Rister | Juíza Federal. Pós-doutora em Direito Público pela Universidade de Santiago de Compostela. Doutora em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo.

Douglas Camarinha Gonzales | Juiz Federal. Mestrado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2011), Bacharel em Direito pela USP. Especialista em Ciências Criminais (*lato sensu*) pelo IBCCRIM em parceria com Universidade de Lisboa.

José Marcos Lunardelli | Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor do Mestrado Profissional da ENFAM. Líder do grupo de pesquisa Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais. Professor de cursos de pós-graduação *lato sensu*. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

L'Inti Ali Miranda Faiad | Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2019). Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2015). Professor Universitário.

Marcelo Guerra Martins | Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Membro do grupo de pesquisa Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais. Professor de cursos de pós-graduação *lato sensu*. Juiz Federal em São Paulo.

Ronald de Carvalho Filho | Juiz Federal. Especialista em Direito Constitucional pela EMAG/TRF3.

Sheila Pinto Giordano | Juíza Federal Substituta em São Paulo-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio.

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo | Bacharel (1992), Mestre (2002) e Doutora (2017) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Autora dos livros *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade* e *Controle de convencionalidade: novo paradigma para a magistratura brasileira*. Juíza Federal Titular da Terceira Vara Federal de Sorocaba da Seção Judiciária de São Paulo.

Tiago Bitencourt De David | Juiz Federal Substituto (TRF3). Doutorando em Direito (PUCSP). Mestre em Direito (PUCRS). Especialista em Direito Processual Civil (UNIRITTER). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil (Escola Verbo Jurídico). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM, Toledo/Espanha). Bacharel em Filosofia (UNISUL).

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,
composto com a família tipográfica
Warnoock Pro, no ano de 2022.

“É conhecido o diálogo complexo e difícil que há entre o Direito e a Economia. Embora a conduta humana seja objeto de estudo dessas duas disciplinas, ambas trabalham com pressupostos epistemológicos e metodológicos diferentes para análise da ação humana. O problema da escassez de recursos, bem como os diversos conflitos que as disputas por eles engendram, são observados por lentes diferentes pelo economista e pelo jurista. Basta recordar que, no raciocínio econômico, a eficiência na alocação de recursos é um valor essencial, segundo a ótica da Economia, ao passo que, no raciocínio jurídico, o tema da legalidade – cumprimento das normas jurídicas – é a questão central enfocada pelo Direito.”

José Marcos Lunardelli

Desembargador Federal
do Tribunal Regional
Federal da 3ª Região

