

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

IRINEU GALESKI JUNIOR

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A REPETIÇÃO DO INDÉBITO
TRIBUTÁRIO**

**CURITIBA
2008**

IRINEU GALESKI JUNIOR

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A REPETIÇÃO DO INDÉBITO
TRIBUTÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Dr. Dalton Luiz Dallazem

**CURITIBA
2008**

IRINEU GALESKI JUNIOR

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A REPETIÇÃO DO INDÉBITO
TRIBUTÁRIO**

Dissertação apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Dr. Dalton Luiz Dallazem

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Dalton Luiz Dallazem
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Márcia Carla Pereira Ribeiro
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Octavio Campos Fischer
Unibrasil – Faculdades Integradas do Brasil

Curitiba, 25 de fevereiro de 2008.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, minha irmã e Fabrícia pela força, paciência e carinho incondicionais.

Ao meu Professor Orientador pela atenção dispensada e pelo incentivo.

Aos colegas de escritório Danielle, Marion, Renato, Marco, Diego e João.

Aos amigos de Coimbra pela recepção.

Aos Professores Diego Marín-Barnuevo Fabo e Enrique Ortiz Calle pela ajuda na Universidade Carlos III - Getafe.

Aos amigos Cíntia e Antônio pela acolhida em Alcalá.

RESUMO

O escopo do trabalho é o tratamento da Análise Econômica do Direito e a aplicação de suas conclusões ao Direito Tributário, especialmente à questão da repetição do indébito tributário. O movimento conhecido como *Law and Economics* teve origem com os trabalhos “The Nature of the Firm” e “The Problem of Social Cost”, de R. Coase, principal expoente da Escola. O desenvolvimento se deu na Universidade de Chicago e a partir de lá encontrou adeptos em vários outros países. A partir de Coase, o “Direito e Economia” passou a chamar a atenção tanto de economistas, quanto de juristas. Embora haja divergências pontuais entre os autores, o movimento mantém um cerne comum: o reconhecimento de que Direito e Economia, em muitos aspectos, são ciências diretamente relacionadas e que não podem ser estudadas isoladamente de forma satisfatória. As premissas da Análise Econômica do Direito contribuem para a elaboração de normas mais eficientes e para decisões menos danosas do ponto de vista econômico. Entretanto, sugere-se parcimônia na aplicação das conclusões, pois a Análise Econômica do Direito antes é a sugestão de conclusões econômicas dentro da esfera do Direito que podem ser acolhidas ou não de acordo com a lógica e princípios do sistema e não a subjugação do Direito aos fins economicamente mais apreciáveis. Não há como negar que o Direito Tributário está intimamente ligado à Economia. Tema que causa divergência em Direito Tributário é a repetição do indébito tributário e a repercussão econômica dos tributos. Apesar da opinião majoritária da doutrina em sentido contrário, entende-se que a devolução dos tributos, quando exigidos indevidamente, deve estar condicionada à análise concreta do fato de ter repercutido ou não nos custos dos produtos ou serviços, pois é ineficiente onerar o público consumidor por duas vezes: primeiro, na cobrança do preço com repercussão e depois quando a receita tributária se dirige ao custeio da devolução. Entretanto, existem situações em que não é possível repassar tal ônus, por exemplo, diante de desequilíbrios concorrenciais causados por decisões judiciais divergentes.

Palavras-chaves: Direito. Economia. Eficiência. Tributos. Devolução.

ABSTRACT

The objective of this paper is the treatment of the Economical Analysis of the Law and the application of its conclusions to the Tax Law, especially to the subject of the repetition of the undue tax. The movement that is known as Law and Economics had origin with the papers "The Nature of the Firm" and "The Problem of Social", by R. Coase, main exponent of the School. The development began in the University of Chicago and starting from there it found followers in several other countries. Starting from Coase, the "Law and Economics" started to call the attention so much of economists as of jurists. Although there are punctual divergences among the authors, the movement maintains a common duramen: the recognition that Law and Economics are, in many aspects, sciences directly related and that they cannot be studied separately in a satisfactory way. The premises of the Economical Analysis of the Law contribute to the elaboration of more efficient norms and to less harmful decisions of the economical point of view. However, it is suggested parsimony in the application of the conclusions, because the Economical Analysis of the Law is the suggestion of economical conclusions inside of the sphere of the Law that can be welcomed or not in agreement with the logic and principles of the system; in other words, it is not the subjugation of the Law to the ends economically more appreciable. However, we cannot deny that the Tax Law is intimately linked to the Economics. Subject that causes divergence in Tax Law is the repetition of the undue tax and the economical repercussion of the tributes. In spite of the majority opinion of the doctrine in contrary sense, it is understandable that the devolution of the tributes, when demanded improperly, should be conditioned to the concrete analysis of the fact of having echoed or not in the costs of the products or services, because it is inefficient to burden the consuming public for twice: first, in the collection of the price with repercussion and later when the tax income goes to the costing of the devolution. However, situations exist in that it is not possible to review such obligation, for instance, before competition unbalances caused by divergent sentences.

Keywords: Law. Economics. Efficiency. Tributes. Devolution.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	8
2	FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	12
2.1	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	12
2.1.1	Precursores	12
2.1.2	Os Primórdios Científicos: o Movimento Institucionalista	14
2.1.3	O Desenvolvimento	16
2.1.3.1	Do Início do Movimento: a Universidade de Chicago	17
2.1.3.2	A Proposição do Paradigma: a obra de Coase e Calabresi	18
2.1.3.3	Da Aceitação do Paradigma	20
2.1.3.4	Do Questionamento do Paradigma	21
2.1.3.5	Da Reformulação do Movimento	24
2.1.4	Da Adoção do Movimento em Outros Países	26
2.1.4.1	Da Análise Econômica do Direito no Brasil	28
2.2	O CONCEITO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	31
2.2.1	A Aplicação dos Instrumentos Econômicos na Seara Jurídica	31
2.2.2	A Análise Econômica do Direito Positiva e Normativa	34
2.3	DA CIÊNCIA ECONÔMICA	38
2.3.1	Conceito	38
2.3.2	Histórico	40
2.3.2.1	Os Primórdios – Da Grécia à Fisiocracia	40
2.3.2.2	Os Clássicos	41
2.3.2.3	A Escola Histórica Alemã	43
2.3.2.4	A Escola Neoclássica ou Marginalismo	43
2.3.2.5	A Reação ao Neoclassicismo: A Escola Institucionalista e o Movimento do Bem-Estar	46
2.3.2.6	O Keynesianismo	47
2.3.3	Os Princípios da Economia	49
2.3.3.1	A Posição de Mankiw	50
2.3.3.2	A Posição de Posner	51
2.4	DAS PREMISSAS FUNDAMENTAIS PARA A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA AO DIREITO	53
2.4.1	A Escolha Racional	57
2.4.2	A Eficiência	61
2.4.3	As Falhas de Mercado	67
2.4.3.1	As externalidades	70
2.4.4	A Teoria dos Custos de Transação	76
2.4.5	A Teoria dos Jogos	80
2.5	DA APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	87
2.5.1	Um Breve Esclarecimento: as Críticas ao Movimento	87

2.5.2	A Análise Econômica do Direito de Propriedade	90
2.5.3	A Análise Econômica do Direito e os Contratos	96
2.5.4	A Análise Econômica do Direito e a Responsabilidade Civil Extracontratual	105
2.5.5	A Análise Econômica do Direito e os Ilícitos Penais	111
3	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DIREITO TRIBUTÁRIO	117
3.1	A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO DIREITO TRIBUTÁRIO	117
3.1.1	Uma Primeira Aproximação	117
3.1.2	A Previsão Constitucional do Princípio da Eficiência no Direito Tributário Brasileiro	129
3.1.3	A Eficiência Tributária e o Desenvolvimento Econômico	134
3.2	A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO	139
3.2.1	Apontamentos Doutrinários	139
3.2.2	Do Entendimento do Supremo Tribunal Federal	145
3.2.3	Repetição do Indébito Tributário: Breve Incursão no Direito Espanhol.	147
3.3	A REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO DE UM PONTO DE VISTA ECONÔMICO – PROBLEMATIZAÇÃO	152
3.3.1	A Impossibilidade de se Evitar o Tributo Ilegal ou Inconstitucional	152
3.3.2	A Questão do Custeio	156
3.3.3	A Questão do Indébito Tributário e a Eficiência: o Problema ..	162
3.4	DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DOS TRIBUTOS	163
3.4.1	A Classificação dos Tributos em Diretos e Indiretos	163
3.4.2	A Presunção do ICMS e do IPI como Tributos Indiretos	168
3.4.3	A Repercussão Econômica como Realidade dos Tributos	172
3.4.4	A Possibilidade de Mitigar a Repetição do Indébito Tributário: Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade	180
3.5	DA INFLUÊNCIA DOS TRIBUTOS SOBRE A CONCORRÊNCIA E AS CONSEQUÊNCIAS PARA O CONSUMIDOR	188
3.5.1	Do Problema	188
3.5.2	Introdução: O Direito de Concorrência e a Proteção ao Consumidor	189
3.5.3	Os Regimes de Mercado	193
3.5.4	Os Tributos e a Concorrência	197
4	CONCLUSÃO	208
	REFERÊNCIAS	217

1 INTRODUÇÃO

O Direito – a despeito de opiniões em contrário – deve ser uma ciência interdisciplinar, adotando conclusões de outros ramos científicos, entretanto, de acordo com suas premissas e seus princípios. O sistema jurídico deve receber influências científicas externas para que possa adequar suas respostas e sua finalidade à realidade social. Vislumbre-se um exemplo: a Medicina fornece conclusões acerca da capacidade de discernimento de um agente para que o Direito possa considerá-lo consciente da ilicitude de sua conduta. O Direito torna isento de pena aquele que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Embora a embriaguez possa ser considerada pela Medicina uma forma pela qual o indivíduo tenha tolhida sua capacidade cognitiva, o Direito, em atenção a seus princípios (segurança social, prevenção contra condutas premeditadas, etc.), não isenta o agente de pena nesse caso, a despeito de, em certas circunstâncias, não ter conhecimento, mesmo que momentâneo, da ilicitude de seus atos. Essa é uma das muitas hipóteses em que o sistema jurídico aceita conclusões científicas externas, desde que respeitados os princípios que formam a base da ciência jurídica.

A Análise Econômica do Direito é um movimento que propõe a interdisciplinariedade entre o Direito e os conceitos econômicos. Sugere a observância de premissas no processo de elaboração, interpretação ou mera análise dos efeitos das normas jurídicas postas, como o agir racional dos indivíduos na busca da maximização da riqueza, a questão da eficiência, a constatação de que o mercado apresenta falhas, bem como apresenta instrumentos de análise comportamental como a Teoria dos Jogos.

Não obstante esteja arraigada na consciência comum a idéia de que a ciência econômica esteja intimamente relacionada com questões que envolvam relações de transferência de propriedade, relações de trabalho e afins, a Análise Econômica do Direito pretende que seu modelo de interpretação seja aplicado às mais diversas searas jurídicas, até naquelas áreas para as quais a sugestão possa parecer despropositada, como em relações de família ou repressão penal.

O movimento *Law and Economics* é relativamente novo no Brasil, embora tenha suas origens lançadas em meados do século passado nos Estados Unidos, com extensão, logo em seguida, para o Reino Unido, em razão da semelhante

tradição jurídica daqueles países e por questão de facilidade linguística. Após, alcançou o continente europeu, fazendo parte do currículo de várias Universidades, dentre elas, a Universidade de Lisboa, Porto, Complutense de Madri, Carlos III de Madri e Pompeu de Fabra, apenas para se citar instituições portuguesas e espanholas.

Em razão do pouco tratamento que a matéria mereceu no país – embora haja um crescente e empolgante desenvolvimento dos estudos em instituições como a Universidade de São Paulo – as pesquisas realizadas para esse trabalho foram desenvolvidas substancialmente nas Universidades acima listadas, o que contribuiu sobremaneira para uma leitura do movimento à luz da realidade brasileira, explica-se: uma das maiores críticas dirigidas ao *Law and Economics* é a questão de que o método proposto tem aplicação em sistemas jurídicos de matriz *common law*, ou seja, com base no caso concreto, até por isso o nascimento acadêmico nos estados com raízes anglo-saxãs. Entretanto, foi possível observar que em países de tradição romano-germânica também é possível a aplicação válida de conclusões trazidas pela Análise Econômica do Direito, desde que devidamente adaptadas ao contexto de sistemas jurídicos fundados na lei, como código de conduta abstrato, sendo o caso concreto o dado material que será subsumido à norma, resultando na conclusão lógico-jurídica.

A proposta do presente trabalho é realizar a apresentação do movimento *Law and Economics* e propor sua aplicação ao campo do Direito Tributário, como forma de se verificar uma possível aplicação concreta do método a um substrato jurídico. A questão de Direito Tributário escolhida é um tema que não é novo, pelo contrário, mas que é alvo de infundáveis discussões jurídicas: a repetição do indébito tributário. Poucos temas no Direito Tributário brasileiro causam maior celeuma que a questão da repercussão econômica e jurídica dos tributos. Portanto, acredita-se ser pertinente ao objetivo do trabalho – contextualizar a Análise Econômica do Direito – um tema cujo objeto de dissenso é justamente acolher ou não uma realidade econômica como parâmetro jurídico, como é a repercussão dos tributos sobre o preço dos produtos e serviços.

Entende-se que a questão da repetição do indébito tributário ganha nova força para discussão acadêmica nesse momento em que se encontram pendentes de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, demandas cujos provimentos podem resultar em valores atordoantes a serem repetidos.

O trabalho está dividido em duas seções principais: Fundamentos da Análise Econômica do Direito e a Análise Econômica do Direito e do Direito Tributário. Cada uma dessas seções está dividida em cinco capítulos.

A primeira seção inicia com um capítulo dedicado ao desenvolvimento histórico do movimento e à difusão do pensamento por outros países.

Em seguida, trata-se do conceito da Análise Econômica do Direito.

O terceiro capítulo tem como objetivo apresentar de forma breve a Ciência Econômica, seu conceito, desenvolvimento histórico e princípios.

Logo após, a partir do levantamento bibliográfico, são enumeradas as premissas básicas do movimento *Law and Economics*, como a escolha racional, a eficiência, as falhas de mercado, os custos de transação e a teoria dos jogos.

Por fim, são brevemente apresentadas as aplicações do movimento em outras áreas do Direito, por exemplo, em relação à propriedade, contratos, responsabilidade civil e ilícitos penais.

A segunda seção é iniciada com o tratamento que a Análise Econômica do Direito dispensa ao Direito Tributário, bem como se o princípio da eficiência encontra guarida no direito brasileiro, em especial, no campo tributário.

O segundo capítulo é dedicado à exposição da repetição do indébito tributário como é tratada pela maioria da doutrina e também pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, apresentam-se duas questões que importam para a repetição do indébito tributário a partir das premissas da Análise Econômica do Direito: a repercussão econômica ou “financeira” do tributo e a questão concorrencial e a repetição do indébito tributário, sempre tendo como foco a eficiência e o interesse do consumidor, preocupação essa que se justifica tendo em vista a linha de pesquisa adotada pelo programa de pós-graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

No quarto capítulo será tratada a primeira questão, analisando-se a classificação dos tributos em diretos e indiretos, a repercussão econômica dos tributos e a possibilidade jurídica no ordenamento brasileiro de decisão que mitigue a repetição do indébito, em determinadas circunstâncias.

O quinto e último capítulo trata do segundo problema, ou seja, a repetição do indébito tributário diante de questão concorrencial; será abordada a relação entre

direito concorrencial e interesse do consumidor, os regimes de mercado e a questão dos tributos e da concorrência.

Sabe-se que a tarefa não é fácil por várias razões, seja em virtude da novidade em se trabalhar com a Análise Econômica do Direito no Brasil; ou a resistência oferecida a grande parte das conclusões do movimento; seja também porque a questão da repetição do indébito tributário causa paixões, sobretudo interesses, apresentando uma clara ruptura entre o entendimento doutrinário em contraposição ao legal e jurisprudencial.

Entretanto, a dificuldade não justifica que não se busque o tratamento da matéria da forma mais isenta e coerente possível, sendo que o objetivo do trabalho terá sido cumprido caso traga a notícia da existência da *Law and Economics* para as salas de debates jurídicos brasileiras, bem como ofereça um ponto de vista, senão inédito, ao menos partindo de outra lista de argumentos para a questão da repetição do indébito tributário, que deve ser mais atenta à realidade complexa das relações econômicas.

2 FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) ou “law and economics” que, preliminarmente, pode ser definido como a aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas, surgiu a partir do desenvolvimento das doutrinas econômicas e da atenção dos economistas para os assuntos jurídicos, vindo, posteriormente, chamar a atenção dos juristas para esse novo enfoque do “fenômeno” jurídico.

Entretanto, a adoção de um título único para o movimento não retrata com fidelidade a realidade complexa das linhas de argumentação desenvolvidas. Em verdade, os autores da Análise Econômica do Direito são reunidos numa mesma classificação (e em um mesmo título) por manterem relativos similitude e consenso nos principais conceitos, não obstante os conflitos doutrinários existentes entre os autores que compõem o movimento¹.

Portanto, é necessário realizar um histórico acerca da aplicação dos conceitos econômicos ao Direito, a fim de com isso apresentar um conceito do que seja a Análise Econômica do Direito que possa abranger de forma aceitável todas as possíveis linhas de estudiosos ligados ao tema.

2.1.1 Precursores

Segundo Mackaay (2000, p. 65-117), é possível traçar um cronograma para explicar o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito.

¹ Segundo Forgioni (2006, p. 36), “as expressões ‘Escola de Chicago’ e ‘Análise Econômica do Direito’ [‘AED’] são utilizadas de maneira excessivamente ampla, de forma que, sob o mesmo rótulo, abrigam-se visões diversas entre si. [...] Frequentemente, as expressões [AED e Escola de Chicago] vêm empregadas como sinônimas, referindo-se ao movimento de vários teóricos ligados àquela Universidade”. Entretanto, fato é que há sensíveis diferenças entre os teóricos geralmente elencados em conjunto, inclusive porque a Universidade de Chicago é uma dentre as várias escolas e centros de estudo do tema ao redor do mundo atualmente.

O autor afirma que as bases do movimento estão nos economistas da Escola Clássica, em especial, em Adam Smith². Com sua obra “An inquiry into the Nature and Causes of the wealth of nations”, cuja denominação e tradução portuguesa usual é “Riqueza das Nações”, Adam Smith crê na liberdade de concorrência como a solução para a melhor alocação dos recursos, tendo em vista que os preços seriam livremente formados pelo mercado, alcançando-se o equilíbrio. Portanto, em várias passagens de sua obra, Adam Smith apresenta críticas à existência de leis para intervenção nesse livre equilíbrio³.

Adam Smith criou a célebre expressão “mão invisível” em referência aos efeitos de um mercado livre, sem intervenção, que seria suficiente para regular os preços ao patamar correto e a concorrência.

A obra de Adam Smith é profundamente questionada por integrantes da Análise Econômica do Direito, entretanto, é a base para o desenvolvimento de uma doutrina de não intervenção do Estado, a não ser nas hipóteses de falha de mercado, as quais não eram tratadas pelo economista do século XVIII.

Ainda em matéria de precursores, Mackaay (2000, p. 68) afirma que

Other thinkers of the late eighteenth century also displayed insights now considered part of law and economics. Prominent amongst these are Beccaria and Bellamy ([1764] 1995), for the dissuasive effect of criminal sanctions, and Bentham, in his calculus of pains and pleasures, applied to a variety of legal questions (Bentham, [1978] 1948)⁴.

² “Em março de 1776, pouco antes de as treze colônias da costa oriental da América do Norte se declararem independentes da coroa britânica, aparecia nos escaparates de Londres uma novidade literária. Editado por Mrs. Strahan and Caddel, o sólido livro de dois volumes tinha mais de 1000 páginas de texto e vendia-se ao preço, nada módico de £ 1.16.0. [...] Entre as obras eruditas do seu tempo, a Riqueza das Nações foi um *best-seller*: nos 15 anos seguintes teve 5 reedições em inglês, com tiragens sucessivamente alargadas; e pelo fim do século andava já traduzida em cinco outras línguas. Escocês de nascimento, Adam Smith fizera em Oxford os seus estudos superiores e regressara à Escócia para dar cursos livres em Edimburgo. Em 1751 obtém a cadeira de Lógica na Universidade de Glasgow, instituição prestigiada que reunia algumas das figuras cimeiras da cultura inglesa desse tempo. Transferido no ano seguinte para a cátedra de Filosofia Moral, arrasta uma existência tranqüila de solteirão de província, um tanto excêntrico, mas sizenadamente entregue às suas obrigações lectivas, às reuniões das sociedades eruditas e à publicação das suas lições.” (SANTOS, H., 2006, p. 1)

³ “Tudo aquilo que dificulta a livre circulação do trabalho de um emprego para outro, dificulta igualmente a do capital [...] os obstáculos que as leis corporativas impõem à livre circulação do trabalho são, ao que creio, comuns a todas as partes da Europa. Os que lhe são impostos pela lei dos pobres são, tanto quanto sei, exclusivos da Inglaterra. Traduzem-se pela dificuldade em que um pobre se encontra ao pretender fixar-se, ou mesmo exercer a sua actividade, em paróquia diferente daquela a que pertence.” (SMITH, 2006, p. 290-291).

⁴ “Outros pensadores do século dezoito também revelaram introspecções agora consideradas parte do Direito e Economia. Proeminentes entre estes estão Beccaria e Bellamy ([1764] 1995), para o efeito dissuasivo de sanções criminais, e Bentham, em seu cálculo das dores e prazeres, aplicou uma variedade de questões legais (Bentham, [1978] 1948)”.

Não raras vezes os críticos da “Análise Econômica do Direito” focam seus argumentos no fato de que o movimento estaria calcado no utilitarismo, da qual Jeremy Bentham é um dos principais expoentes.

Tendo vivido entre 1748 e 1832, Bentham elaborou sua doutrina com base nos conceitos de dor e prazer, que seriam os únicos estímulos válidos para o homem. Deveria o homem, então, agir para maximizar a felicidade (prazer) e evitar a dor, o que justificaria as condutas. Assim, o único princípio que fundamentaria o utilitarismo seria o da utilidade, que é “a propriedade de qualquer objeto, pela qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, é a mesma coisa) ou (o que de novo é a mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está sendo considerado” (BENTHAM, 2002, p. 262).

Os críticos dos doutrinadores que aplicam os conceitos econômicos à interpretação do Direito adotam geralmente a obra de Bentham ao afirmar que a Análise Econômica do Direito acaba por substituir os valores éticos por soluções baseados na utilidade (eficiência), o que poderia conduzir a situações aberrantes (como o comércio de órgãos ou crianças), uma vez que a comercialização de um rim traria felicidade para vendedor e comprador: o primeiro porque teria pequena privação de atividades físicas, mas poderia usufruir de grande quantidade de dinheiro; e o segundo, porque teria prejuízo monetário, mas teria alcançado a sobrevivência, sem a qual o dinheiro não teria significado.

2.1.2 Os Primórdios Científicos: o Movimento Institucionalista

A partir do final do século XIX e início do século XX, outros cientistas econômicos passaram a atentar para a relação entre Direito e Economia.

Mackaay (2000, p. 69) afirma que esses economistas pretendiam obter respostas acerca de como os direitos de propriedade são determinados, histórica e funcionalmente, perante as diversas sociedades, uma vez que as respostas dos filósofos dos séculos XVI e XVII não eram suficientemente esclarecedoras, ao menos não do ponto de vista econômico, quando se utilizavam da idéia de “direito natural”.

Esses economistas foram identificados como integrantes de uma escola conhecida como “Institucionalista”, que teve nos Estados Unidos (American

Institutionalist School) um maior desenvolvimento, depois da forte influência da Escola Germânica (German Historical School) e Inglesa (English Historicist School).

Segundo Pearson (1997, p. 42):

a significant subset of economists had come to believe that part of the task of their discipline was to develop a systematic explanation for the creation and distribution of economic rights and obligations. In fact the treatises mentioned so far were but the tallest trees in the forest. The better proof of the new science's vitality resides in the thick underbrush below, in the countless monographs that touched on its problem and contributed to its solution⁵.

Para os institucionalistas, a sistemática econômica dos clássicos não bastava para a explicação dos fenômenos, ou seja, o método econômico necessitava analisar o contexto histórico, social e o desenvolvimento das instituições para que então fosse possível explicar acontecimentos econômicos. Por tal motivo, grande parte dos economistas se voltou ao Direito, em especial, à parte que regulava a propriedade, elemento essencial para a ciência.

Dentre os integrantes desse movimento estavam nomes de relevo, sempre muito citados nas obras contemporâneas acerca da Análise Econômica do Direito, como John Commons (MACKAAY, 2000, p. 69).

O movimento institucionalista era marcado pela ausência de elaboração teórica. Em verdade, tinha como objeto, em regra, a descrição dos acontecimentos, o que o tornava incapaz de teorizar sobre planejamento econômico.

Quando se analisava o direito em relação com a economia, os teóricos só observavam a influência mútua de um sobre o outro e como essa relação explicava a evolução; entretanto, não era desenvolvido um padrão para aplicação de forma científica⁶.

⁵ “Um subsistema significativo de economistas acreditou que parte da tarefa de sua disciplina era desenvolver uma explanação sistemática para a criação e a distribuição de direitos e de obrigações econômicos. Na realidade as pesquisas mencionadas até então eram as árvores mais altas na floresta. A melhor prova da vitalidade da nova ciência reside no grosso arbusto abaixo, nas incontáveis monografias que tocaram neste problema e tem contribuído para a solução.”

⁶ Mercurio e Medema (1997, p. 109-113) demonstram isso ao comentar a obra de John Commons: “Commons, for example, emphasizes collective action and examines the impact of law and economic structure and performance. Law and economics affect each other in an evolutionary process. He notes that an expanded definition of property permitted economic transition to capitalism from feudalism.” (“Commons, por exemplo, enfatizou a ação coletiva e examinou o impacto da lei e estrutura econômica e desempenho. Direito e Economia afetam uma a outra em um processo evolutivo. Ele notou que uma definição expandida da propriedade permitiu a transição da economia do feudalismo ao capitalismo”).

Aproximadamente em 1930, o movimento institucionalista perdeu força, basicamente por duas razões, segundo Pearson (1997, p. 131): primeiro, em virtude do desenvolvimento da ciência social em sentido estrito, o que fez com que os economistas dirigissem seus estudos a questões estritamente ligadas aos mercados, considerando que pouco poderiam contribuir para a explicação dos fenômenos históricos apenas com base no método econômico; em segundo lugar, houve a necessidade de elaborar um método econômico mais sofisticado, não bastando a mera observação das instituições para o desenvolvimento da ciência econômica, o que fez com que os economistas voltassem sua atenção para o desenvolvimento de um método baseado na abstração, o que já vinha sendo feito pela Revolução Marginalista (Neoclássicos).

O movimento institucionalista não chegou a chamar a atenção da comunidade jurídica ao seu tempo, uma vez que seu método histórico de análise do direito não foi suficientemente convincente⁷.

2.1.3 O Desenvolvimento

O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito ganha suas primeiras linhas a partir de 1930. Os acontecimentos anteriores tratam-se apenas de esboços ou de um prelúdio do que viria a ser o chamado “law and economics movement”.

É a partir desse período que o movimento começa a ganhar corpo e grande número de adeptos, dentre eles alguns dos mais brilhantes economistas e juristas do século XX, que se tornaram teóricos de referência, sendo inclusive, laureados com o Prêmio Nobel.

Mackaay (2000, p. 71-80) divide em cinco momentos a implantação efetiva e o amadurecimento da Análise Econômica do Direito: o início; a proposição do paradigma (1958-1973); a aceitação do paradigma (1973-1980); o questionamento do paradigma (1976-1983) e a reformulação do movimento (1983 até hoje). Essa classificação será adotada nesse tópico para fins de exposição.

⁷ “The movement fared no better with the legal community than it did with economists. The conclusions which its proponents were able to draw from their model and from their historical investigations did not convince lawyers” (“O movimento não envolveu a comunidade legal como fez com economistas. As conclusões que seus proponentes podiam extrair de seu modelo e de suas investigações históricas não convenceram advogados”) (MACKAAY, 2000, p. 71).

2.1.3.1 Do Início do Movimento: a Universidade de Chicago

Há certo consenso no sentido de que o movimento foi fundado na Universidade de Chicago.

Em 1937, o então jovem Ronald Coase, professor daquela instituição, publicou seu artigo “The Nature of the Firm”, no qual afirma que as empresas devem ser concebidas como entidades pertencentes ao sistema econômico, cuja existência só se justifica pela presença de custos de transação; em outras palavras, as empresas só têm utilidade porque os agentes consideram que realizar o máximo de operações dentro de uma mesma organização econômica evita a ocorrência de acréscimos desnecessários – por exemplo, custos de elaboração e cumprimento de contratos entre sujeitos estranhos entre si (COASE, 2000, p. 558-575). Tratava-se de uma nova abordagem econômica das instituições, que deu origem mais tarde ao movimento conhecido como Nova Economia Institucional.

Nessa época, o Departamento de Economia da Universidade de Chicago era conduzido por Aaron Director ao lado de grandes nomes como Frank Knight – o qual havia presidido o departamento entre 1920 e 1940 – George Stigler e Milton Friedman (MACKAAY, 2000, p. 72).

Aaron Director teve como principal meta à frente da Universidade de Chicago chamar a atenção dos juristas para os benefícios de uma análise do Direito a partir de critérios econômicos⁸. Para isso, realizou estudos sobre a existência ou não de benefícios da intervenção do Estado nos mercados, o que estava acontecendo justamente pela recente depressão econômica sofrida pelos Estados Unidos. Além disso, durante as décadas de 1940 e 1950, dirigiu sua atenção para temas como leis das corporações, regulação de bens mobiliários, leis trabalhistas, receitas fiscais, entre outros temas jurídicos com evidentes efeitos econômicos.

A fim de solidificar a existência do movimento, a Universidade de Chicago, por iniciativa de Aaron Director, criou o *Journal of Law and Economics*, cujo papel de

⁸ “É importante lembrar, ainda, que, no primeiro quartel do século XX, Aaron Director, estudioso da concorrência, ressaltou a estrita ligação entre Direito e Economia, chamando a atenção dos juristas que atuam nessa área sobre a importância de observarem comportamentos e análises econômicas a fim de entenderem melhor as questões referentes à competição em mercados. É que, quanto a mercados e concorrência, qualquer regulação prestável passa por prévia e competente análise econômica, seja para evitar super-regular as condutas, seja para que os efeitos regulatórios, no médio e longo prazo, não inviabilizem a atividade” (SZTAJN, p. 2005, 74).

editor foi mais tarde assumido por Coase. Essa publicação é veiculada até hoje, sem interrupção, de forma quadrimestral, contando, inclusive, com versão eletrônica⁹.

2.1.3.2 A Proposição do Paradigma: a obra de Coase e Calabresi

Não obstante os brilhantes estudos desenvolvidos até então, é a partir da década de 1960 que a Análise Econômica de Direito realmente pode ser considerada como fundada. Em verdade, os autores costumam dividir o movimento em “old law and economics” e “new law and economics”¹⁰, tendo como marco o artigo “The Problem of Social Cost” de Ronald Coase, como esclarece Mercado Pacheco (1994, p. 27-28):

el trabajo de Coase ‘The Problem of Social Cost’ (1960) giraba em torno a un tema específicamente económico como era el del coste social o de efectos externos producidos por las actividades económicas y, en términos generales, era una crítica de los planteamientos de la Economía del Bienestar sobre el tema y, específicamente, una crítica al papel intervencionista que, dentro de esta corriente de la teoría económica, se otorgaba al Estado en la solución de los problemas de fallos del mercado. [...] el ensayo de Coase constituye el punto de partida de todo el AED en tanto que en él se encuentran las premisas fundamentales de este tipo de acercamiento al derecho, en concreto, la reverencia del concepto de efecto externo o externalidad para una teoría económica de las instituciones y el puesto central que ha de tener el problema del coste del derecho em el análisis de la realidad jurídica. Por otro lado, la introducción del análisis coste-beneficio em el proceso de toma de decisiones jurídicas significaba para la teoría jurídica la posibilidad de hablar um lenguaje compartible com los economistas y de recurrir al aparato analítico de estos para examinar y cuantificar los efectos del derecho.

Dentre os doutrinadores clássicos aquele que mais inspirou a obra de Coase foi Adam Smith, isso porque a análise desenvolvida tem como base o estudo das instituições, o que faz com que alguns autores o considere como um integrante da Nova Economia Institucional¹¹.

⁹ <http://www.journals.uchicago.edu/JLE/home.html>

¹⁰ “Posner and others, writing the history of law and economics at Chicago years later, designate this period as the ‘old’ law and economics [...] They contrast it with the ‘new’ law and economics emerging in the 1960’s, whose research agenda was to apply ‘economics to core legal doctrines and subjects such as contract, property, tort and criminal law’” (“Posner e outros, escrevendo a história do Direito e Economia em Chicago anos mais tarde, designaram este período como o ‘velho’ Direito e Economia [...] Eles contrastaram o velho com o novo Direito e Economia que emergia nos anos de 1960, cuja agenda de pesquisas era para aplicar ‘a economia para extrair o núcleo legal das doutrinas e dos temas legais, tais como o contrato, propriedade, o prejuízo, a injustiça e a lei criminal’”) (PEARSON, 1997, p. 72).

¹¹ “Este autor insere-se no movimento da nova economia institucional, o qual pretende ir além do modelo individualista neo-clássico da Escola de Chicago e averiguar o contexto institucional que

Outrossim, há autores que afirmam que Coase nada mais fez do que expor a mesma teoria de Adam Smith, no sentido de que a “mão invisível” realmente funciona independentemente da atuação do Estado. Em virtude de sua obra, Coase foi laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 1991¹².

Com a obra de Coase, é iniciado o período da proposição do paradigma de acordo com a classificação de Ejan Mackaay.

Outro trabalho que é reconhecido, pois reforçou as bases do movimento, foi o publicado por Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, intitulado “Some thoughts on risk distribution and the Law of torts”, que “demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial. Sua obra inseriu explicitamente a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões” (STAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 2).

Apesar da pioneira publicação de Guido Calabresi¹³, cuja formação era jurídica, os trabalhos que se seguiram em regra eram de economistas, salvo exceção em relação a Henry Manne que publicou “Economic police and the regulation of corporate securities” no ano de 1969.

condiciona a intervenção dos diferentes sujeitos no mercado. É importante situar correctamente o trabalho de Coase. Ele visa romper com o formalismo da economia clássica, centrando-se no estudo das pessoas e das instituições e do modo como as mesmas efectivamente agem e interagem. Em seu entender, esta metodologia aproxima-o daquele que considera ser o maior de todos os economistas, Adam Smith” (MACHADO, J., 1992, p. 208).

¹² “O Nobel de 1991 foi atribuído a um dos feitos mais raros e estranhos da história da Economia. O inglês Ronald Coase foi galardoada (sic) por ter descoberto as consequências da... ‘mão invisível’! Não se trata de plágio do pai Smith mas de uma daquelas raras situações na ciência em que uma idéia elementar, tão simples e divulgada que toda a gente a conhece, é apresentada de uma forma diferente e, ao ser explicitada, essa evidência revela consequências inesperadas e, até, escandalosas sem, no entanto, deixar de ser exactamente o que era. Coase limitou-se a dizer o que todos sabiam e ninguém percebia. Pode-se dizer que o Nobel de 91 foi concedido a um proverbial ‘ovo de Colombo’. Um outro facto insólito, que resulta deste, é que Ronald Coase na universidade de Chicago desde 1964, apesar de uma vasta obra de investigação, adquiriu notoriedade por apenas dois pequenos textos, e ambos radicando na mesma idéia. Mas desses textos tão simples saíram, não só várias linhas de investigação das mais fecundas da Economia moderna, mas também uma maior compreensão do comportamento humano, objecto da ciência e, talvez ainda mais importante, um entendimento mais profundo da real natureza e alcance dos princípios da Economia. Isto é mais do que suficiente para justificar a consagração do Nobel” (NEVES, 1991, p. 1).

¹³ “El nuevo derecho y economía surgió con el primer artículo de Guido Calabresi sobre los daños y con el artículo de Ronald Coase sobre el costo social. Éstos fueron los primeros intentos modernos por aplicar sistemáticamente el análisis económico a áreas del derecho que no regulan expresamente relaciones económicas” (POSNER, 2000, p. 27).

2.1.3.3 Da Aceitação do Paradigma

De acordo com Ejan Mackaay, três acontecimentos entre 1973 e 1980 fizeram com que a Análise Econômica do Direito passasse a ser aceita e estudada pelos juristas: a criação em 1972 do *Journal of Legal Studies* e a primeira publicação de R. Posner, *Economic Analysis of Law*, tratando de uma introdução ao *law and economics*, ambas da Universidade de Chicago; a criação em 1971 por Henry Manne do *Economics Institutes for Law Professors*, que ministrava seminários de curta duração acerca de conceitos de economia e sua aplicação ao Direito, cujo público-alvo era composto por advogados, juízes e professores de Direitos.

Com a publicação de sua primeira obra, R. Posner tornou-se um dos nomes mais populares da Análise Econômica do Direito, sendo considerado por muitos um dos precursores verdadeiros do movimento, pois consideram Coase um novo institucionalista, que apenas contribuiu para a formação do movimento, mas não o desenvolveu¹⁴.

Richard A. Posner é juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos (MERCADO PACHECO, 1994, p. 32). Sua atuação ativa no movimento acabou chamando a atenção de outros juristas, inclusive para suas intervenções jurisdicionais, em que busca a aplicação da teoria aos casos concretos da Corte, sendo crescente o número de adesões dos magistrados americanos aos ditames da Análise Econômica do Direito¹⁵.

¹⁴ “A Análise Econômica do Direito, surgida da Escola de Chicago, predominantemente pelas idéias do juiz Richard Posner, toma as normas, as instituições e os comportamentos jurídicos como fenômenos econômicos, ou seja, como bens escassos afetos à satisfação das necessidades humanas. Para tanto, mescla elementos do teorema de Coase, da teoria dos sistemas sociais (recolhendo contributos variados como os de Talcott Parsons, Niklas Luhmann e seus seguidores), das teorias fundacionalistas, e se expressa, mais recentemente, na chamada nova economia institucional (*New Institutional Economics*), que retorna às idéias básicas de Ronald Coase, tendo despertado maior interesse entre os economistas depois de lhe ter sido atribuído o Nobel de Economia. [...] Ressalte-se a atuação simultânea do liberalismo pragmático, de Posner, com a *New Institutional Economics*, de Coase, em enfoques que se conjugam” (FEITOSA, 2006, p.103 e 105).

¹⁵ “Tanto jurídico quanto político, la influencia del AED, ha sido uno de los fenómenos que más sorprenden, ya que sus argumentos y contribuciones teóricas han sido y son utilizados con profusión en los tribunales. El hecho más revelador de la institucionalización y de la influencia del AED es el nombramiento de muchos de sus representantes como jueces, tanto a nivel estatal como federal. El ejemplo más significativo es la designación de Richard Posner, el más genuino representante de este movimiento, como juez de la Corte de Apelación de los Estados Unidos en su Séptimo Circuito, al que acompañan Frank Easterbrook también en el Séptimo Circuito, Stephen Breyer en el Circuito del Distrito Central, Bernard Siegan en el Noveno Circuito y Antonin Scalia del Tribunal Supremo, todos ellos practicantes del AED” (MERCADO PACHECO, 1994, p. 32).

Justamente por ser juiz, R. Posner deixa claro que é plenamente possível o exercício da Análise Econômica do Direito na aplicação jurisdicional, afirmando, inclusive, que o direito consuetudinário, feito pelo magistrado, tende a maior eficiência que o direito legislado, feito pelos representantes do povo, em regra, corroborando sua opinião com base em observação empírica histórica, conforme sintetiza Gorga (2005, p. 148):

Posner, em seu livro *Economic Analysis of Law*, defendeu a tese de que a tradição de direito consuetudinário é melhor entendida como um sistema para maximização da riqueza na sociedade, teoria que ficou conhecida como *efficiency theory of the common law*. Posner argumentou que o direito legislado (*statutory law*) não tenderá à eficiência tanto quanto o direito consuetudinário: 'regras feitas pelos juízes tendem a promover a eficiência em contraposição àquelas feitas pelos legisladores, as quais tendem a reduzir a eficiência'. Posner foi o mentor de uma agenda de pesquisa que ofereceu evidências empíricas 'numa escala histórica', examinando minuciosamente o direito consuetudinário e identificando, em cada caso, qual seria o resultado eficiente e como as normas se orientavam no sentido de assegurar a obtenção desse resultado. Com efeito, de tão repisado, o tema da eficiência da tradição de direito consuetudinário foi considerado por alguns 'folclore' da literatura de *Law and Economics*.

Ao tempo em que a Análise Econômica do Direito encontrou amadurecimento nos Estados Unidos e adeptos na Europa, passaram a surgir as críticas ao paradigma.

2.1.3.4 Do Questionamento do Paradigma

Ejan Mackaay situa o período do surgimento e desenvolvimento das críticas entre 1976 e 1983. Enquanto o movimento era apenas uma sugestão alternativa para a teoria do Direito, não despertou a atenção de grandes juristas. Entretanto, a partir do momento que passava a permear instituições sólidas como o Judiciário americano, as atenções se voltaram para as imperfeições da teoria, com críticas vindas inclusive do continente europeu, em especial da Áustria.

Os questionamentos recrudesceram em vários simpósios organizados no início da década de 1980, em que compareceram juristas de relevo, inclusive Calabresi, este trazendo críticas construtivas ao movimento, conforme esclarece Mackaay (2000, p. 77):

these early criticism went largely unnoticed. The critics made more inroads at the end of the decade, when several symposia were held to examine what law and economics had to contribute to the theory of law. (...) The debates brought together the best American minds supporting law and economics and those critical of it. Posner defend law and economics against attacks from legal philosophers such as Dworkin and Fried and critical legal studies thinkers such as Horwitz and Keneddy, and friendlier criticism from lawyers in the Yale tradition such as Calabresi and Kronman and Austrian economists such as Rizzo¹⁶.

As críticas desferidas por Duncan Kennedy e Ronald Dworkin, ambos professores de Harvard, deviam-se ao fato de que ambos faziam parte, em sentido amplo, do movimento conhecido como *Critical Legal Studies*¹⁷, o qual foi originado a partir do Pragmatismo americano, cujo reflexo na Ciência do Direito foi a criação do realismo jurídico. Em verdade, os autores do *Critical Legal Studies* e os pertencentes ao movimento *Law and Economics* reivindicavam uma mesma fonte de existência, ou seja, o Realismo Jurídico¹⁸, entretanto, distinguiram-se, basicamente, pelo fato de que os primeiros tinham uma fundamentação econômica de esquerda, enquanto os segundos, liberal, ou mesmo, neoliberal, o que fazia surgir inevitavelmente a rivalidade no plano das idéias.

No campo da Economia, as críticas também eram severas por parte dos integrantes da Escola Austríaca, precursora do movimento conhecido como Marginalista ou Neoclássico. Tinham como principal ponto de análise a figura do agente – e o conceito de escassez e utilidade - ao contrário dos clássicos (Adam

¹⁶ “Este criticismo adiantado foi por muito tempo despercebido. Os críticos fizeram mais incursões no final da década, quando diversos congressos foram realizados para examinar o que o Direito e Economia contribuíram à teoria do Direito. [...] Os debates das melhores mentes americanas trouxeram sustentação ao Direito e Economia e as críticas a ele. Posner defende o Direito e Economia contra os ataques dos filósofos jurídicos tais como Dworkin e Fried e estudos de pensadores críticos tais como Horwitz e Keneddy, e um criticismo mais amigável dos advogados na tradição de Yale tal como Calabresi e Kronman e Economistas Austríacos tais como Rizzo.”

¹⁷ “Dissolvido ao longo dos anos noventa, o movimento *critical legal studies* fraturou-se e pulverizou-se numa miríade de sub-grupos temáticos, preocupados com hermenêutica, historiografia jurídica, gênero e ações afirmativas, entre tantos outros nichos axiais. O brasileiro Roberto Mangabeira Unger (que recentemente pode ser identificado com um neopragmatismo marcado por um projeto de democracia radical) liderou o movimento, redigindo texto que ganhou posição de manifesto. Duncan Kennedy, professor em Harvard, discutia educação jurídica, comprovando que escolas de direito formam uma elite, pouquíssimo preocupadas com problemas sociais mais verticais. Morton Horwitz escreveu textos de historiografia e de história do direito, lendo a normatividade norte-americana a partir de perspectiva influenciada por Edward Palmer Thompson. Mark Tushnet, professor em Washington, propôs constitucionalismo populista, com influências de Ferdinand Lasalle e de Peter Häberle. Elizabeth Mensch, professora na Universidade de Búfalo, criticou o pensamento jurídico convencional, especialmente como explicitado em Ronald Dworkin” (GODOY).

¹⁸ Para o Realismo Jurídico, o Direito seria aquilo que foi pronunciado pela Corte. Importa mais a pragmática, a aplicação prática, ao descobrimento do Direito. Em verdade, a partir da observação da prática jurídica, os realistas defendiam que uma questão poderia ser resolvida de várias formas, de acordo com o que a Corte determinasse, pois o formalismo e a metafísica jurídica, apesar de serem parte da cultura jurídica, não tinham utilidade prática.

Smith, Davi Ricardo, John Stuart Mill, Karl Marx) que dirigiam suas atenções para as classes de bens, o que não permitia explicar, por exemplo, porque o pão e o diamante têm preços diferentes, embora possam ter sido resultado do emprego de uma mesma quantidade de força de trabalho¹⁹. Tendo como ponto de partida o agente, os Neoclássicos afirmavam que era impossível mensurar as necessidades e os interesses dos agentes de forma objetiva, pois os valores eram subjetivos, variando de pessoa para pessoa.

As demais críticas advinham de outros teóricos, fossem eles juristas ou economistas, pertencentes a movimentos rivais ou não. Compiladas, as críticas eram basicamente as seguintes: considerando que a eficiência na aplicação do Direito é o objetivo da Análise Econômica do Direito, quanto aos direitos de propriedade não poderia se defender tal enfoque, porque sempre haveria uma possibilidade de alocação de recursos mais eficiente, o que ficou conhecido como a tese circular da eficiência; em segundo lugar, não é possível pôr à prova de refutação a tese da eficiência, pois não é possível prever quais são os custos possíveis na alocação dos recursos para um estado mais eficiente, ou seja, a própria passagem pode redundar em uma alocação menos eficiente pelo custo incidente e ainda não previsto; a terceira crítica se refere ao caráter naturalmente estático que deve ter a solução eficiente, uma vez que encontrada, deve ser mantida, o que contraria a dinamicidade do sistema jurídico, que muda de acordo com os valores da sociedade; a quarta crítica advém dos adeptos da Escola Austríaca, no sentido de que é impossível encontrar um critério de eficiência com base em medir as “perdas”

¹⁹ “Por volta da segunda metade do século XIX, tornou-se claro que a ‘economia clássica’, que atingira seu ápice na Inglaterra, nas pessoas de David Ricardo e John Stuart Mill, soçobrava lamentavelmente em meio aos escolhos de uma série de falhas fundamentais. A falha crucial fora a tentativa de analisar a economia com base em ‘classes’ e não em ações de indivíduos. Por isso, os economistas clássicos além de não conseguirem explicar corretamente as forças subjacentes que determinam os valores e preços relativos dos bens e serviços, tampouco foram capazes de analisar as ações dos consumidores, determinantes decisivos das atividades dos produtores na economia. Voltados para ‘classes’ de bens, nunca puderam resolver, por exemplo, o ‘paradoxo do valor’: o pão, apesar de ser extremamente útil, constituindo, mesmo, o ‘sustento da vida’, tem baixo valor no mercado, enquanto os diamantes, mero luxo, e, portanto, simples futilidades do ponto de vista da sobrevivência humana, são valorizadíssimos. Por que o pão, obviamente mais útil que os diamantes, é cotado no mercado a preço tão inferior ao destes? [...] Focalizando nitidamente o indivíduo, e não ‘classes’ amplas, os ‘austríacos’ puderam resolver com facilidade o ‘paradoxo do valor’ que tanto aturdira os clássicos. No mercado, um indivíduo jamais tem de escolher entre ‘pão’ como classe e ‘diamantes’ como classe. Os ‘austríacos’ mostraram que, quanto maior a quantidade – ou quanto maior o número de unidades – de um bem que uma pessoa possui, menor é o valor que esta pessoa atribui a cada unidade deste bem. O homem que erra sedento pelo deserto atribuirá um valor ou ‘utilidade’ extremamente elevado a um copo d’água, enquanto que, em Viena ou Nova Iorque, com água em abundância à sua volta, este mesmo homem atribuirá reduzidíssimo valor ou ‘utilidade’ a esse copo d’água” (ROTHBARD, 1998, p. 10, 13-14).

e “ganhos” das pessoas, pois esses conceitos são subjetivos e não podem ser mensurados; a quinta, versa sobre a impossibilidade de estabelecer uma lógica que justifique o porquê do sistema da *Common Law* ser considerado mais eficiente, tendo em vista que os juízes, no mais das vezes, não se atentam para tal critério em suas decisões; por fim, a sexta crítica é no sentido de que, ainda que o núcleo comum das decisões na *Common Law* possa refletir uma eficiência lógica, algumas legislações modernas têm um óbvio propósito redistributivo (e eficiente) como reflexo das exigências dos cidadãos em relação aos seus representantes eleitos, sendo que como esse processo funciona e quais são os limites deveriam fazer parte da agenda de investigação do *law and economics* (MACKAAY, 2000, p. 77-80).

2.1.3.5 Da Reformulação do Movimento

Embora as críticas tenham sido fortes, a Análise Econômica do Direito continua a se desenvolver, atraindo a atenção de muitos economistas e juristas. Mackaay (2000, P. 80) afirma que as críticas trouxeram contribuições ao desenvolvimento da teoria, fixando a última fase do movimento entre 1983 até os dias atuais. Afirma que o livro-texto de R. Posner continua a ter grande aceitação, estando em sua quinta edição em 1998. Outro livro de grande aceitação é o redigido por Robert Cooter e Thomas Ulen, chamado *Law and Economics*, cuja primeira edição em língua inglesa é de 1987 e a primeira em língua espanhola é de 1998, editada no México. As publicações periódicas também são várias, como o *Journal of Law and Economics* e o *Journal of Legal Studies*, ambos da Universidade de Chicago, o *International Review of Law and Economics*, da Universidade Inglesa de New Castle, e o *Journal of Law, Economics, and Organization*, da Universidade de Yale.

Mesmo dentro do movimento há disputas quanto a questões de método e divergências em razão da origem acadêmica dos seus integrantes, ou seja, economistas e juristas.

Por exemplo, são célebres as disputas travadas entre Richard A. Posner e Oliver Williamson, em que o primeiro, legítimo integrante do *Law and Economics*, discutia com o segundo, um dos principais expoentes da Nova Economia

Institucional e que desenvolveu a Teoria dos Custos de Transação, cuja base teórica inicial foi o artigo “The Nature of the Firm” de Ronald Coase²⁰.

Oliver E. Williamson, professor da Universidade de Berkeley, e Douglas C. North, ganhador do Prêmio Nobel de economia de 1993, podem ser enquadrados como integrantes da Nova Economia Institucional, pois centram seus estudos de interação entre Economia e Direito, tratando esse como uma instituição, ou seja, o Direito representa ou promove um comportamento a partir do conjunto das regras que prevê e de acordo com o ambiente em que se aplica.

Assim, divergem de Posner, uma vez que ao contrário deste, acreditam que não basta a análise da eficiência de uma norma isolada, mas sim da mesma regra dentro do contexto institucional.

Ao lado da Análise Econômica do Direito de Posner e da Nova Economia Institucional de Williamson, ainda há outras vertentes como a *Comparative Law and Economics*²¹, que se configura como uma espécie de disciplina complementar para explicar questões como a efetividade ou não do *Common Law* em face do *Civil Law*, e a *Austrian Law and Economics* (WEIGEL, 2000, p. 118-122).

Não obstante as divergências pontuais é possível traçar uma linha de coerência com elementos comuns entre os movimentos para se conceituar de forma satisfatória a Análise Econômica do Direito, como se verá adiante.

²⁰ “Talvez já superado em alguns pontos, o famoso debate travado entre Williamson e Posner em artigos publicados no *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, em 1993, foi ácido em muitos momentos, mas sempre elucidativo em torno das principais dissonâncias entre duas escolas de pensamento. Williamson critica a base neoclássica da escola de *Law and Economics* de Chicago. Posner compara as teorias da Nova Economia Institucional e da Análise Econômica do Direito. Critica aquilo que considera o caráter antiteórico da Nova Economia Institucional, por ele reconhecida como um conjunto de estudos de casos, ignorando, assim, a volumosa literatura quantitativa da ECT. Afirma que ambos os enfoques têm valor e que há entre as duas escolas muitas sobreposições com diferenças de jargão e ênfase. [...] O autor lembra que as duas escolas (ou movimento, como ele as denomina) têm origem em Coase” (STAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 2). A expressão “ECT” mencionada no texto significa Economia dos Custos de Transação.

²¹ “Comparative law and law and economics are well-established legal specialties. The two disciplines may benefit from each other, both having a strong non-state-centric approach to legal analysis. Specially, comparative law may gain theoretical perspective by using the kind of functional analysis employed in economic analysis of law. Comparative law may proceed a step forward in its target of measuring and understanding analogies and differences among alternative legal patterns by using the tools of what is considered by many scholars the most theoretically advanced social science” (“O Direito Comparativo e o Direito e Economia são especialidades legais bem estabelecidas. As duas disciplinas podem beneficiar-se uma da outra, ambas têm uma forte abordagem não centrada no Estado. Especialmente, o Direito Comparativo pode ganhar a perspectiva teórica usando o tipo de análise funcional empregada na Análise Economia do Direito. O Direito Comparativo pode progredir a uma etapa adiante em seu alvo usando analogias de medição e compreensão e em diferenças entre modelos alternativos legais usando as ferramentas do que é considerado por muitos estudiosos a ciência social teórica mais avançada”) (ANTONIOLLI; MATTEI, 2000, p. 505-506).

2.1.4 Da Adoção do Movimento em Outros Países

Além da Áustria – berço da Escola Econômica Neoclássica, cujos ensinamentos foram incorporados por Frank Knight na Universidade de Chicago ao tempo do surgimento do movimento *Law and Economics* - o movimento encontrou adeptos no continente europeu, especialmente na Inglaterra – terra-natal de Ronald Coase - e Itália. Neste país, são válidas as menções a Pietro Trimarcchi e a Ugo Mattei, professor da Universidade de Trento, que dentre outras obras, tratou da efetividade econômica do processo civil em “Tutela Inibitoria e Tutela Risarcitoria – Contributo alla Teoria dei Diritti sui Beni” de 1987²².

Em Portugal, não há no currículo da graduação dos cursos de Direito a disciplina “Análise Econômica do Direito”, entretanto, a Universidade de Lisboa oferece uma cadeira com esse tema, cujo titular é o Professor Soares Martinez, auxiliado pelo Professor Fernando Araújo. Vale ainda a referência a Vasco Rodrigues, professor titular de Economia da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto que, em recente obra de maio de 2007, traz um livro-texto acessível sobre a Análise Econômica do Direito, testemunhando que está adaptando a tradicional disciplina de Economia Política com alguns conceitos de *law and economics*, o que tem atraído a atenção dos alunos.

O mesmo tem sido feito por professores de outras instituições, como a Universidade de Coimbra, que estudam o tema, inserindo alguns conceitos nas disciplinas regulares. Acerca dos primeiros trabalhos em Portugal, esclarece Moura e Silva (2000, p. 314-316) da Universidade de Lisboa:

Professor Jorge Sinde Monteiro of the University of Coimbra Law School is one of the pioneers of law and economics in Portugal. In an article published in 1981 (Sinde Monteiro, 1981) he considers several methodological questions regarding the place of economic analysis of law in the context of the ‘science of law’. [...] Professor Souza Franco, of the University of Lisbon Law School and the Portuguese Catholic University Law School, emphasizes the role of economic analysis of law in overcoming legal positivism by providing a framework for the analysis of the content and purpose of legal rules (Souza Franco, 1992) [...] in conclusion, law and economics is well disseminated among academia, particularly in those field with greater contact with economic science, such as tax law ou public

²² “Trimarcchi tratou de ajustar ao direito continental europeu, especificamente ao italiano, as regras desenvolvidas para o sistema do direito consuetudinário, demonstrando a possibilidade de, igualmente, no que concerne ao direito codificado, adotarem-se critérios que induzam as pessoas a buscar eficiências alocativas” (STAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 2).

finance. A growing number of private law scholars use economic analysis of law in their research work.²³

A Espanha, por sua vez, também tem adeptos da Análise Econômica do Direito e em número maior que Portugal, talvez em virtude do maior número de Universidades, bem como em razão da facilidade de acesso a obras traduzidas para a língua espanhola, cuja quantidade é infinitamente maior em relação àquelas em língua portuguesa.

Segundo Pastor Prieto e Pinto (2000, p. 346-369), é possível encontrar disciplinas relacionadas à Análise Econômica do Direito na Universidade Complutense de Madri e Carlos III, em Getafe. Outrossim, em nível de pós-graduação, é possível o estudo da teoria dos contratos, direito de propriedade e regulação econômica com base em *Law and Economics* nas Universidades Carlos III, de Getafe (Madri) e Pompeu de Fabra, em Barcelona. Os autores ainda apresentam extensa bibliografia produzida na Espanha acerca do tema²⁴, bem como ressaltam o fato de Barcelona ter sido a sede da Conferência Anual da Associação Européia de *Law and Economics*.

Na Argentina, segundo Cabanellas (2006, p. 30), o movimento ainda não teve grande repercussão, apesar do crescente interesse pelo tema promovido pela influência norte-americana²⁵.

²³ “O professor Jorge Sinde Monteiro da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra é um dos pioneiros do Direito e Economia em Portugal. Em um artigo publicado em 1981 (Sinde Monteiro, 1981) considera diversas questões metodológicas a respeito do lugar da análise econômica do direito no contexto da ‘ciência do direito’. [...] O professor Souza Franco, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, enfatiza o papel da análise econômica do direito em superar o positivismo legal fornecendo uma estrutura para a análise do conteúdo e a finalidade de regras jurídicas (Souza Franco, 1992) [...] em conclusão, o Direito e Economia esta disseminado na academia, particularmente nos campos com grande contato com ciência econômica, tal como finanças públicas ou no Direito Tributário. Um número crescente de estudiosos de Direito Privado usa a análise econômica do direito em seu trabalho de pesquisa.”

²⁴ “The Number of scholars now doing research in law and economics has become big enough and the fields covered so wide that [...]. An increasing number of fields of law have been addressed by the economic approach. In order to figure out where law and economics is practiced and the extent to which this is being done, the affiliation institutions of the scholars listed below serve as a good clue. By the way it is remarkable that the 1997 Annual Conference of the European Association of Law and Economics was held at Barcelona (Univ. Pompeu Fabra)” (“O número de estudiosos que fazem pesquisa em Direito e Economia tornou-se grande bastante e os campos cobriram assim largamente a demanda [...]. Um número crescente dos campos do Direito tem sido tratado pela abordagem econômica. A fim de descobrir onde o movimento Direito e Economia é praticado e a extensão em que está sendo feito, as instituições de filiação dos estudiosos listadas abaixo serve como uma boa pista. A propósito, é notável que a conferência anual da Associação Européia de Direito e Economia em 1997 foi realizada em Barcelona (Univ. Pompeu Fabra)”) (PASTOR PRIETO; PINTO, 2000, p. 347).

²⁵ “Recién en las últimas décadas, y al influjo de la influencia de la educación jurídica estadounidense, ha renacido el interés por el análisis económico del Derecho. Debido a la fuente del impulso recibido,

2.1.4.1 Da Análise Econômica do Direito no Brasil

No Brasil, a Análise Econômica do Direito é disciplina nova e relativamente desconhecida²⁶. São poucos os trabalhos versando sobre a matéria, conforme esclarece Tokars (2008, p. 16): “e no Brasil, o que se fez? Muito pouco, o que não surpreende neste país em que o desenvolvimento cultural não é exatamente uma prioridade; em que um pragmatismo nem sempre virtuoso coloca em segundo plano a atividade econômica”. Em seguida, o autor (TOKARS, p. 16) alerta:

deve-se partir da compreensão de que o movimento da *law and economics* foi concebido dentro da estrutura da *common law* (adotada principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos), onde o Direito é construído a partir do fato jurídico. Trata-se de um caminho inverso ao percorrido para a solução das lides no campo do direito continental, ao qual nos filiamos. Simplificando ao extremo, podemos afirmar que no Brasil o direito deriva da aplicação da lei; nos Estados Unidos, ele nasce jurisprudencialmente da análise dos fatos jurídicos.

Pode se fixar como marco da introdução concreta da teoria no Brasil, a iniciativa das faculdades de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) e de Direito do Largo do São Francisco (FADUSP) da Universidade de São Paulo. Em uma aproximação promovida pelos professores Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, integrantes da primeira e segunda, respectivamente, criaram um programa de pesquisas e a publicação de uma compilação de artigos sobre o tema, com clara predileção pela vertente da Nova Economia Institucional, liderada por Williamson. Afirmam Stajn e Zylbstajn (2005, p. V e VII) que:

A motivação para o presente volume partiu dos resultados obtidos em um programa pioneiro em curso desde outubro de 2001, que reúne, mensalmente, na Universidade de São Paulo, alunos e professores da

los instrumentos e idearios utilizados suelen provenir de la escuela de Chicago, lo cual a su vez conduce a cierta confusión sobre la naturaleza ideológica del análisis económico del Derecho, que histórica y comparativamente dista de ser un monopolio de esa escuela. Entre las obras generales sobre el tema, cabe destacar la de Germán Coloma, *Análisis Económico del Derecho* y la colectiva dirigida por Horacio Spector, *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Esta última incluye una extensa bibliografía de estudios nacionales sobre el tema. Aunque la enseñanza del análisis económico del Derecho se ha difundido en los últimos años en la Argentina, su aplicación en fallos y obras de doctrina tiende a ser aún muy escasa” (CABANELLAS, 2006, p. 30).

²⁶ “Que a maioria dos juristas do Brasil não tenha sequer ouvido falar em Análise Econômica do Direito (AED) é um dado a se lamentar. Mas o fato de que os economistas no Brasil também não estejam familiarizados com a Análise Econômica do Direito é ainda mais lamentável. Para dar uma idéia da importância dessa matéria, basta mencionar que vários economistas já foram laureados com o Prêmio Nobel de economia por trabalhos desenvolvidos no campo da Análise Econômica do Direito” (FLORENZANO, 2004, p. 35).

Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) e da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco (FADUSP) para discutir as interfaces entre Direito, Economia e Organizações. A partir de certo momento, os seminários tiveram a participação de interessados de outras universidades, bem como de praticantes do Direito, economistas e cientistas das Organizações, oriundos de escritórios privados, universidades e centros de conhecimento. A partir do evento, criamos um programa de pesquisas denominado 'Diálogos FEA & Largo São Francisco', a fim de oferecer uma alternativa à necessidade da adoção de abordagem interdisciplinar entre Direito, Economia e Organizações, visando à análise mais completa e acurada das instituições e organizações nacionais. Os frutos mais recentes são o presente livro e a disciplina de Análise Econômica do Direito e das Organizações, ministrada pelos organizadores no programa de pós-graduação em Administração da Universidade de São Paulo. [...] O interesse na área interdisciplinar de Economia, Direito e Organizações tem origem no isolamento que caracteriza as tradições dos três campos do conhecimento e das respectivas instituições acadêmicas no Brasil. Cada um de nós que atua individualmente nas respectivas áreas tende a desconhecer as contribuições das demais. A sentida necessidade de promover mudanças institucionais de fundo nos leva a repensar o isolamento, buscando estabelecer pontes conceituais e criar, por consequência, mecanismos de comunicação entre as áreas de especialidade, retomando, de certa forma, a concepção de Universidade como universalidade de produção de conhecimento.

Outro trabalho digno de nota é a obra de 2005 intitulada "Direito, Economia e Mercados"²⁷, elaborada pelo economista Armando Castelar Pinheiro e pelo advogado Jairo Saddi, que se configura como o primeiro livro-texto brasileiro acerca do tema, tendo sido publicado como uma espécie de alavanca para que a Análise Econômica do Direito seja aceita no país, sobretudo porque exposta com base nos temas nacionais.

Armando Castelar Pinheiro, que é professor do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, já havia escrito instigante artigo acerca do comportamento e influência do Poder Judiciário brasileiro sobre as relações

²⁷ "Este livro é fruto da tentativa de diálogo entre um economista e um jurista. Convidados a participar do projeto do BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) no âmbito da produção de livros-textos sobre economia sem sotaque estrangeiro, optou-se por propor um livro-texto de Direito e Economia, com uma abordagem que trata das duas disciplinas conjuntamente, com o instrumental de estudo que elas oferecem. Lamentavelmente, quase não existe entre nós material sobre o tema. A maior parte da literatura sobre o assunto desconsidera as particularidades de um sistema legal como o brasileiro. Mesmo o movimento de *Law & Economics*, consagrado nos Estados Unidos e Europa, sempre sofreu grande resistência no Brasil, em especial pela falta de compreensão de alguns paradigmas básicos e por ser visto como 'coisa de gringo', em face de ser oriundo do regime de *common law*, perpetuando um erro básico, porém comum, de que só países com esse tipo de sistema jurídico poderiam fazer Direito & Economia. Por seu turno, o abismo entre os operadores de direito e os economistas sempre foi ampliado entre nós pelo cenário macroeconômico volátil (por exemplo, a contestação dos planos econômicos na Justiça) e pela falta de crença do sistema legal na estabilidade dos contratos. [...] É hora de aproximar as duas áreas, seja trazendo o debate para uma mesma arena, seja encorajando produções acadêmicas como esta que se propõe" (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. XXV e XXX).

econômicas, intitulado “Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil”. Foi originalmente publicado na obra “Reforma do Judiciário: Problemas, Desafios e Perspectivas” e depois, de forma resumida, na obra organizada por Décio Zylberstajn e Raquel Stajn.

O autor realizou pesquisa com setecentos e quarenta e um magistrados, das diversas competências no Brasil, em que chega a conclusões como o fato de que mais de oitenta por cento dos juízes entendem que o juiz não deve ser neutro, devendo influir nos processos sociais, inclusive intervindo no cumprimento dos contratos. Tal estudo, para os fins de analisar a aplicação do Direito em nível econômico, é inédito no Brasil.

Por fim, não se podem esquecer as tentativas pioneiras da professora da Universidade de Brasília, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, que, em 1982, escreveu o artigo “Breve notícia sobre a análise econômica do direito”, cuja publicação se deu na Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, em que traz as primeiras notícias do movimento para o Brasil, bem como de José Augusto Fontoura Costa, professor da Faculdade de Direito de Sorocaba; Carmem Lúcia Silveira Ramos, que foi professora de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná; e, no plano da concorrência, a boa análise de Paula Andréa Forgioni, professora da Universidade de São Paulo e de Daniel Goldberg, secretário da Secretaria de Direito Econômico, ligada ao Ministério da Justiça.

2.2 O CONCEITO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como foi visto, a nomenclatura Análise Econômica do Direito, Escola de Chicago, Nova Economia Institucional, Análise Econômica das Organizações e outras, em um primeiro momento, designam pontos de vista diferentes acerca do tema tratado. Entretanto, fato é designam uma mesma teoria, apenas com pontuais divergências, geralmente relacionadas à filiação histórico-econômica do estudioso, como se observa da divergência entre neoclássicos e neo-institucionalistas²⁸.

2.2.1 A Aplicação dos Instrumentos Econômicos na Seara Jurídica

De acordo com Mercado Pacheco (1994, p. 34-35), a Análise Econômica do Direito é uma reformulação econômica do Direito, colocando no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do Direito, o custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas. Esta redefinição se realiza mediante a aplicação nos estudos dos diversos setores do ordenamento jurídico de uma metodologia ou enfoque econômico que pertence à peculiar forma de trabalhar do economista.

O autor segue afirmando que o economista pode ser chamado a colaborar com o jurista, em primeiro lugar, para explicar categorias técnicas referidas nas normas jurídicas, quando sua atuação se reduz a uma informação ou esclarecimento.

Em segundo lugar, pode o economista ser convidado a atuar de forma mais decisiva, quando assume uma importância fundamental para determinar quais são as fórmulas jurídicas mais adequadas para alcançar objetivos econômicos almejados pelas regulações jurídicas.

Em terceiro lugar, segundo Mercado Pacheco (1994, p. 35-36):

²⁸ “Apesar de ser uma única escola, o movimento de Direito & Economia tem diversas correntes de interpretação, que convergem em relação ao instrumental analisado, mas diferem no tocante ao seu ponto de partida para a aplicação desses instrumentos. Assim, há a Escola de Chicago, a Escola da Public Choice, os Institucionalistas e os Neo-Institucionalistas, o Movimento dos Estudos Críticos – apenas para citar alguns. São perspectivas que competem entre si na abordagem e na interpretação da formulação dos preceitos e de sua inter-relação com o processo legal e econômico. Por exemplo, para a Escola de Chicago, o agente econômico está sempre procurando maximizar a sua satisfação, num processo racional, enquanto, na Escola da Public Choice, o objetivo é maximizar a reputação – há inúmeros pontos de maior proximidade, outros nem tanto; contudo, o instrumental (econômico) utilizado é um só” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 85).

el economista no sólo presta su apoyo técnico o de 'supertécnico', sino que asume el papel del jurista. En este caso, el economista propone un nuevo vocabulario y aporta su peculiar estructura analítica para el examen de los problemas jurídicos aunque estos no tengan el carácter de económico en el sentido antes reseñado.

É nesse terceiro papel que está centrada a Análise Econômica do Direito, portanto, como uma aproximação de juristas e economistas, em um momento histórico e econômico propício – após as duas Grandes Guerras, a Depressão Americana e a bipolarização dos sistemas capitalista e socialista - cujo objetivo era solucionar problemas jurídicos de falhas de mercado e outros com base em critérios econômicos.

Afirmam Pinheiro e Saddi (2005, p. 83-84) que:

O movimento de Direito & Economia vem a ser uma corrente acadêmica de juristas e economistas que procura analisar o fenômeno jurídico sob uma óptica comum, baseada em princípios econômicos. Essa linha de pensamento, concebida originalmente como uma vertente das escolas econômicas mais liberais, foi logo abarcada pelas faculdades de Direito. Seus enunciados olham o direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico, e que pode, e deve, ser analisado à luz de critérios econômicos, como o da eficiência.

Nesse sentido, observe-se a definição de Tokars (2008, p. 16):

A proposta central deste movimento é a análise dos fatos jurídicos sob o prisma de seus custos de transação, aplicando os métodos de análise de eficiência fornecidos pela econometria. Afere-se o custo social, no plano econômico, derivado de um determinado fato jurídico. Sob esta ótica examinam-se, por exemplo, os efeitos da facilitação do registro empresarial, da estrutura da ressocialização dos detentos ou da tutela jurídica das relações familiares. A eficiência econômica (estudada pontualmente em um dado fato social para ao final ser projetada à concepção de desenvolvimento econômico) somou-se às preocupações filosóficas e sociológicas dentro de uma pretendida interdisciplinariedade do Direito.

Gherzi (2004, p. 255) esclarece que a Análise Econômica do Direito, apesar do que muitos apressadamente concluem, não se confunde com a disciplina especializada do Direito conhecida como “direito econômico”, porque antes se refere a um método novo, baseada nos critérios e princípios econômicos:

A análise econômica do direito é uma questão distinta do direito econômico; é uma ferramenta científica. O jurista descobre que o direito – no aspecto de regulação econômica – não é o centro da sociedade, senão, pelo contrário, é o sistema, que desde o Estado trata de reduzi-lo a um

mero apêndice. Aparecem assim as instituições do direito econômico, como o contrato ou a reparação de dano, como objetos de conhecimento e análise, rompendo o esquema clássico da pureza abstrata e a não contaminação científica. [...] A questão é estudar por intermédio desta ferramenta científica, que é a análise econômica do direito, desde a situação geral até as consequências para os sujeitos individuais e a sociedade como um todo, das instituições econômicas, por exemplo, a reparação de danos em sua fase de quantificação.

Portanto, a Análise Econômica do Direito é essencialmente um movimento interdisciplinar²⁹, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência social econômica, especialmente os elementos “valor”, “utilidade” e “eficiência”. Busca aplicar seu método a todas as searas do direito, apresentando um novo enfoque de forma dinâmica - desde aquelas em que é fácil vislumbrar a inter-relação, como o direito da concorrência e contratos mercantis – até naquelas em que causa maior estranheza para o jurista, como no direito penal e relações familiares.

A afirmação de que a Análise Econômica do Direito promoveu a ampliação do papel da Economia no âmbito do Direito além dos limites ortodoxos é corroborada pela obra de Cooter e Ulen (1998, p. 11-12):

hasta hace poco tiempo, el derecho confinaba el uso de la economía a las áreas de las leyes antimonopólicas, las industrias reguladas, los impuestos e la determinación de daños monetarios. El derecho necesitaba a la economía en estas áreas para contestar interrogantes como: ¿Cuál es la participación del demandado en el mercado?, ¿reducirá el control de precios la disponibilidad de seguros automovilísticos?, ¿quién soporta en realidad la carga del impuesto a las ganancias del capital? y ¿cuánto ingreso futuro podrían perder los hijos por la muerte de su madre?. Esta interacción limitada cambió drásticamente a principios de los años sesenta, cuando al análisis económico del derecho se expandió a las áreas más tradicionales del mismo, como la propiedad, los contratos, los ilícitos

²⁹ “O movimento direito e economia mostra-se como interdisciplinar, sem os perigos de ser antidisciplinar, a exemplo do que ocorre com outros focos do antifundacionalismo pós-moderno. Cobre quase todos os campos do direito, preocupando-se com criminalidade, uso de drogas, roubo de obras de arte, exploração do sexo, barrigas de aluguel, direito internacional público, democracia, religião. Enfrenta-se o anarquismo decorrente das teorias críticas, permitindo que o direito seja estudado como um sistema, que seja revelado como coerente e que seja melhorado. Para Posner a economia é ferramenta importante para analisar questões que operadores do direito não conseguem conectar com problemas concretos (POSNER, 2003). A economia é a ciência das escolhas racionais, orientada para um mundo no qual os recursos são inferiores aos desejos humanos. Nesse sentido, o homem é um maximizador de utilização racional. As satisfações são aumentadas na medida em que comportamentos são alterados. Custos informam as opções, os custos sociais diminuem a riqueza da sociedade, os custos privados promovem uma realocação desses recursos. Quem encontra um tesouro não aumenta a riqueza da sociedade (POSNER, 2003). Valor, utilidade e eficiência norteiam escolhas. Quando percebemos decisões jurídicas ou métodos normativos como escolhas, do juiz ou do legislador, conclui-se que essas decisões poderiam se orientar pelos cânones de valor, utilidade e eficiência, que se distanciam de concepções de justiça, teóricas e contemplativas. Admite-se também, bem entendido, que o alcance da economia é limitado, dado que se centra em valor, utilidade e eficiência. Essa conclusão comprova que o pragmatismo é ponto comum na relação entre direito e economia” (GODOY).

culposos, el derecho penal y procesal penal, e el derecho constitucional. En esta nueva utilización de la economía en el campo del derecho se formulaban interrogantes como los siguientes: ¿Alentará la propiedad privada del espectro electromagnético su uso eficiente?, ¿cuál sanción del incumplimiento contractual provocará una confianza eficiente en las promesas?, ¿adoptarán las empresas la precaución adecuada porque la ley los considere estrictamente responsables de los daños causados a los consumidores?, ¿la imposición de castigos más severos evitará la comisión de delitos violentos? y ¿cómo afecta el bicameralismo al poder discrecional de los tribunales?

Em uma definição mais crítica e baseada nas origens histórico-econômicas da corrente, assim se manifestou Costa (2001, p. 157-158 e 162):

em linhas gerais, a AED se constitui como um estudo sobre o Direito a partir da teoria econômica neoclássica, sobretudo com as feições dadas pela Escola de Chicago. O método é econômico e a análise se faz num único sentido – da Economia para o Direito. As relações entre Economia e Direito têm aspectos descritivos, que explicam, como na teoria da eficiência do common law, o Direito a partir da racionalidade econômica, assim como aspectos normativos, já que, uma vez explicitados os métodos segundo os quais se atinge maior eficiência, no sentido econômico, a escolha de outros deve ser justificada valorativamente. Assume-se que o indivíduo busca seus interesses pessoais e para tanto pode alterar seu comportamento para atingir maior satisfação. Disso se deriva a relação inversa entre oferta e procura, o limite da busca de um determinado bem ou a fixação de um preço pelo custo de oportunidade, que é a maior satisfação que poderia ser atingida atuando-se de uma maneira diferente, e, portanto, aceita-se que os recursos tendem a gravitar em torno dos seus usos mais valiosos, em uma Economia de Mercado.

O autor conclui afirmando que a Análise Econômica do Direito surge como resultado de um imperialismo econômico que autoriza a presunção de que o homem age de acordo com uma racionalidade econômica, sendo essa a premissa para qualquer ciência social. Arremata dizendo que o movimento baseia-se em um individualismo radical – busca de benefícios individuais – e que encontra no mercado a resposta para a maximização da satisfação (COSTA, 2001, p. 162).

2.2.2 A Análise Econômica do Direito Positiva e Normativa

Os autores costumam dividir a Análise Econômica do Direito com base em dois diferentes enfoques: a análise positiva do direito e a análise normativa do direito³⁰. Rodrigues, V., (2007, p. 34) trata da diferença entre as linhas de cognição:

³⁰ “A análise econômica se divide em duas grandes abordagens: uma positiva e outra normativa. Aplicada ao direito, a primeira prediz os efeitos das várias regras legais: por exemplo, sobre como os agentes econômicos vão reagir a mudança nas leis e na sua aplicação. Uma análise econômica

as questões a que a Análise Económica do Direito tem dado mais atenção são de dois tipos: Quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico? Qual o enquadramento jurídico que deveria existir? O primeiro grupo de questões decorre directamente da definição da Economia como o estudo da escolha racional: os economistas admitem que as escolhas que as pessoas fazem são influenciadas pelos sistemas de incentivo a que estão sujeitas, porque estes alteram os custos e benefícios das diversas opções disponíveis. O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atractiva do que se não o é. A lei pode, assim, ser pensada como um sistema de incentivos e analisar os efeitos de diferentes sistemas de incentivos é uma das grandes preocupações dos economistas. Este tipo de questões corresponde a uma análise positiva do direito. Já o segundo tipo de questões corresponde a uma análise normativa, que decorre da preocupação dos economistas com a eficiência. Diferentes sistemas de incentivos, e portanto, diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes: um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos legislativos mais eficientes a enquadramentos legislativos menos eficientes.

Posner (2000, p. 69-70), que fundamenta sua Teoria da Eficiência da *Common Law* com base na análise positiva, esclarece:

la distinción entre positivo y normativo, entre explicar el mundo como es y tratar de cambiarlo para hacerlo mejor, es básica para entender el movimiento de AED. Sin embargo, es una distinción difícil para los abogados porque son invariablemente normativos, y tal dificultad es una fuente común de confusión, pues muchas de las críticas que son propiamente señaladas como análisis económico normativo no se aplican para el análisis económico positivo. Por ejemplo, que resulte difícil mostrar que 'eficiente' es sinónimo de 'bueno' no se refiere, al menos directamente, a la cuestión de si la hipótesis de que el derecho consuetudinario promueve la eficiencia está apoyada por la evidencia o no. Otra distinción relacionada con el AED está entre el estudio del comportamiento regulado y del comportamiento regulatorio. El economista puede estudiar una actividad regulada por el sistema legal o puede estudiar la actividad regulatoria del sistema. Un ejemplo del primer caso es el estudio de la incidencia delictiva como función de la certeza o severidad de las penas criminales, un ejemplo del segundo es el estudio de la estructura del castigo penal.

Ocorre que, não raro, aqueles que tratam do tema acabam por fazer uma análise parcial do movimento, atentando apenas para o enfoque positivista ou

positiva das regras de indenização, em matéria de responsabilidade civil, deve poder prever os efeitos das normas de responsabilidade objetiva e subjetiva sobre as condutas (ou comportamentos) de negligência. Já a corrente normativa vai adiante e procura estabelecer recomendações de políticas e de regras legais baseadas nas suas consequências econômicas, caso sejam adotadas. Não por outra razão, esta corrente estabelece como princípio o uso da expressão 'eficiência' – extensivamente usada neste livro –, possuidora de duas conotações importantes, também discutidas adiante: a eficiência de Pareto, aquela na qual a posição de A melhora sem prejuízo da de B, e a chamada eficiência de Kaldor-Hicks, na qual o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total" (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 88).

normativista. Veja-se a definição de Florenzano (2004, p.38), baseada em maior grau no âmbito positivo:

Poderíamos dizer que a AED visa investigar a função da norma jurídica como estrutura de incentivos para a atividade econômica. Em outras palavras, visa explicitar os efeitos do direito, sobretudo o direito posto pelas sentenças judiciais, sobre a economia. A AED é, pois, um instrumento teórico que serve para auxiliar na análise, na crítica, na compreensão, na interpretação e na aplicação do Direito, tendo em vista o aperfeiçoamento do sistema jurídico composto de normas e instituições. Por intermédio do sistema jurídico, tratam os homens de conseguir situações de certeza, de segurança, de ordem e de paz em suas relações sociais. Mas, além disso, deseja-se que essas situações ordenadas e pacíficas sejam justas.

Conclui o autor:

Para a AED a idéia de ordem justa se traduz pela idéia de ordem eficiente que é dada pelo sistema jurídico que proporciona a estrutura de incentivos mais adequada à realização do potencial produtivo da sociedade. Portanto, os estudiosos que adotam a AED como instrumental teórico para a crítica que visa ao aperfeiçoamento do Direito partem da seguinte indagação: como o Direito posto interfere, influencia e determina o funcionamento da economia? A partir das respostas encontradas nos vários estudos de casos concretos, a AED vai sugerir como o Direito posto pode ser aperfeiçoado, no sentido de proporcionar ou favorecer o melhor funcionamento possível da economia, o que pressupõe uma economia funcionando com a máxima eficiência possível.

Em contraposição, veja-se a definição de Silva, C., (2005, p. 161) atendo-se ao aspecto normativista:

popularizado a partir da década de 60, tem como foco os comportamentos humanos que resultam da influência de determinadas leis. Este campo é o que tem mais se expandido, posto que prega que todo o direito positivo pode se tornar mais 'eficiente' ao observarmos como este modifica o meio social. Seus principais autores (Becker, Calabresi, Coase, Posner, etc) se tornam ao mesmo tempo mais conhecidos e mais controvertidos, posto que são acusados, por exemplo, por Ronald Dworkin e Frank Michelman, de pôr o ideal de maximização das relações custo-benefício em detrimento do caráter de Justiça do Direito.

Para finalizar, válida a citação de Sztajn (2005, p. 82) que, utilizando o ensinamento de Ronald Coase, assim trata da Análise Econômica do Direito:

para Ronald Coase, *Law and Economics* demonstra a importância da Economia no estudo do Direito, [...] centrada nas instituições sociais entre as quais, empresas, mercados e normas, que facilitam compreender o sistema econômico. Para Coase, quando os operadores do Direito dominarem conceitos econômicos, suplantarão os economistas na

avaliação econômica dos efeitos das normas jurídicas, refinando o método de estudo do Direito.

2.3 DA CIÊNCIA ECONÔMICA

2.3.1 Conceito

De acordo com os conceitos acima compilados, observa-se que a Análise Econômica do Direito se notabiliza por trazer o método econômico para a realidade do Direito em um exercício de resultados. Sendo assim, é necessário que se faça uma breve exposição, em caráter introdutório, por isso a brevidade, do que seja a ciência econômica.

De acordo com Mankiw (2001, p. 5):

Economia é o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos. Na maior parte das sociedades os recursos não são alocados por um único planejador central mas pelas ações combinadas de milhões de famílias e empresas. Os economistas, portanto, estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas poupanças.

O professor titular de Direito Econômico da Universidade de São Paulo, Nusdeo (2005, p. 43-44), afirma que:

o conceito de Economia decorre de duas simples observações da vida cotidiana: por um lado, as necessidades humanas tendem a se multiplicar indefinidamente; por outro, os recursos para o seu atendimento são rigorosamente limitados e finitos – numa palavra: escassos. Em função das duas realidades acima apontadas, estabelecem-se em qualquer sociedade relações tendentes a ordenar e a disciplinar o uso dos recursos escassos. E a Economia é a ciência social que estuda tais relações, os fenômenos por elas gerados e a atividade social desenvolvida sob a sua égide, para a administração desses recursos escassos.

De acordo com o autor, a Economia pode ser dividida em Economia Positiva e Economia Normativa³¹ (NUSDEO, 2005, p. 44). A primeira tem como objetivo

³¹ Há autores que não tratam de classificar a ciência econômica em positiva ou normativa, mas sim seus argumentos dessa forma: “os argumentos que compõem a teoria econômica são classificados em positivos e normativos. Os argumentos positivos dizem respeito ao que ‘é, foi ou será’. Desse modo, qualquer rejeição sobre as suas validades pode ser apropriadamente confrontada com os fatos da realidade. Os argumentos normativos dizem respeito ao que ‘deveria ser’. As rejeições a tais argumentos não podem ser confrontadas com os fatos objetivos da realidade. Isso porque os argumentos normativos são impregnados de critérios filosóficos, religiosos ou culturais. Eles são apresentados sob juízos de valores que procuram infundir a idéia do que é bom ou do que é ruim, logo, carregados de valores subjetivos. Veja-se o seguinte exemplo: São Paulo é a primeira cidade na produção industrial brasileira. Esse é um argumento positivo porque pode ser confrontado com os dados da realidade. O que não acontece com o seguinte argumento: São Paulo deveria ser a segunda cidade porque em primeiro deveria estar Salvador ou Porto Alegre. Outro exemplo: o salário

analisar, explicar e prever os fenômenos econômicos e ainda se subdivide em teoria ou análise econômica – elaboração de modelos que simplificam a realidade, identificando as variáveis relevantes e as relações de causa e efeito entre elas – e a Economia aplicada – aplicação da teoria às situações concretas. A Economia Normativa, por sua vez, tem como escopo normatizar a vida econômica, de forma a criar um quadro para promover mudanças no conjunto institucional. As duas subdivisões da Economia Normativa são: doutrina econômica – linha de pensamento voltada para a organização social das atividades econômicas - e a Política Econômica³² que também objetiva a elaboração de planejamento econômico, entretanto, tem um cunho menos abrangente e mais pragmático (NUSDEO, 2005, p. 86-90).

Numa outra forma de divisão, quanto ao âmbito, afirma que a Economia pode ser classificada como microeconomia e macroeconomia. Segundo Nusdeo (2005, p. 92), a microeconomia

está preocupada com a análise do comportamento de unidades econômicas, como o consumidor, o produtor, a empresa, e como eles interagem em mercados de cada produto identificados. É uma análise cujo pressuposto é o comportamento das unidades no desempenho da sua atividade de administrar recursos escassos.

Outrossim, Nusdeo (2005, p. 92-93) afirma que a macroeconomia

enfoca diretamente os denominados grandes agregados, grandezas que abarcam um conjunto dessas atividades, funcionalmente consideradas dentro do todo econômico. Fala-se, assim, na macroeconomia em consumo, renda, emprego, investimento, poupança, inflação, saldo da balança comercial e outras grandezas que representam parcelas funcionalmente substantivas, globais, de todo um conjunto de atividades econômicas, sem identificar produtos ou mercados específicos.

Segundo Garófalo (2006, p. 102), há quatro critérios para se diferenciar Microeconomia e Macroeconomia. O primeiro parte do princípio de que a

real deveria ser mais alto para a felicidade geral do povo, bem como as exportações deveriam ser menores para poder aumentar o consumo interno, obviamente tudo isso com uma taxa menor de inflação.” (RIZZIERI, 2006, p. 6-7).

³² “As medidas de política econômica são inúmeras, indo desde uma pequena mudança da alíquota de um tributo qualquer até a reforma geral do sistema previdenciário ou tributário. De maneira ampla, toda a legislação de conteúdo econômico – e ela representa sempre algo como 95% do ordenamento jurídico de qualquer país ocidental, está imbuída de algum sentido de política econômica, por estimular ou condicionar comportamentos tidos como favoráveis à colimação de determinados objetivos, ainda quando vagamente intuídos” (NUSDEO, 2005, p. 90).

Microeconomia é mais abstrata que a Macroeconomia, ou seja, a primeira desenvolve princípios gerais sobre os quais aplica seu método, enquanto a segunda é voltada ao exame de questões concretas delimitadas por circunstância de espaço e tempo. Em segundo lugar, a Microeconomia se diferencia da Macroeconomia porque utiliza a visão microscópica em contraposição à visão macroscópica da segunda, ou seja, de acordo com metáfora muito recorrente, a primeira visualiza as árvores, enquanto a outra, a floresta. O terceiro critério se refere à possibilidade da Microeconomia analisar variáveis de forma isolada (individuais), como a teoria do consumidor, da firma e da oferta de forma independente entre elas; já a Macroeconomia trabalha com suas variáveis sempre de forma interdependente. Por fim, o quarto critério é a forma de abordar o preço, pois a Microeconomia o analisa de forma relativa – como os preços de alguns bens variam em função de outros – enquanto a Macroeconomia analisa o preço de forma absoluta.

Para a Análise Econômica do Direito as questões econômicas que interessam estão, em regra, relacionadas ao estudo da Microeconomia, a qual abrange: a teoria do consumidor – a questão da utilidade (satisfação proporcionada ao agente pela fruição de um bem) e da escolha (alternativa do consumidor diante de dois bens úteis) – a teoria do funcionamento do mercado – demanda (quantidade de certo bem ou serviço desejado pelo agente durante um lapso de tempo), oferta (quantidade de um bem ou serviço que os produtores desejam vender durante um lapso de tempo) e equilíbrio de mercado (ponto de encontro entre o montante de um bem ou serviço desejado por um consumidor com aquele posto à venda pelo produtor) – teoria da firma ou empresa – a produção (transformação dos fatores adquiridos pela empresa, de acordo com o custo e a demanda dos fatores de produção) – a teoria das estruturas de mercado – questões de concorrência (relação das firmas quanto ao oferecimento de bens para consumo).

2.3.2 Histórico

2.3.2.1 Os Primórdios – Da Grécia à Fisiocracia

Não obstante a preocupação com a teorização acerca de questões econômicas tenha encontrado lugar em tempos remotos como, por exemplo, na obra do grego Xenofonte – que tratou do *oikos*, casa e *nomos*, lei - e a Crematística de

Aristóteles, bem como a tentativa de padronizar comportamentos econômicos – Mercantilismo – fato é que a Economia como ciência teve seus primeiros traços com o movimento conhecido como Fisiocracia, cujo líder era François Quesnay.

Quesnay, médico francês da Corte de Luís XV, em 1758, com a obra *Quadro Econômico*, inaugurou a primeira escola econômica, cuja teoria era de que tanto os fatos econômicos como os sociais eram regidos por normas da natureza, ou seja, bastava ao homem, com base na razão, captar esse regramento e agir de forma a alcançar resultados ótimos. A terra é a fonte de riqueza, ou seja, é dela que provém o desenvolvimento econômico.

2.3.2.2 Os Clássicos

Em 1776, com a *Riqueza das Nações*, como já abordado acima, Adam Smith inaugura a chamada Escola Clássica. “A Escola Clássica propriamente dita consiste, portanto, naquela corrente científico-econômica iniciada, em 1776, com Smith, continuada particularmente com Malthus e Ricardo e completada, em 1848, por Stuart Mill e seus ‘Princípios de Economia Política’” (HUGON, 1984, p. 101).

Adam Smith, como os Fisiocratas, também buscava estabelecer leis naturais que explicassem os fenômenos econômicos, entretanto, ao contrário deles, afirmava que a origem da riqueza era o trabalho e não a terra.

Smith afirma que a regulação entre oferta e demanda se dá nas relações de mercado, sob sua “mão invisível”, expressão que já havia utilizado em suas obras anteriores chamadas “História da Astronomia” e “Teoria dos Sentimentos Morais”.

Portanto, é comum se classificar Adam Smith como um liberal, pois invoca a liberdade e a não-intervenção como fundamento para sua teoria.

Vale apontar interessante definição acerca do princípio da capacidade contributiva em sua obra: “os súbditos de todos os Estados devem contribuir para a manutenção do governo, tanto quanto possível, em proporção do rédito que respectivamente usufruem sob a protecção do Estado” (SMITH, 2006, p. 485).

Thomas Malthus, que viveu de 1766 a 1834, teve como principal marca de sua obra a preocupação com a questão do crescimento populacional.

Com a afirmação de que a população crescia em progressão geométrica, enquanto a produção, em progressão aritmética, Malthus dirigiu críticas à proposta subvencionista de Godwin e Condorcet, os quais defendiam a destinação de auxílio

social por parte do Estado às famílias pobres (Lei dos Pobres) de acordo com o tamanho delas.

Entre 1772 e 1823, viveu David Ricardo que, em suas obras, utilizava-se de um mesmo método abstrato e dedutivo, como Adam Smith, contrário a Thomas Malthus, que se utilizava de um método empirista. Segundo Fogarty (1965, p. 20):

Para Ricardo, o fim da actividade económica é aumentar aquilo a que ele chama riqueza do país e que actualmente denominariamos rendimento nacional real. Do seu ponto de vista, o problema mais delicado da ciência económica consiste na decisão da maneira como esse rendimento deve ser dividido pelos diferentes factores da produção: quem deve receber o quê e através de que mecanismos. Este problema é resolvido de uma maneira puramente científica pelo estabelecimento de hipóteses bem definidas, tais como a concorrência perfeita, e raciocinando a partir delas para se ver a que conclusões conduzem.

Em sua obra “Princípios de Economia Política e de Tributação”, Ricardo tratou da questão dos impostos, assim os conceituando: “os impostos são aquela parte do produto da terra e do trabalho de um país que é colocado à disposição do Estado e, em última análise, são sempre pagos ou pelo capital ou pelo rendimento do país” (RICARDO, 1965, p. 20).

Ainda como integrantes da chamada Escola Clássica, podem ser citados John Stuart Mill (1806-1873), Jean Baptiste Say (1768-1832) e Karl Marx (1818-1883).

Karl Marx, alemão de Trier, teve destacada importância na economia política clássica, focando suas análises na dialética hegeliana aplicada ao materialismo.

O materialismo histórico de Marx era destinado a estudar as leis sociológicas que explicavam a evolução e as práticas da humanidade, notadamente no âmbito das interações econômicas.

Sua obra principal, “O Capital”, teve por objetivo abordar a natureza do capital e a origem do lucro, bem como trabalhar com o conceito de luta de classes e de mais-valia, que é a criação de maior valor do produto trabalhado em relação ao que foi pago pelo trabalho.

2.3.2.3 A Escola Histórica Alemã

Enquanto a Escola Clássica de Smith, Ricardo e Mill estava confinada na Inglaterra, com poucas influências em outros países, na Alemanha tinha grande desenvolvimento a Escola Histórica Alemã, cujos autores, segundo Feijó (2001, p. 234):

eram críticos vorazes do método abstrato-dedutivo dos clássicos e estavam sob influência das idéias filosóficas mais em voga no período: o sistema de Hegel e o evolucionismo associado ao estudo da jurisprudência e da filologia. Tais idéias sugeriram àqueles autores o método histórico de estudo da economia. Método que parte do pressuposto de que a vida econômica não é isolada da vida política e social. Assim, o que acontece com o homem depende da sociedade, da nação e das circunstâncias históricas.

Foram expoentes dessa Escola Wilhelm G. F. Roscher (1817-1894), Bruno Hildebrand (1812-1878) e Karl Knies (1821-1898) sendo que a Nova Escola Histórica tinha em Gustav von Schmoller (1838-1917), um de seus principais nomes.

Os históricos contrapunham aos clássicos o fato de não ser possível se estabelecer leis econômicas gerais e abstratas.

Afirmavam que as leis são sempre derivadas de instituições e são perceptíveis pelo método indutivo a partir de dados históricos.

2.3.2.4 A Escola Neoclássica ou Marginalismo

Nem a Escola Clássica, tampouco a Escola Histórica Alemã, eram suficientes para responder às transformações ocorridas no final do século XIX: havia necessidade de sistematização dos princípios econômicos³³.

Portanto, no período entre 1870 (surgimento da análise econômica moderna) e 1929 (Grande Depressão Americana), a ciência econômica teve grande

³³ “Era evidente, no último quartel do século XIX, a urgência da reabordagem dos princípios básicos que orientavam a Ciência Econômica, em face de novos fatos econômicos e das transformações estruturais das economias das nações industrializadas: o capitalismo ‘atomizado’ e concorrencial no início do século XIX cederia lugar a um capitalismo ‘molecular’ ou de grandes concentrações econômicas, de forte tendência monopolística; o Estado abandonara sua passividade de simples guardião da ordem para interferir, cada vez mais, no campo econômico, os salários reais dos trabalhadores denotavam sensível melhora, em vez de crescente deterioração, e os sindicatos começavam a surgir legalmente, em defesa dos interesses profissionais dos empregados; os países ocidentais gozavam de notável prosperidade, sem indícios de graves consequências previstas pelos clássicos pessimistas (especialmente Malthus), por Marx e outros)” (PINHO, 2006, p. 34-35).

desenvolvimento, ultrapassando as fronteiras de Inglaterra, França e Alemanha, e, enquanto Clássicos e Historicistas discutiam sobre questões de métodos dedutivo ou indutivo, surgia o Neoclassicismo ou Marginalismo.

Segundo Pinho (2006, p. 35), o

Neoclassicismo ou Marginalismo: buscou integrar a teoria da utilidade do valor com a teoria do custo de produção dos clássicos, bem como explicar os preços dos bens e dos fatores, a alocação dos recursos com o auxílio da análise marginal. A análise marginal “representou um instrumento, rapidamente difundido, para explicar a alocação de determinados recursos escassos entre os usos correntes, com o objetivo de se chegar a resultados ótimos.

Frise-se que o cálculo marginal já vinha se desenvolvendo por Cournot e Dupit, na França; von Thünen e Gossen, na Alemanha; W. F. Lloyd, M. Longfield, W. T. Thornton, F. D. Longe, F. Jenkin e R. Jennings, na Inglaterra; entretanto, as bases da Revolução Marginalista, em que foi utilizada a teoria do consumidor, o conceito de utilidade e o conceito marginal, foram traçadas por William Stanley Jevons, na Inglaterra, Carl Menger, na Áustria e Léon Walras, na França³⁴.

A Escola Neoclássica, em especial a Austríaca, alterou a teoria do valor, afirmando que o valor de uma coisa se refere à utilidade que ela tem para aquele que dela necessita, ao contrário dos clássicos que afirmavam que o valor era o trabalho agregado ao produto.

Nusdeo (2005, p. 57-58) afirma que a teoria do valor-trabalho toma como premissa que tudo aquilo que tem valor no mundo decorre do trabalho socialmente relevante, porque, tendo a natureza concedido todos os meios de forma gratuita ao homem, só agrega valor aquilo que é transformado.

É possível apontar quatro escolas como integrantes do Movimento Marginalista: a Escola de Viena ou Escola Psicológica Austríaca, a Escola de Lausanne, a Escola de Cambridge e a Escola Neoclássica Sueca.

A primeira Escola surgiu com a atuação de Carl Menger, que teve como principais discípulos Friedrich von Wieser e Eugen Böhm-Bawerk. A contribuição

³⁴ “Muitas vezes, na história da invenção humana, descobertas semelhantes foram feitas ao mesmo tempo, de forma inteiramente independente, por pessoas que viviam em lugares e em condições muito diversas. Assim também, a solução de muitos dos paradoxos acima referidos emergiu, de modo totalmente independente e sob formas diversas, num só ano – 1871: na Inglaterra, através de William Stanley Jevons; na cidade suíça de Lausanne, por meio de Leon Walras; e, em Viena, com Carl Menger” (ROTHBARD, 1998, p. 12).

mais importante da escola foi justamente o desenvolvimento da teoria do valor de troca baseada no princípio da utilidade decrescente.

A Escola de Lausanne teve como expoente Léon Walras, o qual desenvolveu uma teoria para demonstrar que o equilíbrio geral depende de todos os preços dentro do sistema econômico, bem como da microeconomia e macroeconomia. Afirmou que as pequenas unidades da microeconomia (famílias e empresas) devem ser analisadas no todo para se entender o equilíbrio geral.

Quanto à Escola de Cambridge, cujo fundador foi Alfred Marshall, afirma Feijó (2001, p. 313-316) que

Marshall tornou-se conhecido como líder da chamada escola neoclássica de Cambridge que exerceu influência dominante no pensamento econômico até os anos 30. Ele é considerado um marco na transição da antiga para a moderna Economia. [...] Para Marshall, a Matemática deve expressar de modo preciso os métodos de análise e raciocínio que as pessoas adotam, mais ou menos inconscientemente, nos negócios do dia-a-dia. [...] Os *Princípios de economia* são a *magnun opus* de Marshall. Publicado em 1890, ele ganhou oito edições completamente revisadas pelo autor. [...] Os *Princípios* tornaram-se livro de consulta obrigatória para profissionais e compêndio básico no ensino da Economia”.

A Escola Neoclássica Sueca tinha como precursor Knut Wicksell. Sua maior contribuição ao Movimento Marginalista foi integrar análise monetária e análise real. Sobre a escola, afirma Hugon (1984, p. 396) que:

Trata-se de fato de uma ‘escola’, mas de uma escola com características bastante particulares. A publicação de suas obras se estendeu de 1893 até nossos dias. Seu chefe foi Knut Wicksell, mas suas idéias foram retomadas – tendo sido criticadas e ampliadas – por certo número de compatriotas, notadamente Lindhall, Myrdal, Lundberg, Ohlin, críticos mas discípulos.

Ao contrário do conhecimento comum acerca da Economia, a Matemática não está e não estava, necessariamente, na base da ciência econômica. A utilização do método econométrico, baseado em conceitos matemáticos e estatísticos, não é da natureza da Economia. Em verdade, como defendeu Ludwig Von Mises, a Economia deve ter por foco o comportamento e ações humanos, devendo se evitar a abstração positivista que transformou a ciência econômica em um aglomerado de gráficos e funções³⁵.

³⁵ “Mises salientou que as equações matemáticas só têm utilidade para a descrição do irrealismo, atemporal e estático, do ‘equilíbrio geral’. Quando se abandona esse nirvana e se passa a analisar os indivíduos em ação no mundo real, mundo de tempo e de expectativas, de esperanças e desacertos,

Foi com a Revolução Marginalista que a Matemática passou a ser mais utilizada para explicar fenômenos econômicos, justamente em razão da utilidade do cálculo diferencial para apontar pequenas diferenças quantitativas nos conceitos marginais.

2.3.2.5 A Reação ao Neoclassicismo: A Escola Institucionalista e o Movimento do Bem-Estar

Contemporâneas ao Neoclassicismo, porém, contrárias a ele, destacaram-se duas escolas: a Institucionalista e o movimento do Bem-Estar, a primeira capitaneada por Veblen e a segunda por Pigou.

Segundo Pinho (2006, p. 38-39), a Escola Institucionalista se desenvolveu nos Estados Unidos, sendo que seus fundamentos eram a História, a Sociologia e as Ciências Sociais em geral. É possível se afirmar que esse movimento descendeu da Nova Escola Histórica Alemã, sobretudo em razão do fato de que muitos americanos realizaram seus estudos naquele país³⁶.

O objetivo era contextualizar o conhecimento econômico, situando-o em condições de tempo (influências históricas) e espaço (quadros sociais e institucionais).

Nas palavras de Hugon (1984, p. 386):

o institucionalismo constitui uma das manifestações mais interessantes do pensamento econômico norte-americano, a partir do início deste século. Este movimento prende-se intimamente à reação da nova escola histórica e, sobretudo, a corrente que, com Schaeffe, centraliza sua atenção especialmente nas atuais formas da atividade econômica e, para tanto recorre, não apenas à História, mas principalmente à observação direta, através da monografia e da estatística. A 'instituição' é definida pelos economistas institucionalistas como todo o comportamento e modo de pensar comumente generalizado. Os autores desta corrente vão-se interessar, antes do mais, pelas instituições sociais e sua evolução.

a matemática se torna não só inútil, mas também enganosa. Mostrou que o próprio uso da matemática na economia é parte do erro positivista, que trata os homens como pedras e, por conseguinte, acredita que, tal como na física, as ações humanas podem de algum modo ser expressas em gráficos com a precisão matemática com que se traça a trajetória de um míssil pelo ar" (ROTHBARD, 1998, p. 40).

³⁶ "Em muitas áreas o pensamento (sic) norte-americano estava alinhado ao dos alemães. No fim do século XIX, havia 10 mil estudantes oriundos da América em universidades alemãs. Em Economia, os fundadores e o primeiro presidente da *American Economic Association* receberam seu treinamento universitário na Alemanha. K. Knies influenciou diretamente Richard Ely, que em 1893 publicou o mais influente livro-texto nos EUA, as *Visões (outline) da economia*." (FEIJÓ, 2001, p. 234).

Thorstein Veblen (1857-1929), seu principal expoente, foi professor da Universidade de Chicago, tendo sido seguido por Wesley Mitchell, John R. Commons, C. E. Ayres e John Kenneth Galbraith.

Os institucionalistas rejeitavam o pressuposto de que o comportamento do homem é racionalmente dirigido, ou seja, que pode calcular perdas e ganhos de forma hábil. Afirmou que o agente sofre influência das instituições e dos padrões observados na sociedade, antes de agir racionalmente.

A Economia do Bem-Estar, capitaneada por Arthur C. Pigou (1877-1959), sucessor de Marshall em Cambridge, sugeriu a intervenção industrial do Estado na esfera econômica, quando houvesse influências externas que não tornassem interessante o exercício da atividade por particulares. Sugeriu também o uso de um sistema de tributos e incentivos para a indústria de custo crescente e custo constante ou decrescente, respectivamente. O antes referido Frank Knight, professor da Universidade de Chicago, antecessor de Ronald Coase, analisou os argumentos de Pigou e os refutou, sugerindo que a ineficiência que sugere a intervenção do Estado é antes uma falha no sistema de proteção dos direitos de propriedade.

2.3.2.6 O Keynesianismo

Duas circunstâncias históricas contribuíram para a mudança de paradigma econômico no final da década de 1920: o pós-guerra, que trouxera elevado desemprego, e a Grande Depressão de 1929 que quase levou à falência total o sistema produtivo e bancário americano.

A Escola Clássica e a Neoclássica não conheciam respostas para tamanha perplexidade, de modo que as obras de John Maynard Keynes (1883-1946) ganharam toda a atenção dos governos, principalmente do inglês, em que atuou como conselheiro. Elaborou o Plano Keynes de 1943 e participou da criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (Bird).

Keynes buscava desvincular sua obra com base na crítica maciça aos clássicos, sendo que em verdade, para Keynes, os “clássicos” eram os neoclássicos, da Escola de Cambridge, de origem marshalliana.

Desenvolveu a apreciação macroeconômica e foi um apologista da intervenção estatal, com base em uma concepção até certo ponto simples, conforme Feijó (2001, p. 440):

a Teoria geral do emprego, dos juros e da moeda, de 1936, é de longe o trabalho mais influente de Keynes. Curiosamente, o livro é difícil de ler e mal organizado. Ele surge em meio à Grande Depressão que abalou as economias capitalistas desenvolvidas. A idéia básica de Keynes é simples. A fim de manter o pleno emprego na economia, o governo deve gerar déficits orçamentários quando a economia entrar em recessão. A baixa atividade econômica de então deve-se ao fato de o setor privado não estar investindo o suficiente. Os empresários tinham reduzido os investimentos ao perceberem que o mercado estava saturado, e a economia entrou num círculo recessivo de menos investimento, menos trabalho, menos consumo e novos motivos para investir menos. A economia poderia alcançar algum equilíbrio, mas à custa de elevado desemprego e miséria social. Assim, o governo deve antecipar-se aos fatos, a fim de evitar maior sofrimento, complementando os investimentos ao sinal de insuficientes iniciativas do setor privado.

A teoria teoria inflacionista de John Maynard Keynes provocou severas críticas por parte do público acadêmico, entretanto, mesmo assim era aplicada. Veja-se a opinião de von Mises (1993, p. 66):

Em 1936, em sua obra *general Theory of Employment, Interest and Money*, Lord Keynes deploravelmente elevou esse método – aquelas medidas de emergência do período 1929-1933 – à categoria de princípio, ao status de sistema fundamental de política. Justificava sua teoria dizendo mais ou menos o seguinte: 'o desemprego é um mal. Se quiser que desapareça, inflacione o meio circulante'. Keynes percebeu muito bem que certos padrões salariais podem ser demasiado altos para o mercado, ou seja, podem ser altos demais para ser lucrativo a um empregador ampliar a quantidade de empregados que contrata e, portanto, serão, também altos demais do ponto de vista do conjunto da população economicamente ativa, uma vez que estes padrões salariais impostos pelos sindicatos, em níveis superiores aos do mercado, resultam em que apenas uma parcela dos que anseiam por salários conseguem emprego. Keynes, então, afirmou aproximadamente o seguinte: 'sem dúvida, o desemprego em massa, prolongando-se ano após ano, é uma situação muito insatisfatória'. Mas, ao invés de sugerir que os níveis salariais podiam e deviam ser ajustados às condições de mercado, afirmou: 'se os trabalhadores não forem suficientemente espertos para perceber a desvalorização da moeda, eles não oferecerão resistência a uma queda dos níveis salariais reais, visto que os níveis nominais permanecerão os mesmos'. Em outras palavras, Lord Keynes estava dizendo que, se receberem a mesma quantidade de libras esterlinas que ganhavam antes da desvalorização da moeda, as pessoas não se darão conta de que passaram, de fato, a ganhar menos. Num linguajar antiquado, Keynes propôs que se ludibriassem os trabalhadores.

A proposta keynesiana, para alguns autores, já não mais responde às necessidades macroeconômicas atuais; para outros, nunca respondeu; entretanto,

fato é que depois da aplicação da teoria de Keynes ainda não surgiu alguma outra obra capaz de provocar uma ruptura de paradigma provocada pelo autor no final da década de 1920³⁷.

2.3.3 Os Princípios da Economia

É comum que os cientistas econômicos estabeleçam as chamadas leis econômicas para descrever modelos ou mesmo princípios aplicáveis ao método econômico. Entretanto, tais leis ou princípios são, em verdade, resultados da observação da realidade, ou seja, foram criados pela comprovação empírica, própria das ciências sociais, que não gozam da mesma pretensa irrefutabilidade das chamadas ciências experimentais, conforme esclarece Rossetti (1991, p. 65):

os princípios, as leis, as teorias e os modelos econômicos devem ser entendidos dentro dos limites circunstanciais das Ciências Sociais. Para cada uma das leis econômicas já codificadas, em torno das quais gravita a concepção científica da Economia, há, com efeito, a possibilidade de evidências factuais ou de comprovações a nível de confrontação com a realidade. Todavia, o grau de certeza e exatidão com que os economistas formulam e controlam as suas leis não podem ser comparado com o que prevalece nas Ciências Experimentais. Estas, para a verificação de suas leis, podem isolar, através de experiências de laboratório, cada um dos fatores que interferem no sistema sob observação; a experimentação, nesse caso, pode ser, em geral, perfeitamente controlada. (sic)

Dentre as chamadas leis econômicas encontram-se a lei da oferta e da procura, a lei dos rendimentos decrescentes, dentre outras, que nada mais são do que hipóteses simplificadoras da realidade, pois adotam apenas dois ou três conceitos variáveis, tomando-se as demais condições influentes como fixas ou invariáveis.

A lei da procura, por exemplo, dita que uma certa quantia de um certo produto varia de forma inversa ao seu preço, ou seja, havendo aumento de preços, diminui a procura do bem. Não há dúvida que a procura por certo produto também varia com outros acontecimentos, como o nível de renda da população, o preço do sucedâneo (ou substituto), o preço do bem complementar (a procura da gasolina

³⁷ “Na área da Ciência Econômica, entretanto, até agora não surgiu uma obra econômica que provocasse impacto semelhante ao da *Teoria geral do emprego, juro e da moeda*, de Keynes, em 1936. Nem idéias que revolucionassem tão intensamente a maneira de considerar os problemas econômicos, políticos, sociais e culturais, tal como aconteceu com o keynesianismo. Ou que tivessem consequências tão amplas como o fortalecimento do intervencionismo, sobretudo no mundo ocidental” (PINHO, 2006, p. 43).

varia de acordo com o preço do automóvel), entretanto, tais variáveis não são tão influentes como o preço, por isso são consideradas fixas. Assim, a fim de tornar as leis econômicas válidas, passou-se a condicioná-las à expressão *ceteres paribus*, que significa “mantidos inalterados todos os demais fatores”. Portanto, desconsideradas ou consideradas fixas certas variáveis menos importantes, a lei de procura funciona de forma inversamente proporcional entre procura e preço.

“Tudo isso leva a concluir que, no fundo, a chamada teoria econômica vem a ser um conjunto de modelos, isto é, um leque de explicações, cada qual aplicável a uma dada parcela da realidade e baseada em alguns pressupostos, sendo assim utilizáveis ou não, segundo estejam presentes ou ausentes aqueles pressupostos, numa dada situação fática” (NUSDEO, 2005, p. 78).

Verifica-se que os princípios ou leis econômicas são, em verdade, pontos de partida para o desenvolvimento da ciência social econômica, tais quais os princípios do Direito servem para a estruturação do sistema jurídico.

2.3.3.1 A Posição de Mankiw

Não adotando a tradicional exposição em “leis” e com singular facilidade pedagógica, Mankiw (2001, p. 4-15) enumera dez princípios como suficientes para explicar todas as leis econômicas.

Os quatro primeiros se referem à forma como as pessoas tomam decisões. Em primeiro lugar, afirma o autor que as pessoas enfrentam *tradeoffs*, ou seja, há necessidade de se comparar entre objetivos para se tomar uma decisão. Em segundo lugar, o custo de escolher uma das opções é do que se desiste para obtê-la, que se conceitua como sendo custo de oportunidade. O terceiro princípio é que as pessoas racionais pensam na margem. Em outras palavras, quando se toma uma decisão, em regra, uma pessoa não pensa na vantagem total, mas sim naquilo que terá de acréscimo além do já obtido por uma variação de seu custo de oportunidade, ou, quanto de vantagem um estudante terá por mais uma hora de estudo, sacrificando seu convívio com familiares. O quarto princípio afirma que as pessoas respondem a incentivos, ou seja, as pessoas consideram em suas decisões variáveis impostas, sejam elas naturais ou mesmo legais (MANKIW, 2001, 4-8).

Em seguida, N. Gregory Mankiw enumera outros três princípios, relacionados à forma como as pessoas interagem. Em primeiro lugar, afirma que o

comércio pode melhorar a vida de todos, notadamente, porque a interação entre as pessoas produz resultados positivos quando permite que aquele que tem excessos permute por utilidades em poder de outros, que por sua vez precisam dos excessos do primeiro. O segundo princípio é que os mercados são, em geral, uma boa forma de organizar a atividade econômica, pois permitem que os preços sejam regulados pela interação de todos, não pela decisão central de um sistema artificial como o socialista. Em terceiro lugar, afirma que os governos podem às vezes melhorar os resultados do mercado, sobretudo na presença de falhas de mercado (MANKIWI, 2001, p. 8-12).

Por fim, o autor arrola os três últimos princípios da atividade econômica que tratam do funcionamento da economia como um todo. O primeiro refere-se ao fato de que o padrão de vida de um país depende de sua capacidade de produzir bens e serviços. Em seguida, afirma que os preços sobem quando se emite moeda demais, o que dá origem ao fenômeno conhecido como inflação, que é a perda de valor real da moeda pelo excesso de sua oferta no mercado. Por fim, o terceiro princípio dessa última divisão, ou o décimo geral, refere-se ao fato de que há um *tradeoff* de curto prazo entre inflação e desemprego a ser enfrentado em certas ocasiões pelo Estado: como em fases de inflação há necessidade de readequação de preços, faz-se necessária uma estagnação da atividade produtiva, o que provoca então o desemprego (MANKIWI, 2001, 12-15).

Observa-se que nessa enumeração, N. Gregory Mankiw trata de princípios relacionados tanto à Microeconomia, quanto à Macroeconomia, cabendo a esta os três últimos princípios enumerados.

2.3.3.2 A Posição de Posner

Posner (2000, p. 11-18), por sua vez, enumera três princípios básicos da Economia. Antes afirma que o homem é um maximizador racional de suas finalidades, seus objetivos, de forma que a Economia estuda a alocação dos recursos escassos de acordo com as necessidades dos homens racionais.

Quanto aos princípios, o primeiro se refere à relação inversa entre o preço cobrado e a quantidade demandada, que retrata a lei da demanda. O autor esclarece que essa é uma lei sujeita a alterações, como por exemplo, uma variação de renda, a existência de produtos substitutos e outras variantes. Tal fato já havia

sido esclarecido acima quando se tratou da condição *ceteres paribus* nas análises econômicas.

O segundo princípio se refere ao equilíbrio imposto pelo custo de oportunidade (é o que se deixa de ganhar ao se fazer uma escolha), tanto do produtor, quanto do consumidor, de forma que, no conflito entre a maximização do benefício do primeiro com a maximização da utilidade do segundo, alcança-se o preço pelo equilíbrio.

Em terceiro lugar, o último princípio da Economia segundo este autor é que os recursos tendem a se alocar de forma mais eficiente quando há um intercâmbio voluntário entre os agentes ou, em suas palavras, “por un proceso de intercambio voluntario, los recursos se desplazan hacia los usos en que es mayor el valor para los consumidores, medido por su disposición a pagar” (POSNER, 2000, p. 18).

É lícito concluir que a ciência econômica gravita em torno dos seguintes princípios: a escolha racional, ou maximização; o equilíbrio e a eficiência. Basicamente em relação a esses três princípios é que estão fixadas as premissas da Análise Econômica do Direito.

2.4 DAS PREMISSAS FUNDAMENTAIS PARA A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA AO DIREITO

Pinheiro e Saddi (2005, P. 88-89)³⁸ afirmam que há certa identidade entre os autores no tocante à definição das premissas da Análise Econômica do Direito para se realizar o silogismo e obter a conclusão jurídica de acordo com os parâmetros econômicos.

Segundo eles, a primeira premissa é reconhecer que o ser humano está disposto a aplicar seus esforços para obter o melhor para si, para ter mais satisfação a menos satisfação. Portanto, os agentes atuam de forma racional, a fim de tomar as decisões que lhe maximizem os proveitos.

Como segunda premissa, quando o agente realiza o cálculo racional de qual será a conduta que lhe proporcionará o mais, considera o “sistema de preços” colocado, ou seja, se há incentivos ou não para a conduta e se a sanção imposta compensará o resultado esperado.

Como terceira premissa, as regras legais funcionam como incentivos ou como formas de inibir condutas, influenciando nas decisões racionais dos indivíduos.

Pinheiro e Saddi (2005, p. 88-89) melhor explicam as três premissas:

A primeira premissa tem como pressuposto que os agentes econômicos são maximizadores racionais de utilidade – ou seja, suas escolhas sempre se basearão na adequação dos meios disponíveis para gerar os fins que mais interessam. Esta premissa leva à inevitável conclusão de que os indivíduos só se engajarão conscientemente em unidades adicionais de atividade (seja de consumo, de produção, de oferta de trabalho ou de qualquer outra natureza) se o benefício auferido for maior que o custo despendido para obtê-lo. Aplicada ao universo do direito, ela implica que a decisão de rescindir um contrato, de engajar-se em atividades originalmente não previstas no contrato ou de comportar-se ilicitamente dependerá de um balanço racional dos benefícios e custos marginais de cada ação. [...] A segunda premissa é resultante da primeira. Se os indivíduos maximizam suas utilidades racionalmente, há sempre e em qualquer lugar uma resposta aos incentivos, em especial ao sistema de preços, ou seja, os preços, em sentido lato, influenciam o comportamento humano. Na área legal, a norma estabelece preços (recompensas e sanções pecuniárias), tais como benefícios trabalhistas, multas, serviços comunitários ou mesmo reclusão/detenção penal para os vários tipos de comportamento ilegal. A escolha de cada opção é analisada em face dos benefícios auferidos por meio de uma comparação qualitativa ou quantitativa – vale dizer, monetária. [...] A terceira das premissas que sustentam a abordagem de Direito & Economia consiste no conceito de eficiência, ou seja, da ‘maximização da riqueza’ ou ‘do aumento do bolo’

³⁸. PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88/89.

como o critério para avaliar se os escassos recursos existentes estão sendo bem utilizados.

Segundo Cabanellas (2006, p. 30-37), embora todo o instrumental da ciência econômica esteja à disposição dos doutrinadores da Análise Econômica do Direito, em regra, não se tem por hábito observar as consequências macroeconômicas das instituições jurídicas. Outrossim, os aspectos econômicos internacionais, questões de crescimento e flutuações econômicas também ficam à margem, em razão da sua complexidade de apreensão. Portanto, afirma que o estudo se centra em aspectos microeconômicos, estáticos e geralmente de curto prazo. Segundo o autor, a Análise Econômica do Direito faz uso de certos conceitos econômicos na aplicação de seu método: o conceito de eficiência, o Ótimo de Pareto³⁹, o conceito de custos de transação, a questão das externalidades e dos bens públicos.

Mercado Pacheco (1994, p. 37) afirma que a Análise Econômica do Direito objetiva aplicar ao sistema jurídico a lógica de maximização da riqueza e eficiência das relações: “Ese fundamento es la constitución de la eficiencia económica de las soluciones de mercado en la norma fundamental para la racionalización del sistema de derecho.”

O autor sugere três premissas para Análise Econômica do Direito. A primeira no sentido de que quando o mercado funciona em perfeito equilíbrio, existindo condições de concorrência perfeita, ao Direito não compete nenhuma função decisória ou de intervenção para se obter um resultado mais eficiente, restando apenas garantir a liberdade e a segurança do tráfico mercantil. A segunda premissa, por sua vez, é de que quando o equilíbrio não é alcançado de forma espontânea em razão das falhas de mercado (existência de externalidades, monopólios, bens coletivos), a função do Direito é reduzir os obstáculos, especialmente, os custos de transação que impedem um resultado eficiente que se obteria num acordo negociado. A terceira e última premissa é de que, quando a decisão de mercado for impossível, tendo em vista a impossibilidade de eliminar os obstáculos (por exemplo, custos de transação muito altos) “la función del derecho es la actuar como *un mercado simulado*, es decir, la adopción por parte del juez o del

³⁹ O conceito de Ótimo de Pareto será tratado na parte dedicada ao conceito de eficiência.

legislador de la solución que habría adoptado el mercado en el caso de que no existiesen obstáculos para su funcionamiento” (MERCADO PACHEDO, 1994, p. 37).

Portanto, observa-se que Mercado Pacheco, tal qual Cabanellas, relaciona à Análise Econômica do Direito os conceitos de eficiência, equilíbrio, custos de transação e falhas de mercado.

Forgioni (2006, p. 37, 39-41), tratando das premissas básicas da Análise Econômica do Direito, afirma que a eficácia é uma das principais preocupações dos integrantes do movimento, cuja busca do Ótimo de Pareto é uma das principais metas:

Um dos pilares sobre os quais se funda a AED liga-se à verificação de que o incremento do grau de segurança e de previsibilidade proporcionado pelo sistema jurídico leva ao azeitamento do fluxo de relações econômicas. [...] Compreendido esse primeiro fundamento da AED [...] devemos conjugá-lo com outros de seus postulados:

[i] Dada a escassez de recursos em face das necessidades humanas, sua alocação mais eficiente gerará o incremento do bem-estar e do fluxo de relações econômicas.

[ii] A alocação mais eficiente, por sua vez, é identificada com o chamado *ótimo paretiano*, segundo o qual uma sociedade não se encontra em situação ótima se houver pelo menos uma modificação capaz de melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a outrem. [...]

[iii] A forma de alocação mais eficiente dos recursos é determinada pelo funcionamento do livre mercado e não pela intervenção estatal.

[iv] Esse funcionamento do mercado pressupõe o maior grau possível de *concorrência* entre os agentes que nele atuam.

[v] A formulação ou a interpretação/aplicação de textos normativos não podem ser influenciadas por considerações desestabilizadoras e não-uniformes, tal como a busca do ideal de *justiça*. O escopo do direito deve ser *determinável*, sob pena de comprometimento da segurança e da previsibilidade [...]

[vi] O escopo [determinável e uniforme] do direito é a busca da eficiência alocativa acima referida, atrelada ao bem estar do consumidor. Consequentemente, o grau de eficiência alocativa é diretamente proporcional ao bom fluxo de relações econômicas [= funcionamento adequado do mercado].

[vii] É legítimo que o foco do ordenamento jurídico repouse na eficiência alocativa [objetivamente determinável] porque resultante da consideração global das preferências individuais.

Ocorre que apesar do mercado ser o melhor local para se obter a eficiência alocativa ótima⁴⁰, como afirmara N. Gregory Mankiw acima citado, não raro

⁴⁰ “O raciocínio desenvolvido pela AED é simples: as decisões individuais dos agentes econômicos são marcadas pelo desejo egoístico de satisfação de suas necessidades; a solução ‘geral e natural’ encontrada pelo mercado corresponde à consideração global dessas preferências. Em vez da hercúlea e impossível tarefa de buscar o ‘justo’ ou o ‘adequado’, o normal funcionamento do mercado trará a resposta a ser adotada em cada situação. É admitida mais de uma solução [= decisão] correta desde que todas [e cada uma delas] levem ao mesmo resultado” (FORGIONI, 2006, p. 47).

apresenta falhas, que podem ser sintetizadas da seguinte forma: assimetria de informações; existência de poder econômico; externalidades; bens públicos.

Na presença de falhas do mercado, de acordo com a Análise Econômica do Direito, é permitido que haja a intervenção estatal de forma pontual e específica, a fim de “eliminar [ou reduzir] essas falhas, para que se tenha como resultado o melhor grau de eficiência alocativa possível, ou seja, logre-se obter um ambiente econômico como se falhas não houvesse” (FORGIONI, 2006, p. 43).

Sendo assim, Forgioni (2006, p. 45-46) afirma que na elaboração, interpretação e aplicação do Direito, deve-se observar o seguinte:

[i] abandono do método clássico da análise jurídica, que considera apenas o prejuízo que uma parte causou à outra, para verificar em que medida ambas as partes causaram-se prejuízos mutuamente. Nenhum direito há de ser absoluto [indisponível ou oponível *erga omnes*], pois é sempre necessário examinar os custos e benefícios para todas as partes envolvidas na relação [e não apenas uma delas]. [...]

[ii] o sistema jurídico deve proporcionar a redução dos custos de transação, facilitando as contratações entre os agentes econômicos. [...] Se o sistema jurídico não proporciona adequado grau de segurança e de previsibilidade, torna-se mais difícil a concretização das transações econômicas, porque essa concretização implica o dispêndio de maior quantidade de recursos.

[iii] o aumento do grau de segurança e previsibilidade jurídicas leva à diminuição dos custos de transação; nesse sentido, o direito deve servir a aclarar o ‘marco regulatório’, diminuindo o risco a ser suportado pelos agentes econômicos em suas transações;

[iv] a intervenção estatal [ou judicial] gera custos, que não podem ser desprezados pelos operadores do direito quer no momento da formulação de textos normativos, quer da interpretação/aplicação do direito. Por exemplo, a imposição de uma regra que determine a quantidade máxima de açúcar na produção de vinhos implica custos de fiscalização do cumprimento do comando normativo. Não seria mais conveniente deixar que o próprio mercado selecionasse os bons vinhos, condenando à expulsão os produtores que se valem do açúcar em demasia? [...]

[v] porque a intervenção estatal gera custos, deve, no máximo, ser admitida apenas quando necessária à neutralização das quatro falhas de mercado acima indicadas [...]

[vi] as normas jurídicas nada mais são do que incentivos ou não incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um *preço* que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos;

[vii] o direito não é permeado por outros valores que não a busca da eficiência alocativa; diz-se, então, dotado de *neutralidade redistributiva*. Na ausência de falhas de mercado, a melhor alocação de recursos será promovida pelo próprio mercado.

A análise das exposições acima permite concluir que alguns temas econômicos são absolutamente pertinentes ao estudo da Análise Econômica do Direito, notadamente os seguintes: a questão da escolha racional; a eficiência; as falhas de mercado, que podem ser classificadas em assimetria de informações,

existência de poder econômico, bens públicos, as externalidades; e os custos de transação. Esses temas serão tratados a seguir.

Antes, porém, esclareça-se que esses conceitos podem ser considerados um “repertório” de “variáveis” cujo objetivo é analisar os fenômenos jurídicos de um ponto de vista científico-econômico⁴¹. Outrossim, a Análise Econômica do Direito lança mão de outras teorias para alcançar o objetivo de predizer como o sistema jurídico deve ser elaborado para se alcançar a eficiência diante do comportamento dos agentes. Exemplo disso é a utilização da teoria dos jogos, que será exposta ao final.

2.4.1 A Escolha Racional

Segundo Rodrigues, V., (2007, p. 13), a literatura econômica define o que é “atuar de forma racional” de três formas distintas.

A primeira delas é pressupor que o agente tem preferências completas e transitivas. Completas porque tem dados para dizer se prefere uma coisa a outra, ou se para ele ambas são indiferentes. Transitivas porque consegue fazer comparações entre objetos, podendo afirmar que se prefere A a B e B a C, o agente prefere A a C. Em suma, agir racionalmente desse modo seria saber comparar e decidir entre duas ofertas concomitantes.

Uma segunda forma de conceituar a escolha racional é afirmar que o agente, sabendo conhecer a utilidade de cada objeto posto, escolhe entre eles em função da maior utilidade que o bem lhe oferta.

Em terceiro lugar, escolher racionalmente seria o fato do agente poder optar por uma alternativa que lhe oferecerá mais benefícios do que os eventuais custos que podem advir. O conceito de custo de oportunidade, que tem lugar nessa terceira definição, é de que representa o que se perde por não escolher a alternativa disponível mais favorável.

Cooter e Ulen (1998, p. 24) tratam da escolha racional como “maximização”:

⁴¹ “O ponto de vista científico sobre qualquer fenômeno se baseia na chama ‘explicação funcional’. Esta consiste em um repertório conceitual em que se identificam ‘variáveis’ – que podem ser observadas, medidas e, eventualmente, manipuladas em ambiente controlado -, a partir das quais se busca estabelecer regularidades fenomênicas, ou seja, relações estáveis de causa e efeito. A partir dessas regularidades se pode explicar, prever e controlar o ambiente, naquele aspecto escolhido. As causas são chamadas de ‘variáveis independentes’ e os efeitos, ‘variáveis dependentes’” (AGUIAR, 2003, p. 172).

La elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones puede describirse matemáticamente como una *maximización*. Para ver por qué ocurre así, consideremos que los números reales pueden ordenarse desde los pequeños hasta los grandes, así como el consumidor racional ordena sus alternativas de acuerdo con la medida en que le dan lo que desea. En consecuencia, las mejores alternativas pueden asociarse a números más grandes. Los economistas llaman ‘función de utilidad’ a esta asociación. Además, la restricción de la elección puede expresarse de ordinario matemáticamente como una ‘restricción de la viabilidad’. Elegir la mejor alternativa que permitan las restricciones corresponde a maximizar la función de utilidad sujeta a la restricción de la viabilidad. Por ejemplo, decimos que el consumidor que acude a una tienda maximiza su utilidad sujeta a su restricción presupuestaria.

Outrossim, o agente, quando escolhe de forma racional, faz isso de acordo com o padrão das suas informações ou da forma como as analisa, o que justifica que por diversas vezes quem tenha mais informação ou saiba as analisar de forma mais apropriada considere que agentes praticam condutas irracionais. “Um indivíduo que escolhe gastar o seu dinheiro em cocaína, em vez de comprar os medicamentos de que necessita, não está necessariamente a violar o princípio da escolha racional: dada a sua apreciação pessoal da situação, o indivíduo pode entender que a cocaína lhe proporciona mais utilidade do que os medicamentos” (RODRIGUES, V., 2007, p. 15).

Portanto, é possível afirmar que o pressuposto econômico refere-se ao “agir” de forma racional, ou seja, de acordo com as conclusões pessoais do que proporciona mais utilidade, não que os agentes “sejam racionais”, ou seja, que escolhem o que seria mais lógico de um ponto de vista coletivo.

Como foi exposto, o princípio da escolha racional está ligado à chamada Revolução Marginalista (Neoclássicos) e à Escola Austríaca⁴² – em contraposição aos Clássicos - pois introduziram o conceito da “marginalidade” nas análises econômicas.

“Marginal” é o adjetivo que representa os efeitos de uma pequena variação. Assim, é possível analisar se uma escolha é racional ou não se o benefício marginal exceder o custo marginal. Por exemplo, para uma pessoa sedenta, tomar o benefício marginal do primeiro copo de água excede em muito o seu custo marginal. O

⁴² “Focalizando nitidamente o indivíduo, e não ‘classes’ amplas, os ‘austríacos’ puderam resolver com facilidade o ‘paradoxo do valor’ que tanto aturdira os clássicos. No mercado, um indivíduo jamais tem de escolher entre ‘pão’ como classe e ‘diamantes’ como classe. Os ‘austríacos’ mostraram que, quanto maior a quantidade – ou quanto maior o número de unidades – de um bem que uma pessoa possui, menor é o valor que esta pessoa atribui a cada unidade deste bem” (ROTHBARD, 1998, 13-14).

segundo copo ainda poderá ter maior benefício marginal que custo marginal. Entretanto, poderá haver um momento em que para o próximo copo de água a relação entre custo e benefício poderá ser igual e, posteriormente, o custo poderá exceder o benefício, no caso, por exemplo, de uma ingestão demasiada de água. Portanto, nesse caso, o benefício marginal é decrescente, enquanto o custo marginal é constante, equivalente ao preço unitário de cada copo.

Escolher de forma racional, portanto, é saber analisar a utilidade marginal de um bem.

Posner (2000, p. 24) reconhece que são possíveis críticas à Análise Econômica do Direito por esta presumir que os agentes econômicos estão sempre agindo de forma racional, deixando de lado tantas outras variáveis, entretanto, afirma que essa presunção faz parte da abstração científica necessária para a teoria econômica do Direito:

el lector no familiarizado con la economía podría estar desconcertado por lo que parecen ser supuestos muy poco realistas de la teoría económica. El supuesto básico, el de que el comportamiento humano es racional, parece refutado por las experiencias y observaciones de la vida diaria, aunque la contradicción es menos flagrante en cuanto se entiende que el concepto de racionalidad utilizado por el economista es objetivo y no subjetivo, de modo que no es una incongruencia hablar de una rana racional. Aun así, los supuestos de la teoría económica son unidimensionales y pálidos cuando se contemplan como descripciones del comportamiento humano, en particular el comportamiento de 'actores' económicos poco convencionales como el juez, el litigante, el padre, el violador y otros personajes que encontraremos en el análisis económico del derecho. Sin embargo, la abstracción está en la esencia de la investigación científica, y la economía aspira a ser científica. Por ejemplo, la ley de Newton de los cuerpos que caen es poco realista en su supuesto básico de que los cuerpos caen en un vacío, pero sigue siendo una teoría útil porque pronostica con razonable exactitud el comportamiento de una gran diversidad de cuerpos que caen en el mundo real. De igual modo, una teoría económica del derecho no incluirá toda la complejidad, riqueza y confusión de los fenómenos (penales, judiciales, maritales o lo que sea) que trata de dilucidar. Pero su falta de realismo en el sentido de la plenitud descriptiva, lejos de invalidar la teoría, es una condición de ésta. Una teoría que en sus supuestos tratara de reproducir fielmente la complejidad del mundo empírico no sería una teoría – una explicación, - sino una descripción.

Interessante questionamento, entretanto, surgiu a partir da necessidade de classificar ou mensurar a utilidade. Como poderia se dizer o que era mais útil para um indivíduo? Como poderia se dizer o que era mais útil para dois indivíduos comparando-os? Era comum para os neoclássicos e austríacos atribuir um valor determinado e mensurável aos bens, o que se revelava artificial e impossível de ser

verificado na experiência. Com base nessa imperfeição teórica, foi elaborada a chamada teoria ordinalista, esboçada por Ludwig Von Mises e desenvolvida por seu discípulo Leonel Robbins, conforme explica Rothbard (1998, p. 24-25):

outra importante realização de *The Theory of Money and Credit* foi erradicar algumas anomalias que, não tendo base na análise da ação individual, prejudicavam o conceito 'austríaco' da utilidade marginal. Em contradição com sua própria metodologia básica – tomar por base as ações reais dos indivíduos – os 'austríacos' tinham aceitado as versões da utilidade marginal propostas por Jevons e por Walras, os quais haviam procurado transformá-la numa quantidade matemática mensurável. Até hoje, todo manual de economia explica a utilidade marginal como base em 'utils' – unidades supostamente suscetíveis de adição, multiplicação e outras operações matemáticas. E, se um estudante percebesse que não há muito sentido na frase: 'atribuo um valor de 4 *utils* a este quilo de manteiga', estaria coberto de razão. Baseado em idéias de um colega, o tcheco Franx Cuhel, no seminário conduzido por Böhm-Bawerk, Mises refutou cabalmente a idéia de que a utilidade marginal fosse, de algum modo, mensurável, mostrando tratar-se de uma hierarquização estritamente ordinal, em que o indivíduo arrola seus valores por categorias de preferências (prefiro A a B, e B a C), sem pressupor qualquer unidade mitológica ou quantidade de utilidade.

Portanto, em contraposição ao critério cardinal de utilidade, baseado em valores absolutos e arbitrariamente fixados, foi elaborado o critério ordinal, baseado nas preferências subjetivas de cada agente. Isso porque nem sempre a informação é completa a ponto de poder se aferir exatamente o critério. Por exemplo, em uma sala pode-se classificar de forma satisfatória as pessoas pelo peso em ordem crescente, entretanto, sem uma escala e um meio exato de medir, não é possível dizer que o peso da primeira e da segunda equivale ao da terceira. A maior contribuição dessa teoria é que permite uma análise conjunta das preferências e utilidades dos bens para a sociedade com base em um critério científico, como bem ilustra Cooter (2000, p. 136):

Suponga que se pueden clasificar los estados del mundo de buenos a malos. Los números reales también pueden clasificarse de menor a mayor. Así, podemos asociar los números con los estados; los números mayores representan los mejores estados. Tal asociación es una función de utilidad ordinal ('ordinal', de orden). La única información proporcionada por este tipo de función es el orden de los estados de acuerdo con el individuo. No nos proporciona la información necesaria para comparar o sumar utilidades de diferentes personas, lo cual requiere una escala o medida más precisa, la llamada escala de utilidad cardinal interpersonalmente comparable, o simplemente una función de utilidad cardinal. Se se conocen, las funciones de utilidad ordinal proporcionan suficiente información acerca de los consumidores para predecir las combinaciones de bienes que compararán a diferentes precios. Inversamente, se se conoce la combinación de bienes que la gente comprará a diferentes precios, hay

suficiente información para inferir sus funciones de utilidad ordinal. Sin embargo, las utilidades cardinales no son necesarias para explicar las decisiones del consumidor ni pueden deducirse de ellas. La distinción ordinal-cardinal sugiere que las utilidades en la teoría de los precios difieren mucho de las utilidades de la teoría de Bentham.

Assim, para que o indivíduo escolha de forma racional basta que saiba ordenar o que lhe é mais interessante, mais útil. Não há necessidade de saber quantificar o quanto lhe é mais útil algo em relação à outra alternativa. Por uma questão lógica, a escolha racional é subjetiva, ou seja, depende dos padrões e desejos de quem escolhe, não sendo possível eleger uma escala do que é mais útil de forma universal, para todos os agentes, sendo aferíveis as preferências do grupo pela análise da demanda por um bem de acordo com a variação de seu preço.

2.4.2 A Eficiência

A eficiência é uma das preocupações basilares da ciência econômica, por conseguinte, da Análise Econômica do Direito, partindo do princípio de que as demandas são maiores que a existência de bens apreciáveis, dada sua escassez.

Assim, é imprescindível se buscar a melhor alocação dos bens para suprir a maior quantidade possível de demandas racionais.

O fato dos adeptos da Análise Econômica do Direito se motivarem sempre na busca do ordenamento jurídico ou das decisões judiciais que maximizassem a eficiência rendeu-lhes um sem número de críticas e é um dos principais óbices para que o método econômico seja inserido na realidade jurídica. Entretanto, de início, calha esclarecer que eficiência e equidade nem sempre estão dissociadas⁴³, conforme explana Ramos (2000, p. 28):

A eficácia jurídica, no sentido de criação do direito que lhe atribuiu Pontes de Miranda, isto é, a produção de efeitos do fato jurídico, quando aliada à eficiência, direciona-se para o atendimento das necessidades sociais. A análise econômica do direito repensa os institutos basilares dos sistemas

⁴³ “Este princípio remete a um dos argumentos com os quais se justifica a alegação de que o *Direito & Economia* se preocupa mais com a eficiência do que com a equidade. Isso é parcialmente falso. Quando uma mudança leva a uma situação Pareto superior, pelo menos uma pessoa ficou melhor, sem que ninguém tenha ficado pior. Do ponto de vista econômico, houve um ganho de eficiência, ainda que a nova situação possa ou não ser mais equitativa – isso dependerá da posição relativa de quem se beneficiou. Pelo princípio da eficiência, mudanças de regras que levem a uma situação Pareto superior são sempre desejáveis. Entretanto, uma mudança que não seja equitativa, no longo prazo, acarreta problemas de distribuição de renda, por exemplo. Assim, eficiência e equidade não são necessariamente divorciadas” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 88-89).

jurídicos liberais-capitalistas (propriedade e contrato), visualizando as relações jurídicas, no que diz respeito à sua eficácia, na perspectiva interdisciplinar de relações de mercado. [...] A função do direito, nesta perspectiva, é distribuir bens e estabelecer critérios na distribuição destes bens. Tal distribuição e os critérios, ao serem aplicados com eficiência, devem, em tese, conduzir ao maior índice de satisfação das necessidades sociais.

A busca da eficiência na aplicação do Direito foge ao aspecto meramente deontológico da norma jurídica: a norma jurídica posta e aplicada deve objetivar a eficiência.

Acerca do conceito de eficiência, a teoria econômica apresenta dois modelos mais conhecidos: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks. Sobre estes dois construtos, Sztajn (2005, p. 76) assim os elucida:

no que diz respeito à eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor. O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior. Critica-se esse critério, chamado de Pareto, porque depende da alocação inicial da riqueza e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas. Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando agregados entre as várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este, parece, ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios: o de dar mais a quem tem maior utilidade marginal. A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo.

Vilfredo Pareto nasceu na Itália e viveu entre 1848 e 1923. Foi economista, sociólogo e engenheiro. Foi integrante da Escola de Lausanne e ilustre membro da segunda geração da Revolução Neoclássica.

Segundo Posner (2000, p. 21), uma transação superior no sentido de Pareto é aquela que melhora a situação de ao menos uma das pessoas envolvidas na relação econômica, sem piorar a situação da outra.

Quando a soma de todas as empresas em determinado setor da economia produzem, em um dado momento, a quantidade correspondente às necessidades e preferências da soma de todos os consumidores está configurado o estado chamado de “ótimo de Pareto”, ou Pareto-eficiente. Nessa ocasião pode-se afirmar que há o ponto máximo de eficiência econômica.

Não encontrado esse ponto de equilíbrio, ou seja, havendo maior produção (maior oferta) ou maior procura do que o disponível há prejuízo para alguma das partes envolvidas e, em suma, para todos, uma vez que haverá destruição de alguma forma da riqueza, pois ficará ociosa seja na forma de disponibilidade de coisas ou de numerário.

Em regra, essa concepção não leva em conta aspectos distributivos (justiça e isonomia), mas objetiva apenas a melhor alocação possível dos bens para a satisfação das partes, de todas as partes, frise-se.

As transações para Pareto deveriam ser realizadas enquanto se buscasse a melhor alocação dos recursos, ou seja, enquanto fosse possível melhorar a situação de uma das pessoas transacionantes sem prejudicar a condição de ninguém. As trocas seriam eficientes até que se chegasse ao ponto em que não haveria mais nenhuma transação possível sem prejuízo de outrem: essa condição ficou conhecida como Ótimo de Pareto.

Posner (2000, p. 21) afirma que a concepção de Pareto não tem grande aplicação nas situações concretas, porque a maioria das transações tem efeitos sobre terceiros, de modo que é praticamente impossível que em uma relação de troca não haja o prejuízo, mesmo que indireto, para alguém.

Vale esclarecer ainda que o chamado estado Ótimo de Pareto não conduz a uma situação que possa ser considerada boa, justa ou correta. De acordo com Rodrigues, V., considerando a existência de dois quilos de comida para serem distribuídos entre duas pessoas famintas, se apenas uma ficar com toda a quantidade, poderá ser considerada uma situação de ótimo de Pareto, porque não haverá uma futura alocação de comida que possa privilegiar uma das pessoas sem prejudicar a outra. Para todos os efeitos, essa não é uma circunstância que poderá ser considerada desejável.

Diante de tal anacronismo outro conceito de eficiência passou a ganhar corpo para os economistas e para os adeptos da Análise Econômica do Direito: o conceito de Kaldor-Hicks.

Nicholas Kaldor viveu entre 1908 e 1986. Foi importante economista da Escola de Cambridge, tendo iniciado sua atuação acadêmica como adepto da Escola Austríaca e dos ensinamentos de Walras. Mais tarde, filiou-se à corrente Keynesiana. O outro teórico que contribuiu para a definição, foi Sir John R. Hicks, que viveu de 1904 a 1989. Em verdade, a maior parte do conceito de eficiência citado é devida a ele. Iniciou seu trabalho intelectual na Escola de Londres, voltando sua atenção para a Revolução Marginalista depois de 1930. Adotou os ensinamentos de Pareto para o fim de melhorá-los. Foi o ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1972.

A eficiência perante o critério de Kaldor-Hicks se dá quando a disputa pela alocação de recursos resulta em que o proveito para os vencedores lhes permita compensar os perdedores, a despeito de que realmente assim o façam⁴⁴.

Em regra, na elaboração de políticas públicas se verifica que medidas que tenham por foco direto dirimir alguma espécie de mazela podem acabar por assoberbá-la no longo prazo. Por exemplo, uma determinação às instituições financeiras no sentido da redução de juros com vistas ao bem-estar dos pequenos tomadores de crédito, pode acabar incentivando de forma inversa que aqueles órgãos reduzam a oferta, prejudicando assim aqueles que necessitavam do mútuo.

Outrossim, também em regra, a política elaborada com foco a um grupo específico acaba por prejudicar outro aglomerado de pessoas. Por exemplo, a determinação de tabelamento de preços de medicamento, acaba por prejudicar de forma direta os acionistas da empresa farmacêutica e em última *ratio* o quadro de pessoal daquela firma, diante da estagnação dos ganhos.

Em razão dessa realidade, o critério de Kaldor-Hicks na elaboração de políticas públicas passou a ser o norte para as decisões, pois busca mitigar o

⁴⁴ “Na noite de 3 para 4 de julho de 2006, a Fundação de Serralves realizou nos seus jardins um concerto que prolongou até ao dia raiar. As centenas de metros que separam a minha casa dos ditos jardins foram insuficientes para me permitir dormir. Se quem autorizou esta malfadada iniciativa se tivesse baseado no critério de Pareto, o concerto não se teria realizado. A sua realização não é uma melhoria de Pareto: proporciona benefícios a alguns mas, pelo menos, prejudica-me a mim. Mas este exemplo ilustra bem as limitações do critério de Pareto. Se eu me dirigisse às autoridades para tentar impedir a realização do concerto já autorizado e estes se baseassem naquele critério, não deveriam dar provimento ao meu pedido: impedir o concerto proporciona-me benefícios a mim mas prejudica aqueles que o pretendessem ouvir. O critério de Kaldor-Hicks é menos ambíguo. De acordo com este critério, as autoridades deveriam procurar quantificar quanto é que os frequentadores do concerto estariam dispostos a pagar a ele assistir e quanto é que eu e os restantes prejudicados pelo concerto estaríamos dispostos a pagar para não ter que o suportar. Se o primeiro montante fosse maior do que o segundo, o concerto deveria ser autorizado. Caso contrário, não o deveria ser” (RODRIGUES, V., 2007, p. 30).

problema da maior alocação para todos (Pareto), de forma que a escolha seja pela alternativa que maximize a riqueza⁴⁵.

A adoção da eficiência segundo Kaldor-Hicks faz com que seja adotada a decisão que maximize a riqueza sem ponderações ou averiguações morais, conforme bem verifica Goldberg (2006, p. 42):

É de se notar, contudo, que, para se tornar instrumental, o conceito de 'eficiência econômica' perdeu substrato moral. Soluções eficientes podem ser tremendamente 'injustas', já que agora não mais se exige que a situação de todos seja incrementada, mas apenas que o saldo seja positivo. Aplicada dessa forma, a eficiência torna-se apenas uma indispensável análise de custo-benefício: quaisquer que sejam a política adotada e os objetivos perseguidos, há sempre uma forma eficiente, e que desperdiça menos recursos, de fazê-lo.

Como havia sido afirmado, os adeptos da Análise Econômica do Direito não conseguem afastar uma vinculação, mesmo remota, com os utilitaristas, para os quais a preocupação primordial não reside na distribuição dos resultados entre os indivíduos, mas sim a soma do total de satisfação obtida⁴⁶. Tal concepção poderia, indubitavelmente, gerar distorções, pois uma sociedade baseada no modelo escravagista e outra baseada na democracia plena e liberdade poderiam ter o mesmo valor, caso houvesse um mesmo número aferível de satisfeitos em cada uma delas.

Ocorre que o conteúdo moral que se deve aplicar ao conceito de eficiência econômica deve ter por base a noção de bem-estar que já era usada pelos utilitaristas, fato que foi esquecido pelos críticos.

Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics* para todos os efeitos tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, causando o bem-estar, dentro dos limites morais.

⁴⁵ "A utilização pelo *law and economics* do critério de Kaldor-Kicks, em vez do de Pareto, aumentou enormemente o leque de situações nas quais a análise é possível e aproximou direito, economia e políticas públicas" (GOLDBERG, 2006, p. 42).

⁴⁶ "The striking feature of the utilitarian view of justice is that it does not matter, except indirectly, how this sum of satisfactions is distributed among individuals any more than it matters, except indirectly, how one man distributes his satisfactions over time" ("A impressionante característica da visão utilitária da Justiça é que não importa, exceto indiretamente, como esta soma das satisfações é distribuída entre indivíduos mais do que importa, exceto indiretamente, como um homem distribui suas satisfações ao longo do tempo") (RAWLS, 1999, p. 23).

E essa concepção de busca do bem-estar é que afastou a corrente da concepção formalista de Justiça, baseada na ética deontológica. A ética que informa a Escola *Law & Economics* é aquele de natureza consequencialista, ou seja, baseada no realismo jurídico, na verificação e pragmática jurídica.

Segundo Goldberg (2006, p. 59), o conceito de justiça (comutativa, distributiva ou retributiva) não tem peso normativo independente, mas apenas se e enquanto promove o bem-estar.

Comentando as obras “Conflict between Notions of Fairness and the Pareto Principle”, “Any Non-welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle” e “Fairness versus Welfare”, de 1999, 2000 e 2001, respectivamente, Rodrigues, V., (2007, p. 34-35) sintetiza a opinião de Louis Kaplow e Steven Shavell, para os quais justiça e eficiência são critérios, ao menos, relacionados:

Não deveríamos, antes, preferir um enquadramento jurídico mais justo a um menos justo? Este é um ponto em que está longe de existir consenso entre os que se dedicam à Análise Económica do Direito. Numa série de trabalhos recentes que têm suscitado vivo debate, Kaplow e Shavell (1999, 2000 e 2001) argumentam que não se deve utilizar nenhum outro critério que não a eficiência (ou, mais exactamente, nenhum critério que não corresponda apenas a uma agregação de utilidade sentida por cada membro da sociedade). O seu argumento é, simplificada, o seguinte. Há duas situações possíveis: ou o critério de justiça (ou qualquer outro) leva sempre às mesmas escolhas que o critério de eficiência ou isso não acontece. Se os dois levam sempre às mesmas escolhas, a distinção entre eles é pouco mais do que uma questão semântica: eficiência seria a designação económica da justiça. Se os dois levam, pelo menos às vezes, a escolhas diferentes, o critério de justiça leva, nos casos de conflito, a preferir situação que são Pareto-inferiores: isto é, leva a defender que não se proceda a alterações que melhorariam a situação de algumas pessoas sem prejudicar ninguém. No limite, o critério de justiça poderá levar a preferir situações em todos (sic) os membros da sociedade estão pior do que uma alternativa viável! Em face disto, parece que ‘ónus da prova’ sobre a bondade do critério que propõem recai sobre os proponentes do critério da justiça.

Para ilustrar como se aplica a lógica da eficiência na solução de conflitos jurídicos, vale transcrever Goldberg (2006, p. 60-61) – o autor engloba a Análise Económica do Direito em um grupo que chama de *welfarista*, ou seja, que busca a aplicação do Direito de forma a maximizar sempre o bem-estar - que apresenta elucidativo exemplo:

vejamos, por exemplo, o artigo 12 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que cria hipótese de responsabilidade objetiva (independente de culpa) para o fornecedor de produto defeituoso. A regra é justa? É

desejável? Fora do contexto welfarista, parece difícil sustentar que uma regra atributiva de responsabilidade independentemente de culpa possa ser justa. [...] no contexto welfarista, contudo, essa mesma discussão dar-se-ia a partir de outro ponto de partida, a saber, o seu potencial na promoção de bem-estar. Isso depende fundamentalmente dos efeitos da regra sobre o comportamento dos fornecedores e dos consumidores. O fato de o consumidor ser vulnerável a produtos e serviços que coloquem sua segurança em risco ganha especial significação, uma vez que há claras assimetrias de informação entre quem produz e que consome. Se os consumidores tivessem que 'periciar' todos os produtos adquiridos para checar sua segurança, o bem-estar de todos seria reduzido. Para os consumidores, isso seria por demais custoso e ineficaz. Já no tocante aos produtores, isso reduziria drasticamente a escala de venda de seus produtos e suas oportunidades de expansão. Além do mais, sob uma regra de responsabilidade subjetiva, em que a culpa ou dolo deve ser comprovado, os custos de aplicação da regra, incluídas as eventuais disputas judiciais, seriam bem maiores. Assim, a regra de responsabilidade objetiva nesse caso claramente promove o bem-estar. [...] a moldura welfarista nos permite identificar injustiças (do ponto de vista do bem-estar). Por exemplo: é justo que grandes investidores de fundos de investimento, tão sofisticados quanto os próprios gestores do fundo, invoquem o Código de Defesa do Consumidor? Ou deveriam se submeter ao regime geral do Código Civil? A resposta welfarista é clara: se não há assimetrias de informação, como nos casos geralmente endereçados pelo CDC, estes deveriam se submeter ao regime geral e provar a culpa dos gestores do fundo. A perspectiva welfarista consegue explicar as situações em que a regra geral de responsabilidade e atribuição de culpa são excepcionadas, mas uma abordagem estritamente deontológica aí encontra dificuldades óbvias.

Portanto, para a Análise Econômica do Direito a busca da eficiência econômica é premissa básica e deve ser implementada nas decisões jurídicas, de acordo com os critérios de Pareto quando possível, ou de Kaldor-Hicks, tomando então como baliza ética a verificação empírica do bem-estar.

2.4.3 As Falhas de Mercado

Outra premissa que os adeptos da Análise Econômica do Direito devem considerar se refere à existência de falhas de mercado, que impedem que todas as relações econômicas possam alcançar a melhor eficiência apenas pela transação entre os agentes. Essas falhas devem ser consideradas e dirimidas quando possível pelas regras jurídicas.

Preliminarmente, em relação à intervenção estatal no equilíbrio das relações econômicas, é possível distinguir três posicionamentos: aqueles que defendem a total regulação do mercado por parte do Estado; aqueles que condenam toda e qualquer espécie de intervenção; e aqueles que defendem uma intervenção moderada, apenas quando se verifica que as relações econômicas não promovem a

melhor eficiência, a melhor alocação dos bens, tendo em vista a existência de falhas de mercado.

Segundo Guestrin (2004, p. 323), os autores neoclássicos, sempre pressupondo modelos de mercado de concorrência perfeita e completa simetria de informações, condenavam a intervenção do Estado:

Conforme al modelo neoclássico – que es el más difundido en el análisis contemporáneo de la actividad económica – en un mundo caracterizado por la escasez de recursos productivos y en el que las personas se comportan como individuos racionales y previsibles que intentan maximizar sus beneficios, la mayor eficiencia social en el aprovechamiento de esos recursos se puede conseguir cuando, en mercados perfectamente competitivos, se llega a una situación de equilibrio general en la que ningún individuo puede mejorar su situación (su bienestar) sin perjudicar la situación de otro (Óptimo de Pareto).

O equilíbrio geral da economia de mercado livre é obtido quando as empresas maximizam seus benefícios, ou seja, quando o preço que obtêm com o produto posto à venda é igual ao custo marginal de produzi-lo; quando os consumidores maximizam sua utilidade, em outras palavras, o preço que estão dispostos a pagar pelo bem é igual à utilidade marginal que o produto lhes proporciona; assim, o preço da coisa transmite a informação necessária aos interessados e possibilita que o valor dado pelos consumidores ao bem seja igual ao seu custo marginal de produção.

O equilíbrio geral conseguido apenas pelas relações econômicas de mercado, porém, pressupõe uma conjuntura diferente do que se observa na realidade, conforme esclarece Guestrin (2004, p. 330):

¿asegura siempre el mercado una asignación eficiente de los recursos? No. Para que ello suceda sería necesario que todos los mercados fueran perfectamente competitivos y que no existieran factores o elementos que representaran imperfecciones. Únicamente bajo estas condiciones se obtendría el mayor número posible de bienes y servicios útiles con los recursos productivos existentes [...] la realidad muestra que existen casos en los que no se verifican los resultados eficientes que se esperan, entre otros, situaciones de competencia imperfecta por la ausencia de elementos propios de la competencia perfecta (como en los monopolios); bienes públicos (cuya utilización por unos individuos no es excluyente de su utilización por otros), y externalidades (en virtud de las cuales los precios no cubren los costos de todos los recursos económicos utilizados y no se ajustan a los costos marginales de producción).

Portanto, diante dessas falhas de mercado, o papel do Direito, para a Análise Econômica, é minimizar seus efeitos, para que as relações econômicas sejam as mais eficientes possíveis.

Podem ser elencadas como falhas de mercado a assimetria de informações⁴⁷, a existência de poder econômico díspar entre os agentes⁴⁸, os bens públicos⁴⁹ e as externalidades. Em razão da diferença de importância desses

⁴⁷ “En el modelo de competencia perfecta existe amplia información y conocimiento del mercado. Tanto vendedores como compradores conocen los bienes y servicios que vendem y compran, Conocen las condiciones del mercado, Tienen libertad para entrar y para salir de él. Las empresas conocen adecuadamente las técnicas productivas y los consumidores conocen las características de los productos, sus bondades y defectos, precios y condiciones. Las empresas producen bienes que ofrecen en el mercado. En la práctica, actualmente, desconocen por lo general quién o quiénes habrán de ser sus adquirientes. [...] Los consumidores, por su parte, no siempre cuentan con información acabada sobre la existencia y disponibilidad de los productos que necesitan ni sobre el lugar donde podrían obtenerlos. [...] La gestión de la oferta se enmarca en el diseño de un virtual e inmenso universo de necesidades de todo tipo que se exhibe con una creciente amplitud. [...] Si en un negocio determinado una de las partes se encuentra mejor informada que la otra sobre el objeto de la transacción pueden producirse efectos impensados o indeseados. Justamente, la conocida como información asimétrica constituye una falla del mercado. [...] En economía la información es un bien valioso. Frecuentemente se la considera como un bien público, dado que a medida que alguien dispone de ella, resulta sumamente complicado exigir, con éxito, que sus usuarios paguen un importe suficiente para cubrir los costos de obtenerla. Esto influye para que el sector privado genere una cantidad insuficiente de información” (GUESTRIN, 2004. p. 335-336). “Quando os agentes econômicos realizam trocas com base em informações incompletas sobre os custos e benefícios que cada um terá como resultado de uma transação, o mercado falha e, por contra própria, não maximiza o bem-estar social. Um caso em que isso ocorre é quando há uma assimetria de informação entre os agentes, isto é, quando uma das partes na transação sabe mais sobre o bem ou serviço transacionado do que a outra. Um caso clássico é aquele em que o vendedor sabe mais sobre o produto que comercializa do que o comprador, por exemplo, na venda de um carro usado. Só o dono sabe se, onde e como o carro sofreu algum acidente, se apresenta problemas de motor etc. O potencial comprador só vê um carro polido e lustroso, em ótimo estado” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 259). “After owning a specific car, however, for a length of time, the car owner can form a good idea of the quality of this machine; i. e., the owner assigns a new probability to the event that his car is a lemon. This estimate is more accurate than the original estimate. An asymmetry in available information has developed: for the sellers now have more knowledge about the quality of a car than the buyers. But good cars and bad cars must still sell at the same price – since it is impossible for a buyer to tell the difference between a good car and a bad car” (AKERLOF, 1998, p. 489). “Especificamente la teoría económica alude a la existencia de información asimétrica en el intercambio, ya que una parte del mercado (generalmente – pero no siempre – la empresa) posee más información que la otra (el consumidor). Si se descarta entonces el supuesto de información perfecta, y se reconoce que el consumidor no conoce exactamente la calidad del producto que va a comprar al momento de tomar la decisión de adquirirlo, se admite la posibilidad de que el consumidor no reciba la calidad esperada e, aún más, el riesgo de que sufra otros daños al emplear o consumir el producto adquirido en dichas condiciones, que no fueron previstos al momento de tomar la decisión” (CASTELLANO, 2006, p. 159).

⁴⁸ “O terceiro tipo de falha de mercado ocorre quando o mercado não é competitivo, e uma ou mais empresas gozam de *poder de mercado*, isto é, da habilidade de fixar seu preço acima do custo marginal. Quando isso acontece, há uma ineficiência alocativa, e o consumo dos bens ou serviços produzidos por essas empresas ficará abaixo do nível que maximiza o bem-estar social. A falta de pressão competitiva também se traduz em incentivos mais fracos para que a empresa seja tecnicamente eficiente e introduza inovações de processo e produtos. Nesse caso, é papel do setor público impedir que a empresa exerça seu poder de mercado” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 262).

⁴⁹ “La utilización de un bien privado por una persona excluye su uso por las otras. La conducción de un automóvil particular por parte de su propietario excluye su conducción por otro que no tenga derecho a hacerlo. En el caso de los bienes públicos es diferente. Las personas que pueden

conceitos para a Análise Econômica do Direito, será aprofundada apenas a última espécie.

2.4.3.1 As externalidades

A externalidade é um dos principais conceitos relacionados com o gênero “falha de mercado”, ou seja, na presença de externalidades, o equilíbrio natural do mercado não é capaz de cessar seus efeitos negativos. Segundo Guestrin (2004, p. 337):

habitualmente, las partes que realizan intercambios voluntarios asumen todos los costos y aprovechan todos los beneficios. No obstante existen ciertos comportamientos que afectan a determinados sujetos, empeorando su situación sin que sean compensados o mejorándola sin que indemnicen a los perjudicados. Aquellas situaciones en que las actividades económicas desarrolladas por uno o más individuos producen efectos sobre otro u otros, se conocen como ‘externalidades’. La actividad de un agente económico que produce efectos sobre el aprovechamiento de un recurso escaso, sin una recíproca compensación por parte de ese agente, es considerada una ‘externalidad’, ya que no queda reflejada en sus costos relativos. Supongamos que cada unidad de un determinado bien, producido en una fábrica, es tratada con un elemento químico que después de utilizado se vierte en un río, contaminándolo. La empresa se hace cargo de sus costos de producción internos, pero no de los costos por la contaminación del caudal de agua, que es externo a ella y es soportado por otros. De esta manera, los efectos secundarios de la producción no se incluyen en los precios de mercado.

De acordo com Mankiw (2001, p. 208) “uma externalidade é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam da ação. Se o impacto for adverso, é chamada externalidade negativa, se for benéfico, é chamada externalidade positiva”.

Rodrigues, V., (2007, p. 42-44) afirma que a externalidade é o custo ou benefício que um agente, na realização de uma atividade econômica, impõe a um

utilizarlos son muchas (y no sólo una), sin que disminuya por ello su valor de uso, ni la cantidad disponible para los demás. Los puentes sobre las carreteras, y éstas mismas, son bienes de este tipo que pueden ser utilizados por cualquiera, sin pérdida de su valor. (...) Como los consumidores no erogan el precio por la utilización de los bienes públicos y resulta imposible excluir de ella a quienes no los paguen, no son ofrecidos en el mercado; o bien se los ofrece en cantidades insuficientes. De esta manera su financiación se hace, por lo general, por medio de impuestos. Las decisiones sobre su producción surgen del Estado, son de naturaleza política, y no dependen del sistema de precios. Por ejemplo, puede considerarse necesario, en algún momento, construir un túnel en un camino de alta montaña, con prescindencia de su efectiva utilización y de los gastos de construcción y mantenimiento. Esta decisión no encuadra en el mecanismo de mercado” (GUESTRIN, 2004. p. 339-340).

terceiro, fora do sistema de preços. O conceito de externalidade é relevante porque indica que algumas decisões podem ser eficientes no plano individual, porém não são eficientes do ponto de vista coletivo. O papel do Direito em face das externalidades negativas é evitar que elas prejudiquem a obtenção de resultados sociais eficientes ou, em outras palavras, desincentivar as atividades lesivas à eficiência coletiva.

A poluição do meio ambiente é o mais claro exemplo de externalidade no exercício da atividade econômica. Em regra, a empresa produz pensando apenas em seus custos de produção diretos. Enquanto os benefícios da produção de um novo produto não excederem seu custo marginal (a pequena variação no custo total pela produção de mais uma unidade), a empresa continuará a produzir. Esse novo produto gerará uma maximização do benefício para a empresa. Entretanto, a atividade industrial acaba, por mínima que seja, produzindo poluição, a qual não é suportada de forma direta pela empresa em situações normais de ausência de regulamentação, mas é imposta à coletividade, em forma de externalidade negativa. De outro lado, é fato que a atividade industrial está relacionada ao desenvolvimento econômico, de forma que é inviável a sua suspensão.

A questão da poluição não se resolve no sistema de preços mediado pelo mercado, porque o malefício causado pela atividade industrial não altera a questão da demanda e da oferta do produto em condições normais.

Assim, a solução comum sugerida pelos economistas tradicionais é a internalização das externalidades para que passem a compor o custo das indústrias, agindo diretamente sobre o sistema de preços, de modo a incentivar medidas contra a poluição para que as empresas possam manter a competitividade, o que se conhece como princípio do poluidor pagador⁵⁰, assim explicado por Rodrigues, V., (2007, p. 43-44):

⁵⁰ De acordo com Marcos Augusto Romero: “como importante inovação, deve ser citada a possibilidade de vir a ser cobrada, do usuário, contribuição pela utilização de recursos ambientais, com fins econômicos. Tal contribuição não foi ainda disciplinada a nível federal, constituindo-se em porta aberta para a implantação do sistema do ‘poluidor pagador’, adotado pelos países integrantes do Mercado Comum Europeu” (sic) (ROMERO, 1995, p. 44). Na Recomendação de 1972, a OCDE reconheceu essencialmente três méritos do princípio do poluidor pagador: diminuir os custos das medidas de prevenção e controle da poluição, estimular o uso racional dos recursos ambientais escassos e evitar distorções ao comércio e investimentos internacionais. No art. § 2, do mesmo texto, lê-se que a imputação dos custos da luta contra a poluição aos poluidores corresponde também a exigências de equidade: a imputação aos poluidores dos custos da luta contra a poluição que eles provocam, obriga-os a reduzir esta última e a procurar produtos ou tecnologias menos poluentes, permitindo deste modo uma utilização mais racional dos recursos do ambiente; além disso, obedece

Note que a análise económica nos leva a admitir que o nível de poluição 'ideal', no sentido de eficiente, não é nulo. A poluição resulta de actividades produtivas que geram benefícios. A produção, e a poluição, devem ocorrer enquanto os benefícios gerados excederem os concomitantes custos. Para eliminar toda a poluição, teríamos que eliminar quase toda a produção. O mundo seria, certamente, mais bonito mas nós não sobreviveríamos para o apreciar! A solução que tradicionalmente os economistas propunham para o problema das externalidades consistia em repor a nossa hipotética situação inicial: fazer a empresa pagar todos os custos decorrentes da sua actividade, incluindo os correspondentes aos malefícios que a sua poluição causa a terceiros; na terminologia económica, levar a empresa a *internalizar* esse custo. Se isso for possível, a empresa escolherá um nível eficiente de produção (e poluição). Como é que se pode levar a empresa a internalizar este custo? Uma solução é o governo lançar um imposto sobre a empresa correspondente aos danos gerados pela poluição. Este tipo de solução faz, actualmente, parte do 'arsenal' da política ambiental da maioria dos países desenvolvidos e é conhecida como o princípio do 'poluidor-pagador'. Mais genericamente, a abordagem económica tradicional ao problema das externalidades pode sintetizar-se da seguinte forma: quando existem externalidades, o mercado falha, não sendo capaz de garantir a eficiente afectação dos recursos; para resolver o problema é necessário que o Estado intervenha para impor a internalização da externalidade pelo seu causador.

A ideia de um imposto unitário que correspondesse ao dano marginal da poluição foi a sugestão do inglês Arthur Cecil Pigou, que viveu de 1877 a 1959. Foi considerado o herdeiro de Alfred Marshall acima referido, fazendo parte da Escola Neoclássica de Cambridge. Pigou trabalhou com elementos de macroeconomia, especialmente o conceito de custos marginais privados e sociais, tema intrinsecamente relacionado com as externalidades.

A obra de Arthur Cecil Pigou motivou Ronald Coase a escrever seu célebre artigo "The Problem of Social Cost" em 1961, a qual, em conjunto com "The Nature of the Firm", são os marcos teóricos da Análise Económica do Direito, como foi exposto acima.

Acerca da obra de Pigou, Coase (2000, p. 539-540) assim se manifesta:

El origen del análisis económico moderno del problema discutido en este artículo es la obra de Pigou *La economía del bienestar*, y en particular la parte II que se refiere a las divergencias entre los productos netos privado y social, que surgen debido a que: 'una persona A al prestar algún servicio, por el que se realiza un pago, a una segunda persona B, incidentalmente también presta servicios o perjudica a otras personas (no productoras de servicios semejantes), de tal especie que el pago de las personas beneficiadas no puede ser preciso ni la compensación obligatoria de las personas perjudicadas.' Pigou dice que el propósito de la parte II de su libro

aos critérios de eficácia e equidade. Segundo a interpretação de Maria Alexandra de Sousa Aragão: "esta perspectiva claramente denota a intenção de se imputar uma responsabilidade à empresa que se utiliza dos recursos advindos do meio ambiente, bem como àquela que agrade-o pelo simples desempenhar de suas actividades" (ARAGÃO, 1997, p. 110).

es: 'averiguar hasta dónde el libre juego del propio interés, actuando dentro del sistema legal existente, tiende a distribuir los recursos del país en la forma más favorable para la producción de un gran dividendo nacional, y en qué medida es posible que la acción del Estado mejore las tendencias naturales' [...] El pensamiento básico de Pigou parecería ser: algunos han sostenido que no se necesita la acción estatal. Pero el sistema se ha comportado tan bien como lo ha hecho debido a la acción estatal. Sin embargo, aún subsisten imperfecciones. ¿Que acción adicional del Estado se necesita?

Coase aponta que Arthur Cecil Pigou utiliza em sua obra um exemplo concreto para justificar a intervenção estatal a fim de promover a internalização das externalidades econômicas (Coase, 2000, p. 540). Pigou utiliza o exemplo inglês, segundo o qual, em regra, as companhias ferroviárias não são responsáveis em indenizar por incêndios causados por fagulhas lançadas sobre as lavouras situadas à beira das estradas de ferro. Segundo Coase (2000, p 544), a solução dada por Pigou para que houvesse a minimização do custo social com a incidência da externalidade sobre as lavouras seria a intervenção do Estado e a determinação de que a companhia ferroviária indenizasse os proprietários pelos prejuízos causados, tal qual o imposto com finalidade ambiental, que no sistema tributário brasileiro assumiu a figura de contribuição.

Coase (2000, p. 553) não concorda com a posição defendida por Pigou em internalizar os custos sociais (as externalidades) para o pretense ofensor antes de se verificar se não haveria outras condições mais eficientes para distribuir as regras de responsabilidade. Através de diversas demonstrações com as variações “custo de transporte”, “velocidade” e “custo de indenização”, Coase demonstra que a internalização da externalidade (potencialidade das fagulhas criarem fogo nas lavouras) poderia criar resultados não eficientes.

As companhias ferroviárias, receosas em ser responsáveis por um sem número de indenizações, promoveriam alterações nos trens, diminuiriam o número de vagões, bem como a velocidade das locomotivas, a fim de reduzir a condição de atrito e conseqüente emissão de faíscas. Essa situação traria uma perda de resultado nos transportes que poderia causar danos a um maior número de pessoas, bem como prejuízos para as companhias, sendo que a única finalidade seria proteger os proprietários de lavouras.

Coase (2000, p. 552) conclui que a externalidade se deve ao comportamento de ambas as partes, ofensora e ofendida, e não apenas da ofensora, isso porque a externalidade se deve ao fato da companhia de trens

trafegar pelas estradas de ferro, bem como ao fato de que os agricultores desejam plantar à beira dos trilhos. Se não houvesse trens ou plantações, não haveria externalidades.

Portanto, a melhor forma de se eliminar ou reduzir a externalidade é mudar o comportamento da parte para quem essa alteração acarretará menos custos⁵¹.

Entretanto, essa mudança de comportamento, em regra, não se obtém de forma eficiente com a intervenção estatal, mas é obtida pela livre pactuação das partes, desde que os direitos de propriedade estejam bem definidos e não haja custos de transação relevantes. Acerca dos custos de transação, é possível utilizar a seguinte definição: são os custos das partes para realizar negociações e para fazer cumprir as obrigações (como custos com advogados para formar contratos, custos por ter firmado um contrato mal elaborado que dependerá de esclarecimento judicial, etc).

Pinheiro e Saddi (2005, p. 104-105) apresentam elucidativo exemplo:

⁵¹ “Vejam os exemplos. Uma empresa leva a cabo uma actividade que gera um lucro de 500 mil euros mas origina poluição que causa danos estimados em 200 mil euros. Os danos podem ser evitados se a empresa não produzir mas essa não é uma solução eficiente, no sentido de Kaldor-Hicks: o prejuízo que implica para os accionistas da empresa é maior do que o dano que poupa aos seus vizinhos. Suponhamos que os danos podem igualmente ser evitados se a empresa gastar 100 mil euros na instalação de um sistema de filtros nas suas chaminés. Esta solução já é eficiente: proporciona um benefício de 200 mil euros em troca de um custo de apenas 100 mil. Antes de Coase, os economistas diriam que, numa situação deste tipo, o mercado falha: a empresa não tem incentivo para instalar os filtros, uma vez que isso lhe custa 100 mil sem que obtenha qualquer benefício; para assegurar o comportamento eficiente, diriam, é necessária a intervenção do Estado. E, baseados nos ensinamentos de Pigou, proporião que o Estado lançasse um imposto de 200 mil euros sobre a empresa, no caso desta continuar a causar o dano. Como a empresa poderia evitar este imposto gastando apenas 100 mil euros, optaria por utilizar os filtros. Os danos decorrentes da poluição seriam eliminados, tal como desejado. Mas suponhamos que os danos resultantes da poluição se podiam, igualmente, evitar transferindo os vizinhos da empresa para locais mais distantes e que essa transferência originava encargos de apenas 50 mil euros. Claramente, a solução mais eficiente é esta última, que passa por alterar o comportamento das ‘vítimas’. A intervenção do Estado para impor a alteração do comportamento do causador seria ineficiente: levaria a utilizar uma solução que custa 100 mil euros quando o mesmo resultado poderia ser obtido gastando, apenas, 50 mil” (RODRIGUES, V., 2007, p. 45-46). Interessante observar que o exemplo dado pelo autor, apesar de parecer ter bases meramente teóricas, em verdade teve fundo em uma situação real ocorrida em Cheshire, Estado Unidos, da qual traz notícia: “Cheshire era uma pequena cidade no Ohio, nos EUA, com apenas 221 habitantes, dos quais 90 eram proprietários de casa. A AEP – American Electric Power, o maior produtor de eletricidade americano, tinha em funcionamento uma central de produção de eletricidade nas redondezas da cidade. Periodicamente, Cheshire era envolvida por uma névoa azulada, proveniente da central, que sujava tudo e incomodava os habitantes. No ano 2000, a administração americana acusou a empresa de violar a legislação ambiental e colocou-lhe um processo em tribunal. Em Abril de 2002, a AEP chegou a um acordo com todos os habitantes de Cheshire: em troca de um total de 20 milhões de dólares, os habitantes aceitaram vender-lhe todas as habitações da cidade, abandonar Cheshire e desistir de quaisquer queixas contra a empresa. De acordo com relatos da imprensa, as habitações terão sido vendidas por cerca do triplo do seu preço ‘normal’. [...] Neste caso, o facto de a fonte da poluição estar claramente identificada e de o número de vítimas ser limitado permitiu que os custos de transação não fossem demasiado elevados para impedir o mercado de resolver o problema. Fonte: New York Times 2002.05.13, Utility Buys Town It Choked, Lock, Stock and Blue Plume” (RODRIGUES, V., 2007, p. 52).

Ao produzir, uma fábrica joga fuligem na roupa lavada que está para secar na casa de cinco vizinhos próximos (vamos supor, para fins de raciocínio, que essa é a única *externalidade* existente, de maneira que a fábrica não causa nenhum outro dano ambiental). Se não houver nenhuma ação corretiva, cada vizinho incorrerá em prejuízos de R\$ 175,00 por mês, num total de R\$ 875. O problema pode ser resolvido por dois meios diferentes: filtros que eliminam a fuligem podem ser instalados na fábrica ao custo de R\$ 500; ou máquinas secadoras podem ser entregues a cada um dos vizinhos, a R\$ 130 cada, o que os dispensaria de secar a roupa ao ar livre. A solução eficiente é claramente instalar os filtros por R\$ 500 em vez de gastar R\$ 650 com os secadores para os vizinhos ou deixá-los sofrer um prejuízo de R\$ 875. Aqui há duas possíveis alocações de direitos de propriedade: 1. Os vizinhos podem ter o direito de não ter suas roupas sujas pela poluição. 2. A fábrica pode ter o direito de poluir. Vimos que, na ausência de custos de transação, a negociação entre as partes levará à adoção de solução eficiente independentemente de como os direitos de propriedade forem alocados. Se for dado aos vizinhos o direito de não serem prejudicados pela fábrica, esta será obrigada a instalar os filtros. Se, pelo contrário, não houver restrição às atividades da fábrica, fará sentido para os vizinhos negociar e pagar pela instalação dos filtros, em vez de comprar as máquinas secadoras, ou nada fazer. O que muda com a forma com que se assinala o direito é a identidade de quem paga pela instalação dos filtros: a fábrica, na primeira situação, e os vizinhos, na segunda. Assim, se os custos de transação são iguais a zero, a escolha da solução legal para o conflito – isto é, quem tem direito – influi na distribuição de renda, mas não na eficiência.

A mudança de enfoque acerca do custo social e do tratamento das externalidades de um patamar econômico tradicional para uma visão econômico-jurídica⁵² (Análise Econômica do Direito) foi um dos pilares do chamado Teorema de Coase, que lhe rendeu o Prêmio Nobel.

De acordo com Martins (1992, p.30), o Teorema de Coase pode ser definido da seguinte forma:

uma vez fixados os direitos de propriedade, em ausência de custos de transação, a negociação entre as partes conduzirá a uma solução economicamente eficaz do problema dos custos externos; na ausência de

⁵² “De harmonia com a análise tradicional das externalidades, associada a Pigou, existe uma externalidade quando as ações de uma parte impõem custos a outra, pelos quais a primeira não tem necessidade de compensar a segunda. Isto conduz a um resultado ineficiente, pois a primeira parte ignora os custos impostos à segunda ao tomar a sua decisão. Assim, por exemplo, uma companhia de caminhos de ferro pode permitir que as suas locomotivas lancem faúlhas, mesmo que causem fogos ocasionais nas searas vizinhas. O custo da modificação da máquina por forma a evitar as faúlhas recairia sobre a companhia: o custo dos fogos é uma externalidade imposta aos lavradores circundantes. A solução tradicional é um imposto de Pigou. A companhia de caminho de ferro é tributada pelo prejuízo causado e ela pode ou pagar, ou pôr termo à actividade que causa o prejuízo, conforme o que custar menos. Coase mostrou que, neste e em muitos outros casos, o custo não é simplesmente imposto por uma parte à outra, antes decorre de actividades incompatíveis proseguidas pelas duas partes. Os fogos são resultado conjunto da utilização pela companhia de caminho de ferro de locomotivas que lançam faúlhas e da escolha dos lavradores de cultivarem produtos inflamáveis perto da linha de caminho de ferro. A solução eficiente poderia consistir na modificação da locomotiva, mas também poderia ser o cultivo de outros produtos. No último caso, um imposto de Pigou sobre o caminho de ferro levaria a um resultado ineficiente” (FRIEDMAN, 1992, p. 35).

custos de negociação, é irrelevante, do ponto de vista da eficácia, a quem são atribuídos os direitos de propriedade.

A tradicional concepção das externalidades ganhou nova interpretação com a Análise Econômica do Direito, especialmente, na obra de Ronald Coase⁵³, o que demonstra a validade das conclusões desse movimento para as finalidades jurídicas de maximização do bem estar.

2.4.4 A Teoria dos Custos de Transação

A questão da inadequação do mercado para maximizar a eficiência na alocação dos recursos é analisada sob o ponto de vista das falhas de mercado, mas também desafia uma outra corrente de estudos, dedicada à definição dos custos de transação⁵⁴.

Os custos de transação são os objetos da chamada Teoria Neo-Institucionalista, capitaneada por Oliver E. Williamson, professor da Universidade de Berkeley, e Douglas C. North, ganhador do Prêmio Nobel de economia de 1993, acima mencionados (quando se tratou das divergências dentro do próprio movimento *Law and Economics*, especialmente aquelas ocorridas entre Williamson e Posner).

A principal crítica da Teoria dos Custos de Transação se dirige às premissas da Teoria Econômica Neoclássica e a presunção de perfeição do mercado. O mercado para a teoria neoclássica encontra o perfeito equilíbrio entre oferta e

⁵³ “Independente de quem tem ‘razão’, prevalecerá a solução que gera o maior ganho de eficiência. É isso que se configura de maneira simplificada como o célebre Teorema de Coase, segundo o qual, se os direitos de propriedade foram devidamente assinalados e se o custo de transação for igual a zero, as partes vão sempre negociar até obter um resultado eficiente, a despeito da forma como os direitos de propriedade forem estabelecidos a princípio. [...] Como o próprio Coase registra, a utilidade do seu teorema não é entender como funciona um mundo ideal, sem custos de transação, e sim compreender quais seriam as soluções eficientes que o direito deveria procurar emular. Em especial, a teoria do Direito & Economia pretende analisar como, na presença de custos de transação, o direito pode atribuir direitos de propriedade com vistas a aumentar a eficiência da economia” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 91).

⁵⁴ “As condições para a existência de concorrência perfeita são, porém, muito fortes e dificilmente encontradas em sua completude na prática. [...] Há duas vertentes principais de trabalhos com esse foco que são particularmente pertinentes para a discussão dos temas cobertos neste livro. Uma se dedica a analisar o que se convencionou chamar de falhas de mercado: a existência de empresas que gozam de poder de mercado, externalidades e assimetrias de informação. [...] A outra vertente tem como foco as consequências resultantes da existência dos custos de transação e do relaxamento de algumas hipóteses simplificadoras da Teoria Neoclássica sobre o comportamento dos indivíduos e a função de produção, em um ambiente de incerteza. [...] Os custos de transação são o principal elemento motivador da Teoria Neo-Institucionalista, de acordo com a qual o principal papel das instituições econômicas é reduzir o valor desses custos” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62).

demanda, não se concedendo relevância para variáveis relacionadas ao custo de se negociar ou fazer cumprir acordos.

Ocorre que em relações reais de mercado tais custos são sempre presentes e influem diretamente na interação entre os agentes econômicos, alterando as condições de negociação, por conseguinte, de preço.

De acordo com Cotter e Ulen (1998, p. 120-124), os custos de transação são os custos para o intercâmbio e se dividem em três espécies: custos de busca; custos de arranjo ou acordo; e custos de execução.

Os custos de busca estão relacionados ao encontro de um interessado em realizar uma transação econômica, para o intercâmbio; alguém que deseje comprar o que se está vendendo ou vender o que se deseja comprar. Esses custos tendem a ser elevados quando se procura ou vende produtos peculiares e baixos quando se procura ou se oferece produtos comuns.

Os custos de acordo dizem respeito à negociação e formalização de instrumentos contratuais, como, por exemplo, a contratação de advogados ou mesmo a obtenção de informações sobre os produtos que se pretende adquirir. Esses custos são tão altos quanto mais difíceis de se obter informações sobre os valores de intimidação e as soluções de conflitos são privadas. Por outro lado, são baixos os custos, tornando mais fáceis as negociações, quando os valores de intimidação e a solução cooperativa são públicos⁵⁵.

Segundo os autores, os estudos realizados em termos de jogos de negociação indicam que há maior colaboração em ceder informações quando os direitos de propriedade estão bem definidos, ou seja, não há ambiguidade. Nessas condições as partes tendem a cooperar entre si, tornando públicas informações privadas.

⁵⁵ “La información privada impide la negociación porque gran parte debe convertirse en información pública antes de que se puedan calcular condiciones razonables para la cooperación. En general, la negociación es costosa cuando es necesario convertir mucha información privada en información pública. Por ejemplo, negociaciones para la venta de una casa implican muchos problemas de financiamiento, cronología, calidad y precio. El vendedor de una casa sabe mucho más que el comprador acerca los defectos ocultos del inmueble, y el comprador sabe mucho más que el vendedor acerca de su propia capacidad para obtener financiamiento. Cada uno de ellos trata de averiguar estos hechos del otro en el curso de las negociaciones. Hasta cierto punto, las partes pueden estar en disposición de divulgar alguna información. Pero pueden sentirse reacios a divulgarla toda. La participación de cada parte en el excedente cooperativo depende, en parte, de que alguna información se mantenga privada. Pero la celebración del arreglo requiere que alguna información se haga pública. El equilibrio de estos estirones conflictivos es difícil y potencialmente costoso” (COTTER; ULEN, 1998, p. 122).

A redação de um contrato também se configura como um custo de acordo, sobretudo quando se demanda por profissionais habilitados. Outro custo de transação relativo à fase de acertamento é a hostilidade que ocorre, geralmente, quando se envolvem questões sentimentais nas transações, como, por exemplo, acordos de divórcio.

A terceira espécie de custo de transação se refere aos custos de execução do acordo celebrado. Esses custos são maiores à medida que se protraem no tempo. Quando há a compra e venda à vista o custo de execução, no mais das vezes, é baixo. Entretanto, quando se concede prazo para cumprimento, surgem os custos de monitoramento da obrigação e a necessidade de castigo em razão de violações⁵⁶.

De acordo com Pinheiro e Saddi (2005, p. 62), os custos de transação compreendem:

Os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade da busca pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade das mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade da negociação, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedoras na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a realização e a formalização dos contratos, inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o monitoramento dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar o controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados.

⁵⁶ “Consideremos el caso anterior, en el que Bloggs desea drenar un pantano de su propiedad para desarrollarlo como área residencial. Supongamos que el municipio le permite construir en una pequeña parte del pantano, a condición de que no dañe el resto. Algunos funcionarios deberán vigilarlo para asegurarse de que cumple su promesa. Además, los funcionarios podrían requerir que Bloggs otorgue una fianza, la que será confiscada si daña el resto del pantano y devuelta si completa la construcción sin haber daño. En general, los costos de la ejecución serán bajos cuando las violaciones del acuerdo puedan observarse fácilmente y la administración del castigo sea barata” (COOTER; ULEN, 1998, p. 123).

Conforme foi visto anteriormente, os custos de transação são fundamentais para o Teorema de Coase⁵⁷, pois diante de direitos de propriedade bem definidos, as partes sempre encontrarão a solução mais eficiente pela negociação, desde que os custos de transação sejam zero. Se não puderem ser nulos, ao menos que sejam reduzidos.

Sendo assim, a questão dos custos de transação importa para o Direito, uma vez que, havendo presença exacerbada, seja de custos de busca, acordo ou execução, há necessidade de intervenção jurídica, como um arranjo institucional⁵⁸, a fim de tornar mais eficientes certas relações econômicas. Veja-se interessante exemplo dado por Cooter e Ulen (1998, p. 126-127):

Supongamos que surge una disputa acerca de la regla legal apropiada para el derecho de fumar cigarrillos, puros o pipas en los restaurantes. ¿Deberían decidir por sí mismos los restaurantes si permiten fumar y en qué medida, o debería haber una regulación legal de la cantidad y la clase de lo que se fuma en los restaurantes? Quien crea que la negociación puede triunfar en un conjunto amplio de situaciones podría aceptar que la

⁵⁷ “Em economia, os trabalhos seminais de Ronald Coase, de modo especial *The Nature os the Firm* e *The Problem of Social Cost*, abordaram de forma inovadora o tema da propriedade levando o que Stigler, posteriormente, denominou Teorema de Coase. Partindo do conceito de que o que se negocia não são bens-objeto de Direito, mas, sim, direitos de propriedade sobre dimensões de bens, Coase propõe que, na ausência de ‘custos de transação’, a alocação ou distribuição inicial dos direitos de propriedade sobre as dimensões dos bens não terá importância, pois os agentes negociarão a transferência dos direitos a custo zero podendo realocá-los eficientemente. Assim, construiu-se boa parte da Análise Econômica do Direito sob a ótica da Nova Economia Institucional, que está voltada primordialmente para a lógica econômica dos arranjos contratuais relacionados à criação dos direitos. [...] os ‘custos de transação’ são afetados pelo sistema legal e por normas não positivadas, que recaem sobre a alocação dos direitos de propriedade. Outros autores, partindo dos estudos de Coase, ampliaram o trabalho tendo como foco a importância das instituições para o desenvolvimento socioeconômico do seu impacto no controle dos ‘custos de transação’ e, portanto, na alocação do Direito de Propriedade. Essa foi a dimensão explorada por Douglas North na área macroinstitucional, com especial ênfase no processo de mudança institucional” (MUELLER; STAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 87-88).

⁵⁸ “Os custos de transação resultam, em grande parte, das instituições existentes e do seu funcionamento. Por exemplo, se o leitor for proprietário de um lote de garrafas de bom vinho antigo, e quiser vendê-lo, terá que enfrentar custos de transação consideráveis. Tem que se informar sobre quem são os compradores potenciais, tem que os contactar, negociar com eles os preços que estão dispostos a pagar, se calhar tem que lhes deixar provar algumas das garrafas para poderem verificar que o vinho corresponde ao pretendido, etc. Uma parte não desprezível do valor do vinho seria consumida pelos custos de transação. Já se o leitor quiser vender um lote de ações da PT, tudo é mais simples: basta contactar o seu banco e dar a ordem de venda. Poucos dias depois, o dinheiro da venda estará disponível na sua conta bancária sem que o leitor tenha que procurar compradores, negociar, ou dar qualquer um dos outros passos necessários para vender o vinho. A grande diferença entre os dois casos está nas instituições disponíveis para transações dos dois tipos de produtos: a transação de ações faz-se num mercado institucionalizado, a bolsa de valores, que é o ‘local de contacto’ estabelecido para compradores e vendedores de ações e onde os termos das transações a efectuar estão, na sua maioria, pré-definidos (os prazos de pagamentos, etc.); a transação de vinho, pelo contrário, faz-se num mercado informal, a que não corresponde qualquer local de contacto pré-definido e onde as condições contratuais têm que ser discutidas caso a caso” (RODRIGUES, V., 2007, p. 63).

negociación privada entre fumadores, no fumadores y dueños de restaurantes resuelva el asunto. Los fumadores pueden pagar a los no fumadores para que les permitan fumar en los restaurantes. O los no fumadores pueden pagar a los fumadores para que no fumen en los restaurantes. De cualquier manera, la actividad más valiosa prevalecerá. Alternativamente, los dueños de restaurante tienen un incentivo (la maximización de sus beneficios) para distribuir de manera más eficiente su espacio en el restaurante entre fumadores y no fumadores. Otros podrían creer que los costos de transacción entre fumadores y no fumadores en los restaurantes son tan elevados que impiden una solución negociada para sus intereses en conflicto. Estas personas temen que ocurra un comportamiento desagradable y antisocial entre fumadores y no fumadores. El gobierno no debe delegar la tarea de separar a estas partes potencialmente guerreras en la negociación, ni a los dueños de restaurantes. Más bien, el gobierno debe intervenir y encontrar una solución. Por ejemplo, el gobierno podría exigir que los restaurantes tengan áreas separadas para los no fumadores.

Portanto, a Teoria dos Custos de Transação tem grande importância e apresenta importantes conclusões a serem consideradas na elaboração de regramentos legais. Por tal motivo, é uma das premissas dos autores que atuam no campo da Análise Econômica do Direito ou, especialmente, da sua vertente, a Teoria Neo-Institucionalista.

2.4.5 A Teoria dos Jogos

A teoria dos jogos não é, propriamente, uma premissa da Análise Econômica do Direito como o são a presunção de racionalidade dos agentes, a busca da eficiência e o conhecimento das falhas de mercado, que devem ser consideradas para a explicação dos sistemas jurídicos ou para a sugestão de sistemas mais eficazes.

Essa teoria é um instrumento utilizado pela Análise Econômica do Direito para ajudar a entender ou mesmo prever os comportamentos das pessoas.

A localização da teoria dos jogos no presente trabalho, portanto, deve-se ao fato de que, ao lado das premissas, que são pressupostos para o estudioso da Análise Econômica, também pode e deve ser considerada como um instrumento para a elaboração do sistema jurídico (aspecto normativo) ou para explicar sua eficiência (aspecto positivo).

Segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 156):

quando dois (ou mais) indivíduos interagem e suas ações se baseiam naquilo que esperam ou desejam que os outros façam, existe o que se

denomina 'comportamento estratégico'. Quando isso ocorre, a interação entre eles pode ser tratada como um jogo. Em tal situação, a Teoria dos Jogos analisa e ajuda a prever as *estratégias* racionais desses indivíduos a partir da definição de quais são as regras do jogo. Os estudiosos de Direito & Economia utilizam a Teoria dos Jogos para estudar como as empresas interagem, dadas as normas legais, e para entender como elas influenciam seu comportamento estratégico, como agentes econômicos ou como partes em litígios de diversos tipos.

Os autores esclarecem que a aplicação da Teoria dos Jogos ao Direito foge à concepção clássica advinda do Direito Romano, segundo a qual, diante do princípio da legalidade só tem interesse jurídico a conduta que atende ou desatende (aplicação de sanção) ao comando legal: o que está no plano da cogitação do agente não importa. Já para a Teoria dos Jogos no Direito, a lei é apenas o ponto de partida para o comportamento do agente que, a partir da definição das possibilidades legais, decide estrategicamente⁵⁹ o que é mais vantajoso fazer, se é cumprir ou não o comando legal. A norma jurídica, portanto, serve de indutora de comportamentos.

A Teoria dos Jogos, tendo por objetivo prever as condutas e os comportamentos dos sujeitos racionais, municia o Direito de dados para que possa elaborar as "regras do jogo" da forma mais eficiente possível, levando em consideração que cada jogador escolherá sua conduta de acordo com uma estratégia que toma como ponto de partida as ações desejadas pela lei e as consequências em virtude do descumprimento.

Há três pilares básicos para a Teoria dos Jogos: o jogo de soma zero de Von Neumann; o dilema dos prisioneiros de Albert W. Tucker; e o equilíbrio de Nash de John Nash.

Em meio a esses três marcos teóricos, que serão abordados a seguir, são vários os autores que contribuíram para o desenvolvimento da Teoria dos Jogos. Patrício (2005, p. 27-31) afirma que os primeiros esboços da teoria se devem a James Waldegrave, Augustin Cournot, Francis Ysidro Edgeworth, E. Zermelo e Émile Borel. Não obstante, segundo o autor, foi o trabalho de John Von Neumann, em 1928, que inaugurou a moderna Teoria dos Jogos. Outras contribuições de

⁵⁹ "Estratégias, neste sentido, são decisões ou comandos que indicam as linhas de ação que um jogador pode adotar durante o jogo, parte dele ou mesmo antes de ele começar. Há mais de uma estratégia possível, e por qual delas o jogador vai optar dependerá (ou não) do que o adversário fizer. As estratégias podem (ou não) traçar um plano de escolhas para cada ponto de decisão, formando (ou não) uma sequência completa de movimentos, por meio dos conjuntos de informações disponíveis (ou indisponíveis), tendo em vista as recompensas oferecidas ao final" (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 165).

relevo foram as seguintes: o livro *Problems of Monopoly and Economic Warfare*, de 1930, escrito por Frederik Zeuthen; o artigo *Randomisation and an old enigma of card play* de 1934 escrito por R. A. Fisher; a obra *Theory of Games and Economic Behaviour*, de 1944, escrita por John von Neumann e Oskar Morgenstern; ainda apresentaram suas contribuições Lynn Loomis, H. Kuhn, Howard Raiffa, L. S. Shapley, Martin Shubik, Robert Aumann entre outros autores.

John von Neumann, a partir de 1928, elaborou seus primeiros trabalhos, nos quais inaugurou a moderna Teoria dos Jogos⁶⁰. Sua maior contribuição foi a elaboração do jogo de soma zero: o que um dos agentes ganha o outro perde, ou então ambos jogadores nada ganham.

Uma interessante exemplificação desse modelo de jogo seria a divisão de um bolo entre duas pessoas. O melhor método para que os jogadores agissem de modo cooperativo seria determinar que uma parte cortasse e a outra escolhesse por primeiro. Assim, o cortador adotaria a estratégia de ser o mais imparcial possível, pois sabia que a próxima jogada seria de seu adversário que, por sua vez, buscaria escolher o maior pedaço. Assim, transpondo para a análise do Direito, quando as partes têm total informação, o papel da lei é determinar condutas que forcem a cooperação dos jogadores.

Ao contrário desse modelo, o chamado jogo de barganha é aquele em que os jogadores que agem cooperativamente ganham mais do que se estivessem agindo de forma isolada, cuja aplicação se verifica em questões de pedido de falência, por exemplo.

O segundo marco da Teoria dos Jogos se deu em 1950, quando Albert W. Tucker escreveu o artigo *A two-person dilemma*, que ficou conhecido como o “Dilema dos Prisioneiros”. Trata-se de um jogo não cooperativo em que as partes não têm informações completas sobre o comportamento um do outro. Foi exemplificado da seguinte forma, nas palavras de Rodrigues, V., (2007, p. 171-172):

a polícia prendeu dois indivíduos que sabe terem cometido conjuntamente um crime grave mas não tem provas para os condenar, precisando de lhes extrair uma confissão. Caso não consiga a confissão, a polícia apenas tem provas para os condenar por um crime menor. Os prisioneiros são

⁶⁰ “O importante é entender o conceito de Von Neumann de ‘jogo’ como simplesmente uma situação de conflito em que alguém precisa fazer uma escolha, sabendo que há outros, ao mesmo tempo, também em processo de escolha. Von Neumann provou matematicamente que sempre há um curso racional de ação para dois jogadores e que os interesses (ou os motivos) de cada um deles podem ser divergentes” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 163).

colocados em salas de interrogatório separadas e é-lhes feita a seguinte proposta: 'se confessares e o teu parceiro não o fizer, deixamos-te em paz e só ele é condenado por um crime grave; se ambos confessarem, são ambos condenados pelo crime grave mas conseguimos-vos uma redução de pena'. É do interesse dos prisioneiros que ambos não confessem, situação em que serão apenas condenados pelo crime menor. E, no entanto, confessar é uma estratégia dominante: se o outro não confessar, confessando evita-se a condenação; se o outro confessar, confessando consegue-se a redução de pena.

Os estudos de Tucker indicaram que a melhor estratégia individual é acusar, pois não tendo conhecimento de como agirá o outro jogador, pensará o primeiro que será melhor responder por pena reduzida do que por pena integral, em caso do outro desertar. Nesse caso, fala-se que os jogadores têm estratégia dominante, porque terão benefícios independentemente do comportamento do outro jogador.

Interessante observar que mesmo que se permita o contato entre os prisioneiros antes da resposta final, mesmo assim a melhor estratégia é acusar, porque há grande possibilidade de que o acordo não seja cumprido.

Essa aplicação da Teoria dos Jogos está longe de configurar mera curiosidade para o Direito. A chamada "delação premiada" ganha cada vez mais aplicações no âmbito do Direito Penal, consistindo em um benefício de redução de pena para o delator. O sistema penal brasileiro passou a prever em vários dispositivos esse instituto, como se vê em dispositivos legais: § 4º, do art. 159, do Código Penal, com redação dada pelas Leis ns. 8.072/90 e 9.269/96; § 2º, do art. 24, da Lei n. 7.492/86, acrescentado pela Lei n. 9.080/95; par. único do art. 16, da Lei n. 8.137/90, acrescentado pela Lei n. 9.080/95; art. 6º, da Lei n. 9.034/95 e § 5º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/98.

O terceiro marco da Teoria dos Jogos se deve a John F. Nash que, em 1950, escreveu os artigos *Equilibrium points in n-person games* e *The bargaining problem*, em 1951, *Non-cooperative games*, e em 1953, o artigo denominado *Two Person cooperative games*. Nash desenvolveu o raciocínio segundo o qual é certo que as partes buscam a maximização dos benefícios em um dado jogo. Entretanto, por vezes, é melhor que abram mão de um ganho maior, para que todos possam ganhar de forma proporcional, assim, um jogador vai sempre agir da mesma forma enquanto souber que o outro também vai agir assim e os dois podem ganhar. Portanto, quanto mais informação e conhecimento sobre o comportamento dos

demais, maior será a probabilidade de equilíbrio⁶¹ (Equilíbrio de Nash⁶²) e os resultados serão divididos entre todos os jogadores. Para ilustrar o pensamento de Nash, foi elaborado o seguinte exemplo, conforme Pinheiro e Saddi (2005, p. 178):

Os argumentos de Nash podem não ser fáceis de compreender à primeira vista. Foi essa a razão que levou o roteirista Akiva Goldsman, no filme *Uma mente brilhante*, a desenhar um exemplo para ilustrar didaticamente o que Nash propõe. Para isso, ele escolheu o tema adolescente da paquera entre homem e mulher. Num bar, quatro amigos estão bebendo cerveja quando entram uma loira lindíssima e quatro amigas. Goldsman, por intermédio do personagem John Nash, vivido por Russel Crowe, observa: se os quatro forem todos atrás da única loira, num processo de competição, eles se 'bloquearão', e ela rejeitará os avanços. Ou seja, à medida que os quatro não cooperarem, buscando separadamente o que julgavam ser melhor para cada um, que era 'ficar com a loira', corria-se o risco de ninguém ficar com ela. Se, em um segundo momento, os quatro forem atrás das amigas da loira, elas poderão se sentir indignadas, por serem a segunda opção, e também os rejeitar. Ora, o mais indicado, então, é ninguém ir atrás da loira e buscar outras opções, ou seja, as amigas. Este exemplo mostra que nem sempre a noção de Smith, de que a ambição individual leva ao bem comum, prevalece. O equilíbrio não cooperativo do jogo ilustrado no filme faz com que os quatro amigos acabem sós. Cooperando, eles são capazes de chegar a uma solução melhor, que é ficarem os quatro com companhia.

A aplicação da Teoria dos Jogos por parte da Análise Econômica do Direito encontra utilidade nos mais diversos campos jurídicos. Por exemplo, observa-se que jogos realizados por jogadores portadores de níveis diferentes de informação (por exemplo, se a jurisprudência sobre o tema é pacífica ou não) têm resultados diferentes, de acordo com o comportamento das partes em sede de litigância judicial, conforme explicita Patrício (2005, p. 39):

⁶¹ “No jogo do dilema dos prisioneiros, a decisão de confessar e aceitar a proposta de delação premiada constitui um equilíbrio perfeito de Nash, que é definido como sendo a melhor resposta diante também da melhor resposta que provavelmente o outro jogador tomará em relação ao mesmo dilema. O método para identificação do conjunto de escolhas que caracteriza um equilíbrio de Nash pode variar conforme o tipo de jogo e as alternativas de movimentos à disposição dos jogadores. Em alguns casos, não é fácil apontar a melhor resposta recíprova dos jogadores e se faz necessário o recurso a estratégias mistas baseadas na alternância randômica de possíveis jogadas, para obtenção do resultado probabilístico de mais elevado *pay off*” (PINTO JUNIOR, 2006, p. 65-66).

⁶² “En la teoría de juegos hay un concepto famoso que caracteriza este equilibrio: un equilibrio de Nash. En tal equilibrio, ningún jugador puede obtener mejor cambiando su comportamiento mientras que los otros jugadores no cambien el suyo. [...] La noción de un equilibrio de Nash es fundamental en la teoría de juegos, pero tiene algunas deficiencias. Por ejemplo, algunos juegos no tiene equilibrio de Nash, mientras que algunos juegos tienen varios. Por último, no hay necesariamente una correspondencia entre el equilibrio de Nash y la eficiencia de Pareto, el criterio que utilizan los economistas para evaluar muchos equilibrios. Para ver por qué ocurre esto, volvamos al dilema del prisionero anterior. Hemos visto que el hecho de que ambos sospechosos confiesan, ambos pasarán 5 años en prisión. Es posible que ambos jugadores alcancen una situación mejor. Ello ocurriría si ambos guardan silencio. Por lo tanto, la celda 4 (donde ambos reciben una sentencia de un año en prisión) es un resultado eficiente en el sentido de Pareto. Queda claro que esa solución es imposible porque los sospechosos no pueden celebrar un pacto irrenunciable para no confesar” (COOTER; ULEN, 1998, p. 57-58).

O nível de conhecimento adquirido pelos jogadores sobre os outros e sobre o jogo influencia o comportamento de todos. Por este motivo, basta que a probabilidade de condenação seja entendida como maior ou menor para que tal condicione, frequentemente, o desfecho da contenda. A assimetria informativa existente é, por seu lado, e talvez paradoxalmente, a maior garantia do normal funcionamento do sistema judicial. Sem esse desequilíbrio, de duas uma: ou, convencido do grau de culpabilidade do agente, o queixoso nunca aceitaria a proposta do infractor (o que levaria, inevitavelmente, ao congestionamento do sistema judicial); ou, na situação inversa, em nenhuma circunstância seria feita justiça em Tribunal (o que impediria algumas das vantagens que num momento posterior se mencionarão). Note-se ainda que a aversão ao risco, se equacionada, pode levar à criação ou à acentuação de assimetrias informativas.

Outrossim, em matéria de licitações, a aplicação da Teoria dos Jogos indica qual o melhor tratamento que a lei pode dar ao tema, evitando a atuação de cartéis, a fim de garantir o melhor preço para a Administração Pública, de acordo com Pamplona (2005, p. 193):

O dilema dos cartelizados é: num jogo de sempre ter de reduzir as ofertas superfaturadas, sob pena de perder totalmente a licitação, caso o jogo de redução da oferta se proceda em infinitas licitações, um licitante diminuirá seu preço numa licitação e o outro cartelizado, na próxima. Entretanto, nem sempre isso será verificado, conforme explicamos no parágrafo anterior. Se cada licitante sabe que o outro está jogando 'bate-e-rebate', então cada empresa teria receio de diminuir o seu preço e iniciar uma guerra de preços. A ameaça implícita no 'bate-e-rebate' pode permitir às empresas manterem seus preços altos. Contudo, a realidade não é de infinitas licitações. O Estado possui um número fixo de concorrências, por isso colocam-se em disputa entre os cartelizados os melhores contratos, que representam a mais alta lucratividade, sempre almejada num cenário de preços de mercado. Já no curto prazo, a Administração conta com empresas que estão excluídas do mercado cartelizado, não possuem grandes margens competitivas nem ganho de escala, mas que têm o interesse de fornecer para o Estado, suponhamos, no caso, a empresa C. Quando a Comissão de Licitação divulga as propostas de todos os licitantes e abre prazo para a apresentação de novas ofertas, possibilita à empresa C analisar sua proposta diante da de seus concorrentes e da cotação de mercado, detendo, assim, uma posição privilegiada de informações e a possibilidade de competir isonomicamente com empresas que até então dominavam o mercado. A simples presença de uma empresa não integrada ao cartel já é uma ameaça potencial à hegemonia das empresas dominantes, sobretudo num cenário de divulgação e de reapresentação de propostas.

Também em matéria de falências tem lugar a Teoria dos Jogos, conforme esclarece Pinto Junior (2006, p. 78-79):

A recuperação judicial foi modelada pela nova Lei de Falências como um jogo de barganha sequencial, em que o devedor tem o controle sobre o final do jogo, observado determinado horizonte máximo de tempo (180 dias

após o deferimento do pedido em juízo). Todavia, para que o jogo ocorra, é essencial que exista um valor excedente (*surplus*) a ser disputado entre os jogadores. [...] Se o devedor não puder oferecer na recuperação judicial um *pay off* mais elevado do que os credores obteriam na falência, será provável a rejeição do plano. Esse resultado somente poderá ser alterado, se houver outras motivações dos credores para preservar o funcionamento da empresa.

Diante do que foi exposto, é lícito concluir que a Teoria dos Jogos apresenta muitas contribuições ao Direito, enquanto método de análise e de previsão de condutas de agentes que agem de forma racional. Cabe ao legislador ou ao Juiz colher os dados fornecidos pela análise e elaborar o sistema jurídico de forma que gere mais eficiência.

2.5 DA APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Os autores da Análise Econômica do Direito aplicam seu método normalmente sobre quatro searas jurídicas: direito de propriedade, direito dos contratos, responsabilidade civil e direito penal. Alerte-se que não são as únicas áreas do Direito que mereceram atenção da Escola; pelo contrário, tendo em vista que o objetivo é buscar a interpretação mais abrangente do fenômeno jurídico com a aplicação dos critérios econômicos⁶³.

Foram escolhidas essas áreas para menção no presente trabalho, portanto, por mera liberalidade e a fim, unicamente, de ilustrar como se dá a aplicação casuística da Análise Econômica do Direito. Poderiam ser tratadas outras áreas, como o direito da concorrência ou o direito de família, mas tornariam o trabalho excessiva e desnecessariamente extenso, tendo em vista que a abordagem do presente capítulo é unicamente a título exemplificativo, ou seja, não tem o condão de exaurir a matéria.

Antes de iniciar, entretanto, faz-se necessário um breve esclarecimento acerca das críticas dirigidas ao movimento e da posição adotada nessa dissertação.

2.5.1 Um Breve Esclarecimento: as Críticas ao Movimento

Não há dúvidas de que inúmeras críticas são feitas ao movimento, sendo que as mais duras são as dirigidas por juristas. Nabais (1998, p. 197) sintetiza sua crítica da seguinte forma:

A (maior) racionalidade do sistema económico é, porém, uma racionalidade limitada ou parcelada, uma vez que ela renuncia à consideração de outros objectivos – isto é, de objectivos não traduzíveis em dinheiro – no apuramento do sucesso ou insucesso do sistema social global. O que leva a consideração dos interesses não económicos, dos interesses públicos, caiba ao estado, que assim fica com as tarefas, por um lado, de controlar e corrigir o próprio processo da actividade económica, de modo a que o mesmo não ponha em perigo outras actividades (daí a acção do estado traduzida na inspecção empresarial, na protecção do ambiente, etc.) ou fomenta desenvolvimentos culturalmente indesejáveis (daí a acção estadual de planeamento e ordenamento do território, de protecção do património cultural, etc.) e, por outro, de corrigir os resultados da repartição

⁶³ “El sexo también es una actividad económica. La búsqueda de una pareja sexual (así como el acto sexual mismo) toma tiempo y así impone un costo, medido por el valor de ese tiempo en su siguiente uso mejor. El riesgo de contraer una enfermedad o un embarazo no deseado también es un costo del sexo: un costo real, aunque no primordialmente pecuniario” (POSNER, 2000, p. 14).

dos rendimentos e patrimónios decorrentes do processo económico quando os mesmos sejam indefensáveis do ponto de vista da justiça. [...] É nessa separação fundamental e irreduzível sociedade/estado e dos critérios que presidem a um e a outro domínio, que reside, a nosso ver, o obstáculo principal ao entendimento do direito através do critério da economia como defendem as teorias 'análise económica do direito', e a economia através do critério do direito (identificado este com a vontade política) como foi (e ainda é) prática nos estados socialistas.

Posner sintetiza as críticas recebidas pelo movimento da seguinte maneira: a economia é uma ciência reducionista, portanto sem valor prático algum; os fundamentos normativos do enfoque econômico são repulsivos; o enfoque econômico é um fracasso porque não é capaz de explicar todas as regras, doutrinas, instituições e resultados importantes do sistema legal; por último, a Análise Econômica do Direito trata-se de uma teoria conservadora.

O autor rebate as críticas, afirmando, basicamente, que o objetivo da Análise Econômica do Direito não é colmatar todas as lacunas ou resolver todos os problemas do Direito, mas sim oferecer instrumental útil para casos que aceitam a lógica da maximização. Quanto à afirmação de que se trata de teoria conservadora, isso porque criticaria “inovações” do sistema, como a proteção do consumidor, a intervenção no sistema financeiro, etc, Posner afirma que as críticas são procedentes em parte, necessitando de observações e comprovações empíricas que demonstrem que as soluções propostas são mais eficientes que as existentes.

Ainda na senda das críticas, Dworkin (2003, p. 333-375) desferiu pesados comentários à Análise Econômica do Direito, em especial quanto à aplicação da regra da negligência no sistema judicial americano.

Forgioni (2006, p. 47-49) ilustra algumas situações em que a pretensão de se aplicar critérios econômicos em questões jurídicas parece repugnar ao jurista. Por exemplo, cita a criação de um “mercado de adoção” em que pais pobres venderiam os filhos que não pudessem criar dignamente para pais ricos. Em tal situação, supostamente, haveria uma melhora para todos, pois as crianças teriam melhores condições de vida, os pais adotivos teriam mais felicidade e os pais naturais teriam mais condições de criar os outros filhos.

Um segundo exemplo, seria a criação de um “mercado de órgãos” em que aqueles que estivessem passando por dificuldades financeiras poderiam dispor de um dos rins para quem dele necessita, havendo maximização de utilidade para ambos.

Em terceiro lugar, exemplo inclusive que é foco de abordagem nesse capítulo, a legalização das drogas poderia causar uma diminuição da produção, diante da livre concorrência.

E, por fim, como quarto exemplo, poder-se-ia defender que não existissem mais sindicatos a fim de que as condições de trabalho fossem negociadas direta e livremente entre as partes, considerando que os sindicatos agem como cartéis, aumentando o custo trabalhista e, por consequência, das mercadorias.

Enumerados os exemplos, Forgioni (2006, p. 50) assim se manifesta:

Qual a diferença concreta entre esses quatro exemplos? Por que somos levados a crer que seria adequada a adoção de raciocínio tipicamente 'de mercado' em alguns casos, mas não em outros? Por que, em certas situações, parece-nos correta a solução mais 'econômica' e, em outras, essa hipótese causa-nos repugnância? Simplesmente porque – por mais doloroso que seja para o jurista admiti-lo – os exemplos lidam com diversos *valores e preferências*. É possível pensar que a venda de órgãos de pessoas mortas [afinal, os doadores já se foram e seus corpos apodrecerão] seria apenas um meio para atingir um fim 'nobre': acabar com a escassez que ceifa a vida de milhares de pessoas. No caso das drogas, poderíamos pensar que não seria 'moral' liberarmos o seu uso, da mesma forma como é possível crer que 'os fins justificam os meios'. Quanto aos trabalhadores, há quem sustente que a obrigatoriedade de negociação por intermédio dos sindicatos impeça aqueles mais competentes de obter salários melhores, além de aumentar os preços para os consumidores. Da mesma forma, impedir a negociação dos direitos sociais prejudicaria os próprios trabalhadores [e sua liberdade de contratar]. Para muitos, bebês não são mercadorias, porque a vida humana não pode ser comprada e vendida, mercanciada.

Conclui a autora afirmando que a resposta às perguntas formuladas depende dos valores subjacentes à sociedade, ou seja, algumas situações podem exigir um tratamento jurídico baseado na eficiência e outras não, pois há valores maiores, como a vida ou a dignidade da pessoa humana.

Portanto, desde logo, é importante esclarecer que o presente trabalho se coaduna com a opinião da autora e com o que expõe Posner⁶⁴ em sua obra.

A Análise Econômica do Direito deve ser aplicada com toda a sua força de lógica e racionalidade nas questões que permitam uma decisão no plano da eficiência, como, por exemplo, em matéria de contratos e responsabilidade civil.

⁶⁴ “Además, no debemos rechazar todo el análisis económico del derecho sólo porque no nos convenza la versión más agresiva del análisis. La versión más agresiva sostiene que la economía no sólo explica las reglas e instituciones del sistema legal, sino que también provee la guía más sensata desde el punto de vista ético para el mejoramiento del sistema” (POSNER, 2000, p. 31).

Entretanto, não pode ser acolhida quando o resultado “eficiente” seja absolutamente contrário aos princípios e garantias fundamentais, como no exemplo do comércio de órgãos e de bebês (violação ao princípio da dignidade da pessoa humana).

Por fim, a Análise Econômica do Direito pode ser aplicada, com temperamentos, por exemplo, em matéria de Direito Penal, quando sua extensão deve seguir até os limites constitucionais (proibição da pena capital, por exemplo).

2.5.2 A Análise Econômica do Direito de Propriedade

Um dos principais temas que interessa à Análise Econômica do Direito é a propriedade ou, mais propriamente, os direitos de propriedade⁶⁵.

A abordagem da questão foge aos limites estritamente jurídicos na medida em que não se debruça sobre a origem filosófica da propriedade, mas se volta ao estudo de questões como as seguintes: como se estabelecem os direitos de propriedade; o que pode ser objeto de propriedade privada; o que os donos podem fazer com sua propriedade; que remédios existem contra a violação dos direitos de propriedade. A resposta certa para essas perguntas, segundo os autores que podem ser considerados integrantes da Análise Econômica do Direito, é aquela que maximiza a eficiência, ou seja, gera o maior excedente para a coletividade.⁶⁶

De início, sobre a origem da propriedade privada ou dos direitos de propriedade, Mueller, Stajn e Zylberstajn (2005, p. 96) esclarecem que há necessidade de que seja criada exclusividade para determinados bens conforme sejam ou se tornem escassos, sendo que o objetivo de se determinar um proprietário com direito exclusivo de se opor a outros é evitar que a competição sobre o bem acabe por dissipar recursos ou mesmo resulte na subutilização da propriedade:

⁶⁵ De acordo com a literatura da Análise Econômica do Direito, o direito de propriedade, o direito dos contratos e de reparação civil fazem parte do ramo conhecido como direito comum, termo esse que “se utiliza para designar al conjunto de principios aplicados por los tribunales reales de Inglaterra en el siglo XVII; [...] los campos del derecho creados en gran medida por los jueces como el subproducto de sus decisiones en casos particulares, antes que por las legislaturas; o cualquier campo del derecho forjado en gran medida por los precedentes judiciales” (POSNER, 2000, p. 37).

⁶⁶ “Cuando se estudian los derechos de propiedad desde la perspectiva del análisis económico del derecho, por lo tanto, lo que se busca principalmente es explicar y evaluar los criterios de asignación de tales derechos a las personas y las limitaciones al ejercicio de los mismos. Dichas explicaciones y evaluaciones se efectúan teniendo en cuenta el impacto de los derechos de propiedad sobre la eficiencia y sobre la distribución del ingreso” (COLOMA, 2006, p. 176).

Como surgem os direitos de propriedade? Embora tenha sido usada como exemplo a propriedade sobre a terra, o modelo pode ser generalizado para outros recursos. O ponto é que quando um recurso não é escasso, não haverá demanda por direitos de propriedade. Entretanto, à medida que a economia muda ou cresce, os recursos vão se tornando escassos e, eventualmente, a ausência de direitos de propriedade seguros leva à dissipação de rendas através da competição entre os agentes econômicos para se apropriar dos diversos retornos ao recurso. Essa situação gera incentivos para que surja uma demanda por direitos de propriedade seguros que eliminem essa dissipação. Essa dinâmica pode acontecer com qualquer recurso que esteja passando por um processo de se tornar mais escasso, por exemplo, recursos naturais como cardumes de peixes, direitos de propriedade intelectuais sobre marcas e obras artísticas, nomes de domínio na Internet, espectro magnético, entre outros.

Quando há um recurso de uso comum, ou seja, que pode ser utilizado por todos os agentes econômicos, em regra, não ocorrerá o uso mais eficiente do bem. Coloma (2006, p. 179-180), importante autor argentino, explica que esse é o conceito do problema conhecido como “tragédia dos comuns”, tratado em primeiro lugar por Scott Gordon em 1954 e em seguida por Garrett Hardin, em 1968. Segundo o autor, quando não há a possibilidade de algum dos atores afastar o uso do outro, geralmente ocorre um efeito negativo recíproco, em virtude do fato de que as ações de cada agente criam custos aos demais e a dilapidação do próprio recurso. Ademais, não se coaduna com esse modelo uma obrigação de reparação entre os agentes, uma vez que a propriedade é coletiva.

Um exemplo da tragédia dos comuns seria a pesca marítima em águas sem domínio de nenhum país. Como não há um proprietário definido, qualquer cardume pode ser pescado sem restrições por qualquer interessado. Isso pode levar a uma sanha predatória, uma vez que não haverá limites para a pesca, pouco importando as necessidades dos demais agentes, bem como o fato de se respeitar períodos de reprodução, causando danos ao próprio recurso.

Outro exemplo, seria a exploração de um pasto comum por vários criadores de gado. Não havendo limites que um criador possa impor aos demais, agindo racionalmente cada criador tentaria maximizar sua riqueza aumentando o número de animais, chegando-se à exaustão do pasto para o prejuízo de todos.

Portanto, ao se eleger um proprietário, concedendo-lhe o direito exclusivo de propriedade sobre determinado bem, haverá uma utilização mais eficiente do recurso, com o aumento da produção, pois, nos exemplos acima mencionados, o proprietário irá explorar os cardumes de modo racional, respeitando períodos de

reprodução; no mesmo sentido, ocorrerá a criação de gado conforme o cronograma de reposição do pasto.

Ademais, segundo Posner (2000, p. 38-39), a proteção legal de direitos de propriedade cria incentivos para o uso eficiente dos recursos, uma vez que caso não houvesse forma de proteger o seu produto, ninguém usaria seu tempo e seus recursos para produzir mais, não olvidando que boa parte dos resultados obtidos seriam destinados à proteção (física) do bem contra os demais, gerando um desperdício, ou seja, um comportamento ineficiente.⁶⁷

Entretanto, não basta que haja a proteção, há necessidade de que haja um sistema de transferência, a fim de que os recursos possam ser repassados para quem lhes dá maior valor ou uso mais produtivo.

Em outras palavras, a partir de uma alocação inicial dos recursos, concedendo-se o direito de propriedade sobre um bem para um determinado agente, pode ser que haja, posteriormente, algum outro agente que lhe dê mais valor, ou porque poderá extrair mais resultados do bem ou porque poderá agregar maior valor ao seu atual conjunto de bens. Nessa segunda hipótese, enquadra-se a questão dos limites ao direito de propriedade, ou seja, dos conflitos entre proprietários, como, por exemplo, em questões de direito de vizinhança.

Acerca dos limites ao direito de propriedade, Coase (2000, p. 554-555) esclarece que se não houver tais restrições, não haveria direitos a adquirir, uma vez que cada agente entenderia estar com a razão no uso e gozo de sua propriedade:

una razón final del fracaso al desarrollar una teoría adecuada para manejar los problemas de los efectos dañinos surge de un concepto erróneo de un factor de la producción. Éste usualmente se entiende como una entidad física que el hombre de negocios adquiere y usa (una hectárea de tierra, una tonelada de fertilizantes) en vez de un común derecho para desarrollar ciertas acciones (físicas). Podemos hablar de una persona que posee la tierra y la usa como un factor de la producción, pero lo que el propietario de la tierra en realidad posee es el derecho de llevar acciones. Los derechos del propietario de la tierra no son ilimitados. No siempre es posible llevar la tierra o a otra parte, por ejemplo, como las explotaciones de cartera. Y aunque sea posible excluir a alguna persona de usar 'su' tierra, esto puede no ser cierto para otra. Por ejemplo, alguna gente puede tener el derecho de cruzar la tierra. Además, puede ser posible o no construir cierto tipo de edificios o sembrar ciertas cosechas o usar ciertos sistemas de drenaje. Estas limitaciones no se deben a la acción gubernamental, serían

⁶⁷ "Las sociedades crean la propiedad como un derecho legal para estimular la producción, desalentar el robo y reducir los costos de proteger los bienes. La ley prescribe varias formas en que alguien puede adquirir un derecho de propiedad, por ejemplo: descubrir y comprar tierras con gas natural en el subsuelo, inventar un programa de cómputo o descubrir un tesoro enterrado" (COOTER; ULEN, 1998, p. 112).

igualmente ciertas por derecho común. En realidad, serían verdaderas con cualquier sistema de derecho. Un sistema en el que los derechos de los individuos fueran ilimitados sería un sistema en el que no habría derechos por adquirir.

Sobre o tema, analisando a obra de Coase, especialmente a questão dos custos de transação, Rodrigues, V., (2007, p. 61) explica a delimitação dos direitos de propriedade e a questão da transação sobre eles:

Do ponto de vista económico, um dos problemas mais interessantes acerca da propriedade é precisamente o de definir o conjunto dos direitos que esta deve compreender. É aqui que voltamos aos ensinamentos de Coase: a 'distribuição inicial' dos direitos só é importante na medida em que existam custos de transação; são estes que podem impedir que os direitos sejam transmitidos a quem deles pode extrair mais valor. Daqui resultam três idéias fundamentais: primeiro, a de que os custos de transação não geram problemas se os direitos forem *ab initio* atribuídos a quem lhes atribui mais valor; a segunda, é a de que se não soubermos qual é a distribuição eficiente dos direitos mas a alteração de algumas distribuições envolver mais custos de transação do que a de outras, estas últimas são preferíveis; a terceira, é a de que se criarmos instituições que permitam reduzir os custos de transação, quaisquer erros que possamos cometer na afectação dos direitos se tornam menos importantes.

Portanto, percebe-se que a alocação inicial eficiente de recursos, no sentido de um Ótimo de Pareto, é aquela em que não há conflito de direitos de propriedade. Entretanto, se existir, passam a ter importância os custos de transação, ou seja, o gasto de recursos para que os agentes possam alcançar uma negociação mais eficiente de acordo com o critério de Pareto ou Kaldor-Hicks; nesse sentido, quanto mais bem definidos os direitos de propriedade, menor será a dúvida e menor os desperdícios em transações: a negociação em sede de mercado será mais rápida e menos dispendiosa.

Nesse ponto, remete-se ao capítulo acerca das externalidades, em que se abordou o Teorema de Coase. Sendo assim, quanto mais eficientes as instituições – leis, posições jurisprudenciais, meios de proteção da propriedade – menores os custos de transação e mais eficientes as transferências (negociações) em sede de direito de propriedade.

Ocorre que em determinadas ocasiões os custos de transação são de tal monta que têm caráter proibitivo para a negociação privada dos direitos de propriedade. Para ilustrar tal situação, os autores costumam citar o caso do trem que provoca fagulhas à margem de plantações, exemplo célebre na obra de Coase, antes abordada por Pigou, como visto acima. Nesse tipo de situação, não é possível

que a empresa de trem negocie antecipadamente com cada proprietário de lavoura a limitação do direito de propriedade do agricultor em que ficaria antecipadamente fixado um determinado valor pela potencialidade da violação ou mesmo fosse pré-fixado um valor de indenização.

Segundo Cooter e Ulen (1998, p. 152), quando os custos de transação são demasiados, a solução jurídica, do ponto de vista jurisdicional, é a conversão da violação em pagamento de indenização fixada *a posteriori*. Por outro lado, sendo baixos os custos, deve haver determinação judicial de proteção da propriedade, mediante ação concreta, a fim de incitar as partes à negociação:

nos preguntamos cómo se protegen los derechos de propiedad. Concluimos que los propietarios deberían ser protegidos mediante mandatos judiciales cuando ello genere bajos costos de transacción en la negociación privada, en tanto que deberían ser protegidos mediante el pago de daños cuando los costos de transacción elevados impidan la negociación privada. Específicamente, concluimos que los propietarios deberían ser protegidos contra las externalidades del tipo de males privados mediante remedios de mandatos judiciales y que deberían ser protegidos como externalidades del tipo de males públicos mediante el pago de daños compensatorios.

A existência de altos custos de transação, em contraste, nem sempre autoriza uma atuação estatal mais restritiva à possibilidade da negociação das partes em matéria de direitos de propriedade. Coase abordou essa questão em seu artigo “The Problem of Social Cost”, chegando à seguinte conclusão, de acordo com Posner (2000, p. 55):

Para decidir si es apropiada la intervención gubernamental en el sistema económico, no basta demostrar que el mercado funcionaría imperfectamente sin la intervención; el gobierno también funciona imperfectamente. Lo que se necesita es una comparación entre el funcionamiento real del mercado y del gobierno en un contexto particular. Coase creía que el hecho de que las partes pudieran negociar acerca de la asignación de un derecho de propiedad o un fallo de responsabilidad ilustraba la flexibilidad de los mercados, mientras que la tendencia del gobierno a concentrar los esfuerzos de regulación en la parte activa de una interacción dañina (por ejemplo, al exigir que los ferrocarriles equipen sus locomotoras con dispositivos contra las chipas) ilustraba la rigidez de muchas regulaciones gubernamentales.

Acerca ainda da questão das transferências de direito de propriedade, os autores que tratam da análise econômica da propriedade verificam que os sistemas jurídicos em geral prevêm hipóteses não consentidas de transferência, quando se

revelem atos necessários para a maximização da riqueza ou o uso mais eficiente da propriedade. São dois os institutos, em regra, trabalhados: a usucapião e a expropriação pelo Poder Público.

A usucapião seria um limite ao direito de propriedade vantajoso por servir de incentivo para que o proprietário use a coisa, a despeito da possibilidade de ser mantido o bem apenas como um acúmulo de riqueza. A questão da incerteza acerca do direito de propriedade também é solucionada pelo instituto da usucapião, pois seu elemento de prova é apenas a posse. Assim, o comprador não precisaria incorrer em despesas para se certificar acerca da cadeia de propriedade documental efetiva do bem, uma vez que bastaria se certificar que o vendedor e seus predecessores tiveram a posse daquela coisa pelo período suficiente para alegar a usucapião em sua defesa. Um último argumento favorável à usucapião enuncia que o instituto resolve questões conflitivas sobre invasão de propriedade realizada de boa-fé e que perdurou por anos. Nessas situações, o conflito e o retorno ao *status quo ante* poderiam representar uma perda de eficiência, com a dissipação de recurso (demolições, etc.), a fim de retornar a coisa para alguém que não lhe deu destino (não sentiu a falta) por um período determinado de tempo.

A expropriação ou desapropriação, por sua vez, é instituto que se justifica economicamente quando há alguma demanda comum por um determinado bem⁶⁸ (passagem de rodovia, construção de posto de saúde, etc), entretanto, o atual proprietário sobrevaloriza seu direito de propriedade, de modo a tornar uma negociação de mercado com o Poder Público desvantajosa.

A maximização da riqueza seria muito maior caso o bem fosse adquirido por seu valor justo e destinado à satisfação das necessidades coletivas. Caso o vendedor maximizasse sua utilidade com um valor acima do correto, não se trataria de uma negociação eficiente de acordo com os critérios de Pareto e Kaldor-Hicks.

⁶⁸ O direito português prevê possibilidade de desapropriação para interesse privado, que guarda relação com a desapropriação pelo Poder Público, veja-se: "O Código de Valores Mobiliários (artigo 194.º e seguintes) permite que, quem adquira mais de 90% do capital de uma sociedade aberta através de uma oferta pública de aquisição geral, possa adquirir as restantes acções sem o consentimento do seu proprietário. É um dos casos em que a lei permite uma 'expropriação privada'. Este caso coaduna-se bem como o argumento económico a favor da possibilidade de expropriação. O controlo da totalidade do capital de uma empresa facilita muito a execução de certas operações económicas. Se alguém tentar reunir a totalidade do capital comprando sucessivamente pequenos lotes de acções, corre o risco de que cada um dos potenciais vendedores retarde a venda para tentar exigir um preço baseado no prejuízo que decorreria da inviabilização daquelas operações e não no valor que realmente atribui às suas acções. A possibilidade de aquisição potestativa desincentiva estes comportamentos" (RODRIGUES, V., 2007, p. 75).

Diante dessas circunstâncias, é eficiente que o direito de propriedade seja limitado por uma intervenção jurídica.

Como foi visto, a Análise Econômica do Direito apresenta importantes contribuições para a explicação do surgimento dos direitos de propriedade, bem como acerca de seu conteúdo e limites de exercício.

2.5.3 A Análise Econômica do Direito e os Contratos

O contrato é uma forma de limitação da liberdade das partes, uma vez que prescreve direitos e impõe deveres, restando a questão do porquê os contratantes aceitam essas restrições. A resposta que a Análise Econômica do Direito dá a essa questão é que a busca do interesse privado unicamente não conduz a um resultado coletivo melhor. Portanto, quando as partes limitam seus interesses e pautam seus comportamentos com base em contratos o resultado global ou social será maior.

Rodrigues, V., (2007, p. 123) conceitua contrato da seguinte forma:

conjunto de compromissos independentes que gozam de algum tipo de proteção legal: em caso de incumprimento, o prejudicado pode socorrer-se do Estado para, dependendo das circunstâncias e do ordenamento jurídico, exigir o cumprimento, ressarcimento, ou punição contra o incumpridor.

Azevedo (2005, p. 116-117; 119), fazendo referência à teoria dos jogos, trata do conflito entre interesses individual e coletivo, que é mediado pela elaboração e cumprimento de um contrato por mútuo interesse das partes:

Relações comerciais diversas – como, por exemplo, um franqueamento – apresentam esse mesmo problema de descolamento entre a decisão individual e o desejável entre duas ou mais partes. Do mesmo modo que no ‘dilema dos prisioneiros’, franqueado e franqueador podem realizar ganhos coletivos que não ocorreriam na ausência de algumas restrições ao comportamento. Ao transferir o direito de uso e usufruto de uma marca e formato de um negócio aos seus franqueados, o franqueador tem interesse que o produto ou serviço seja oferecido segundo padrões preestabelecidos de qualidade. Esse interesse decorre dos motivos que determinam o valor da marca objeto do franqueamento. [...] Aos olhos do franqueado, contudo, a manutenção de um padrão de qualidade é um custo arcado, em sua maior parte, individualmente. [...] Ao mesmo tempo, é de interesse do franqueado que o franqueador invista em propaganda, no desenvolvimento de novos produtos e em demais serviços de apoio à sua atividade, investimentos que têm o efeito de aumentar a clientela em cada ponto de venda. [...] É sobre as bases desse conflito que se assenta um contrato de franquia, em cujo desenho há restrições e prescrições sobre o comportamento das partes, às quais ambas aderem por interesse mútuo.

A concepção jurídica de contrato geralmente está focada no acordo de vontades, no encontro e formalização da limitação dos direitos pela assunção de obrigações⁶⁹, sendo movimento crescente o que trata do enfraquecimento da autonomia da vontade para em seu lugar acrescentar a autonomia privada, pressupondo a intervenção do Estado para que o contrato passe a ter uma função social⁷⁰.

A Análise Econômica do Direito no que se refere aos contratos⁷¹ atenta não apenas para a questão da formação dos contratos, mas, também, para determinar quais os pactos que merecem proteção e quais as consequências do descumprimento do contrato, assim como questões acerca da melhor consecução do contrato diante de lacunas e falhas de mercado e o papel dos Tribunais.

A concepção econômica de contrato se volta com predileção para aqueles que se fazem necessários quando as relações econômicas não são imediatas, ou seja, quando há necessidade de dilação de tempo para seu cumprimento, o que pressupõe a incerteza do adimplemento.

⁶⁹ “La palabra contrato proviene del latín *contractus* y ésta deriva de *contrahere*, que significa agrupar, reunir, concluir. Para lograr una mayor precisión conceptual se hace preciso referirse a la convención, la cual es frecuentemente utilizada como sinónimo y, excepcionalmente, como género de la que el contrato constituiría una especie. Convención proviene del latín *conventio* y deriva de *convenire*, que implica venir reunidos, estar de acuerdo. A través del contrato se ‘actúa’ una operación económica, individual y socialmente útil” (STIGLIZ, 1998, p. 16-17). “O contrato pressupõe, destarte, necessariamente, intervenção de duas ou mais pessoas, que se põem de acordo a respeito de determinada coisa” (MONTEIRO, 2003, p. 4). “O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados. Deveras, a essência do negócio jurídico é a auto-regulamentação dos interesses particulares, reconhecida pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa” (DINIZ, 2007, p. 13).

⁷⁰ “Podemos divisar o declínio do conceito originário de negócio jurídico que afirmamos no início deste trabalho. A autonomia da vontade não mais se harmoniza no início deste trabalho. A autonomia da vontade não mais se harmoniza com o novo direito dos contratos. A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados; doutro modo, o individualismo tornaria a sociedade inviável. O Estado, por sua vez, com muita frequência ingressa na relação contratual privada, proibindo ou impondo cláusulas. Essa situação vem colocar em cheque o contrato como dogma do liberalismo. O binômio liberdade-igualdade que forjou esse liberalismo no direito das obrigações tende a desaparecer. Há vontades que se impõem, quer pelo poder econômico, quer pelo poder político. Em razão dessas modificações, a força obrigatória dos contratos não se aprecia tanto à luz de um dever moral de manter a palavra emprenhada, mas sob o aspecto de realização do bem comum e de sua finalidade social” (VENOSA, 2003, p. 369).

⁷¹ “La visión positiva que aporta el análisis económico del Derecho no sólo es explicar cómo es el mundo económico sino también explicar cómo determinados efectos o medidas pueden modificarlo; se evalúa modelos para ver por ejemplo en el tema de la responsabilidad por daños contracutales los costes o beneficios que derivan del incumplimiento, de la aseguración y de la prosecución los procesos judiciales o las vías alternativas de solución de conflictos” (CORDOBERA, 2006, p. 147).

A incerteza no cumprimento pode ser entendida como o risco nas atividades contratuais. Risco é a possibilidade de se ganhar ou se perder, sendo estatisticamente incerto qual dos resultados irá ocorrer.

A análise econômica do contrato afirma que se trata de um instrumento adequado a gerir o risco, pois “pode ajudar os agentes econômicos a reduzir o ônus imposto pelo risco à atividade econômica, e, dessa forma, contribuir para que se chegue a uma situação mais eficiente” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 125).

O contrato, portanto, destina-se a tratar da distribuição das obrigações e dos riscos do negócio e as partes contratantes confiam que o acordo seja cumprido tanto em relação a umas quanto a outros. Entretanto, deve haver condições para que os contratos sejam cumpridos (*enforcement*), previstas de forma legal, uma vez que a “justiça por mãos próprias” é proibida pelo Estado de Direito. O cumprimento dos contratos, no mais das vezes, é o fundamento principal para o desenvolvimento, por isso essa é uma das ocupações da Análise Econômica do Direito nesse âmbito.

A confiança no contrato e na possibilidade de se o fazer cumprir gera ganho de eficiência na medida em que dá dinamicidade à economia, conforme Rodrigues, V., (2007, p. 129):

A protecção legal conferida aos contratos desempenha um papel fundamental numa economia de mercado ao assegurar a credibilidade dos compromissos assumidos. Esta credibilidade permite, em particular, que as partes façam investimentos cuja rentabilidade depende do cumprimento do contrato. Por exemplo, se uma empresa acredita que dentro de três meses vai receber uma determinada matéria-prima pode, entretanto, ir efectuando os investimentos (em equipamentos, no recrutamento de pessoa, etc.) necessários para estar preparada para a transformar, assim que a receba. Se a promessa de entregar a matéria-prima não for credível, a empresa só efectuará esses investimentos depois do seu recebimento. Isto implica custos adicionais em armazenamento da matéria-prima, durante o período em que esta já está na posse da empresa mas os meios necessários à sua transformação ainda não estão disponíveis. Estes custos representam uma perda para a sociedade, uma vez que não ocorreriam se a empresa pudesse confiar no cumprimento do contrato de fornecimento. A confiança que as partes depositam no cumprimento do contrato altera os riscos em que cada uma incorre. De facto, num certo sentido, o contrato é essencialmente um instrumento para gerir o risco, para definir as responsabilidades que cada um assume perante determinadas eventualidades. Como os agentes económicos não têm todas a mesma atitude em relação ao risco – isto é, como a utilidade de cada um não é afectada da mesma forma pelo risco – nem têm todos a mesma capacidade para o prevenir e para suportar as suas consequências, a possibilidade de transferir negocialmente essas responsabilidades, através do contrato, permite ganhos de eficiência: permite que o risco seja assumido por quem o pode suportar ao menor custo, em troca de uma compensação adequada.

A proteção legal fornecida pelas instituições (leis e Poder Judiciário) incentiva a cooperação entre os sujeitos contratantes. A cooperação é a probabilidade de ação que o sujeito contratante adotará para cumprir o pacto firmado e que varia conforme seja maior ou menor a possibilidade legal de exigir o cumprimento.

Vale esclarecer que não só a proteção legal atua para fomentar a cooperação contratual, mas também variáveis de cunho eminentemente moral, como a reputação ou a credibilidade. Geralmente presente com maior força em aglomerados populacionais menores, mas também em situações marcadas por extrema impessoalidade – compra e venda de ações e ativos em bolsas de valores ou mesmo em leilões via *internet* – o interesse em se mostrar como cumpridor de contratos se revela um diferencial.

Portanto, em resposta ao primeiro questionamento (quais os contratos que devem ser protegidos) a Análise Econômica do Direito afirma que deve ser dada proteção legal àqueles contratos que as partes desejavam que fossem cumpridos no momento da celebração, independentemente do risco existente, desde que observados certos requisitos que conduzam à eficiência.

Rodrigues, V., (2007, p. 130-138) ilustra alguns desses requisitos ou condições da seguinte forma: na presença de severas externalidades negativas, os sistemas jurídicos têm garantido o cumprimento dos contratos, ressalvando, entretanto, a possibilidade dos terceiros prejudicados pleitearem perdas e danos de forma posterior. Com isso, pressupõe-se que os contratantes irão evitar contratos que causem prejuízos a terceiros, gerando resultados eficientes.

De outro modo se entende o contrato baseado em conduta reputada como criminosa. Nesse caso, a consequência para o terceiro é maior que o dano material advindo da externalidade, então os sistemas jurídicos aplicam a pena de nulidade ao contrato, não havendo proteção legal para seu *enforcement* (cumprimento; fazer cumprir)⁷².

⁷² “No Bairro Alto, em Lisboa, é frequente que os turistas sejam abordados por vendedores de falsa droga. Depois de verificarem que o que lhes foi vendido não corresponde ao prometido, os turistas não apresentam queixa às autoridades, para não assumirem o negócio que tentaram concretizar. Estes negócios não constituem, evidentemente, uma melhoria de Pareto: os vendedores ganham, mas os compradores perdem. Além disso, exigem a aplicação de recursos (pelo menos, o tempo dos meliantes) em actividades redistributivas, em vez de produtivas. Não estando reunidas as condições para que sejam eficientes, devem ser anuláveis, neste caso, invocando fraude. Fonte: Expresso 2006.05.24, Burlas sem Castigo” (RODRIGUES, V., 2007, p. 137).

Também apenado com a nulidade é o contrato celebrado por pessoa sem condições de racionalidade adequada, tendo em vista que o resultado se presume não eficiente, pois não houve a necessária negociação com paridade entre as partes, uma vez que uma delas não reunia condições para tanto.

A questão do contrato celebrado por coação também induz à nulidade, porque não revela nenhum ganho de eficiência. Quando um criminoso subtrai dinheiro mediante grave ameaça, não há um proveito para a vítima e a transferência de propriedade não se revela produtora, porque a riqueza só é transferida, não há nenhuma criação. O Direito deve coibir esse tipo de prática para evitar sua repetição.

A segunda questão que interessa à análise econômica do contrato se refere à questão do não cumprimento do contrato. Como foi visto, o contrato é uma forma de deixar estipuladas as condutas das partes a fim de minimizar a incerteza no seu cumprimento, devendo haver proteção legal que incentive a cooperação das partes. Em complemento a essa proteção legal, deve haver a estipulação de uma pena para o inadimplente, a fim de não incentivar o descumprimento crescente dos contratos. Mas qual deve ser a medida para essa penalidade? Em termos de eficiência, será que os contratos devem sempre ser cumpridos?

Há necessidade de se relembrar a concepção econômica de que os agentes sempre desejam maximizar seus ganhos, agindo de forma racional. Portanto, pode ser que no momento de celebração do contrato as condições econômicas eram umas, mas no momento do seu cumprimento, alteraram-se sensivelmente, a ponto de se tornar mais interessante para o contratante o descumprimento e a consequente pena a ter que cumprir o contrato com maior prejuízo.

Diante dessa afirmação, o conceito de inadimplência tradicional não se coaduna com a visão econômica do contrato. A visão tradicional é de que a inadimplência “consiste naquele ato que falta a uma obrigação convencionada no prazo estipulado, o que gera a necessidade de responsabilizar a parte contratante por sua falta” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 131), entretanto, perante a Análise Econômica do Direito, a “inadimplência é vista como uma alternativa pela qual posso incorrer em perdas menores do que se fosse cumprir o contrato” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 132). A Análise Econômica do Direito não leva em considerações aspectos morais, mas sim a eficiência e a maximização dos resultados econômicos.

Segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 132), são duas as possibilidades que o promitente, na qualidade de agente econômico, tem em face do cumprimento de um contrato:

1. Se o custo do promitente em cumprir o seu contrato for maior do que a responsabilidade contratual por inadimplência, então a ruptura é a melhor solução.
2. Se o custo do promitente em cumprir o seu contrato for menor do que a responsabilidade contratual por inadimplência, então cumprir o contrato é a melhor solução.

Anteriormente foi afirmado que o cumprimento dos contratos é um dos pressupostos para o desenvolvimento econômico das sociedades. Logo, poder-se-ia afirmar que todo contrato – ou mesmo por disposição de lei - deveria conter pesadas multas (penas) para o caso de inadimplência, a fim de desencorajá-la. Mas essa é uma afirmação precipitada para a Análise Econômica do Direito. Ao contrário, os contratos devem ser honrados enquanto os benefícios agregados pelo cumprimento sejam maiores que os advindos da inadimplência, sendo que diante de alterações abruptas das condições iniciais, será mais eficiente o desenlace contratual, como exemplificam Pinheiro e Saddi (2005, p. 133-134):

Suponha que um professor que vive no Rio de Janeiro tenha se comprometido a ministrar uma palestra em Manaus, pela qual receberia R\$ 1.000; para os alunos, o benefício de assistir a essa palestra é de R\$ 5.000. No entanto, e repentinamente, surge para o professor a oportunidade de prestar uma consultoria no Rio de Janeiro em que ele poderia ganhar R\$ 10.000. Nesse caso, ele deveria ser obrigado a ministrar a palestra e perder a oportunidade de prestar a consultoria? Do ponto de vista da eficiência econômica, a resposta é não, pois o custo de desempenhar a promessa original de ministrar a palestra em Manaus (R\$ 9.000) é mais alto que o benefício que os alunos teriam assistido a ela (R\$ 5.000). Nessas circunstâncias, o custo de executar o contrato conforme prometido excede os benefícios, por isso rompê-lo é mais eficiente que cumpri-lo.

Outro exemplo de descompasso entre o momento de celebração e o momento de execução contratuais foi o que se deu com os contratos de arrendamento mercantil (leasing) cujo índice de correção monetária eleito foi a variação cambial do dólar, conforme autoriza o artigo 6º da Lei Federal nº 8.880/94. Quando da contratação, a moeda estrangeira tinha variação muito pequena, entretanto, depois de grave instabilidade financeira a partir de janeiro de 1999, o adimplemento do contrato revelou-se extremamente desvantajosa, uma vez que os valores pagos em contraprestação ultrapassavam em muito o valor do próprio bem.

A solução dada pelos Tribunais foi incumbir a regra probatória às instituições de arrendamento a fim de que demonstrassem que os valores para aquisição dos bens eram oriundos do exterior; ou então declarar nula a cláusula de variação, diante da legislação consumerista. Nessa ocasião, por intervenção estatal, foi cancelado o descumprimento do contrato como firmado, produzindo, outrossim, maior eficiência social, pois foi garantida à instituição arrendadora a devolução do capital sem onerar o consumidor.

Segundo Rodrigues, V., (2007, p. 140-141), há quatro possíveis soluções para o não cumprimento dos contratos, que devem ser adotadas sempre com vistas à maior eficiência. São elas: a execução específica da obrigação; a regra da *expectation damages*; a regra da *reliance damages*; e a regra da *liquidated damages*.

A imposição da execução específica da obrigação é uma forma de sanção ao inadimplente em que não há a possibilidade de se desvincular da obrigação específica contida no contrato, geralmente de entregar coisa. Nessas situações, não resta a faculdade do devedor se negar à entrega do bem, preferindo a conversão em perdas e danos, pois cabe ao credor decidir sobre isso, ficando à sua disposição a atividade do Estado que, mediante atitudes de subrogação, retira o bem da posse do devedor e o entrega ao credor. De acordo com o autor, este é um sistema ineficiente, porque “a parte cumpridora, tendo a possibilidade de exigir o cumprimento do contrato, só aceitará que este não seja cumprido se lhe for oferecido um benefício, pelo menos, equivalente ao que decorreria do cumprimento. Por isso, o potencial incumpridor só deixará de cumprir se tal for eficiente” (RODRIGUES, V., 2007, p. 142).

A regra da *expectation damages* refere-se à obrigação da parte inadimplente em colocar a outra parte na situação em que teria ficado em caso de cumprimento do contrato, ou seja, trata-se de indenizar pela estimativa de como ficaria a parte beneficiária com a execução perfeita do acordo. “Com uma regra de *expectation damages*, o potencial incumpridor só vai incumprir se os benefícios que daí retira forem mais do que suficientes para colocar a contraparte na situação em que ficaria com o cumprimento do contrato” (RODRIGUES, V., 2007, p. 143).

O autor considera tanto a regra da execução específica, quanto a *expectation damages*, como sistemas ineficientes, porque a primeira é pouco eficiente quando os custos de transação são muito altos, uma vez que o não

cumprimento mais eficiente depende do acerto entre as partes, o que pode não ser obtido quando os custos de transação o tornem inviável. De outro lado, o segundo sistema exige custos de litigação muito altos para aferição do valor final (virtual) do contrato, o que pode tornar ineficiente o desfazimento do contrato em contraste com os custos da litigação: custos de provas, advogados, Poder Judiciário, etc. (RODRIGUES, V., 2007, p. 143).

A regra de *liquidated damages* é aquela em que as partes fixam, no momento de celebração do contrato, o valor que acreditam melhor representar os ganhos esperados com a execução completa. Ocorrendo inadimplência, se o incumpridor indenizar a outra parte, haverá solução eficiente, primeiro, porque a outra parte vai receber o quanto esperava pelo negócio e segundo porque o inadimplente, depois de ponderar racionalmente, não terá prejuízo ao cumprir o contrato, porque parte-se do princípio que a execução seja mais onerosa que a indenização. Ainda, não haverá custos de litigação para se determinar o valor da indenização.

O último sistema é o da *reliance damages*, segundo o qual as partes pactuam que o inadimplente deixará a outra parte nas mesmas condições em que estava antes de celebrar o contrato. A diferença principal entre esse e o sistema da *expectation damages* é que no primeiro só são devidos os custos em que a outra parte incorreu, enquanto no segundo, tanto aqueles em que incorreu quanto o que deixou de ganhar. Essa regra claramente promove o descumprimento, em face dos baixos ou nulos (quando a outra parte nada dispenda para a execução do contrato) valores advindos dos descumprimentos.

Rodrigues, V., (2007, p. 144; 147) sintetiza sua opinião da seguinte forma:

Face ao incumprimento, os tribunais devem fazer valer as cláusulas compensatórias previstas no contrato ou, na sua ausência, devem procurar que o incumpridor compense o cumpridor de forma a que este fique na mesma situação que decorreria do cumprimento do contrato. Onde seja possível, a execução específica é também uma solução eficiente, se os custos de transação não forem demasiado elevados. [...] A nossa análise revela que, para assegurar que o comportamento das partes contratuais no que respeita à concretização de investimentos e ao incumprimento é eficiente, o pagamento de compensações de montante fixo contratualmente fixadas é a solução mais adequada.

Outra questão que interesse à Análise Econômica do Direito em relação aos contratos se refere à forma como as lacunas contratuais devem ser supridas pela lei

ou pelos Tribunais⁷³. Como foi visto acima, os custos de transação são sempre positivos na elaboração de tratativas, ou seja, quanto maior for o intuito de se elaborar um contrato perfeito, sem falhas, maior será o custo, o que pode tornar uma negociação não tão vantajosa para as partes.

Ademais, diante da racionalidade limitada, é praticamente impossível que sejam previstas todas as possibilidades fáticas de variações contratuais, de forma que as lacunas nos contratos são tão desejáveis (diante de altos custos de transação para evitá-las) quanto inevitáveis (em razão da racionalidade limitada). Em vista disso, a Análise Econômica do Direito sugere que os Tribunais simulem uma negociação hipotética⁷⁴ de como deveria ter sido realizado o contrato entre as partes, a fim de encontrar a solução mais eficiente.

Cooter e Ulen (1998, p. 261-262) apresentam o seguinte exemplo para ilustrar o suprimento de lacuna contratual em sede judicial. Supõem que uma família contrata uma construtora para erigir sua residência. A companhia construtora sabe que o custo dos tubos de cobre pode variar em \$ 2.000 com uma probabilidade de 0,5, de modo que é previsível uma variação de \$ 1.000 ao final da obra. Supõe-se que a companhia poderia evitar essa variação com um custo de \$ 400, o que geraria um excedente de \$ 600, caso tivesse evitado o risco. De outro lado, a família não tem como prever tais variações. Ao final da obra, realmente varia o valor do cobre, e a companhia cobra da família o valor de \$ 2.000, sendo que não constava no contrato qualquer cláusula de divisão ou assunção unilateral dos riscos. Levada a questão ao Poder Judiciário, que passa a decidir com base em como deveria ter ocorrido a negociação, ou seja, uma simulação da negociação hipotética.

⁷³ “Detectada la falla o imperfección, el sistema jurídico, en general, y el derecho contractual, en particular, tienen como función eliminarla o – al menos – repararla, para restablecer las condiciones del modelo, adecuando su contenido a aquello que las partes hubieran convenido si lo hubieran logrado (réplica del mercado). El análisis económico del derecho contractual estudia si las normas jurídicas encajan en las condiciones para que un contrato pueda ser considerado perfecto. También se ocupa de los remedios legales para superar las imperfecciones que los alejan de los objetivos de eficiencia o de equidad. La noción de ‘contrato perfecto’ es sólo un modelo ideal. En la realidad, debido a los elevados costos de transacción, sólo se celebran contratos que no se encuentran completamente especificados. Las partes suelen pactar con relación a las cuestiones que habitualmente tienden a plantearse y dejan al sistema jurídico la solución de aquellas que no se encuentran en condiciones de prever” (GUESTRIN, 2004. p. 457).

⁷⁴ “El análisis económico ofrece una regla simple que los tribunales pueden aplicar a fin de proveer términos de omisión eficientes para un contrato. Consideremos los términos que las partes habrían convenido si hubiesen subsanado las lagunas mediante una negociación. Imputemos los términos contractuales que las partes habrían convenido si hubiesen negociado sobre todos los riesgos relevantes. (...) La negociación real consiste en los términos negociados por las partes. La negociación hipotética consiste en los términos que las partes habrían convenido si hubiesen subsanado las lagunas del contrato mediante una negociación” (COOTER; ULEN, 1998, p. 260).

Considerando que a empresa construtora tem como atividade rotineira a elaboração de contratos e conhece a possibilidade de que os preços variem, deveria ter previsto uma cláusula em que estaria prevista uma compensação por assumir o risco da variação. Em assim não agindo, não deverá sobrevir nenhum custo adicional à família.

Diante dessas considerações, conclui-se que a Análise Econômica do Direito voltada aos contratos tem por especial enfoque as formas de minimizar os riscos (incerteza) no cumprimento, de forma a criar os melhores incentivos para a cooperação dos contratantes⁷⁵, sugerir as melhores formas para garantir o cumprimento da forma mais eficiente, bem como tratar dos suprimientos das lacunas contratuais advindas dos custos de transação e racionalidade limitada.

2.5.4 A Análise Econômica do Direito e a Responsabilidade Civil Extracontratual

A responsabilidade civil por eventos culposos ou dolosos é um dos campos tratados pela Análise Econômica do Direito. Como foi exposto acima, foi Guido

⁷⁵ Interessante questão acerca dos contratos é a chamada responsabilidade pós-contratual, teoria segundo a qual mesmo após o cumprimento normal do contrato e finalizado este, continuaria a existir um dever de comportamento das partes centrado na lealdade contratual. Essa teoria encontrou e encontra severa resistência diante da teoria contratual jurídica clássica, mas é plenamente justificável de um ponto de vista da Análise Econômica do Direito, pois para esta o liame das partes é baseado na eficiência, não nos termos de contratação e finalização, ou seja, a obrigação uma vez prometida deve ser garantida pelo contratante independentemente de prazos ou marcos temporais. Rogério Ferraz Donnini cita três casos em que a jurisprudência alemã acolheu a aplicação da teoria da responsabilidade pós-contratual, embora com fundamento na boa-fé contratual: “O primeiro caso refere-se a um contrato de compra e venda de um terreno, com uma linda vista para um monte. O vendedor (réu), antes de firmada a avença, ainda na fase pré-negocial, garantiu à compradora (autora) que aquela vista do monte não lhe seria tirada, visto que não poderiam ser feitas quaisquer edificações entre o terreno e o monte, comprovando esse fato ao exibir um plano de urbanização. [...] Passados alguns meses, o mesmo vendedor (réu) adquiriu a área situada entre o terreno vendido e o monte, pleiteou e conseguiu a modificação do plano de urbanização e, em seguida, realizou uma construção no local, edificação essa que passou a prejudicar a vista que a compradora tinha do monte [...] o segundo caso registrado na jurisprudência alemã refere-se a uma pessoa (autora) que se dedica à fabricação e comercialização de casacos femininos. Nessa condição, contrata com duas outras pessoas (réus) a confecção de 120 casacos de pele, com modelo idealizado por essas, mediante desenho encomendado. Concretizado o negócio, devidamente cumprido pelas partes, os réus, posteriormente, sem a concordância da autora, ofertaram a um concorrente da autora o mesmo modelo de casaco. Não havia no contrato firmado entre autora e réus qualquer cláusula que vedasse o oferecimento desse mesmo produto a um concorrente ou mesmo qualquer disposição relativa a exclusividade. [...] o terceiro caso escolhido da jurisprudência tedesca diz respeito à compra de um tapete grande (alcatifa) por uma pessoa que passa a explorar um hotel. Esse comprador (réu) adquire esse tapete da vendedora (autora), que indica um terceiro para instalá-lo, o que, efetivamente, ocorre. Após alguns dias, aparecem manchas no tapete, ocasionadas por falhas no procedimento de colagem. O réu reteve o valor pactuado, em razão do acontecido. A autora lhe moveu uma ação para receber o preço. O réu ganhou a demanda no Tribunal de Revista” (DONNINI, 2004, p. 87-89).

Calabresi, professor da Universidade de Yale, quem primeiro tratou do tema nessa seara, em seu artigo intitulado “Some thoughts on risk distribution and the Law of torts”, que “demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial” (STAJN; ZYLBERSTAJN, 2005, p. 2).

Os custos advindos da responsabilidade civil têm dois âmbitos⁷⁶: os danos causados pelos acidentes e os custos pela prevenção adotada contra os acidentes. É economicamente inviável e também é ineficiente evitar completamente os acidentes, primeiro porque a possibilidade seria meramente teórica, bem como em virtude do alto custo que geraria uma tentativa de prevenção total.

Portanto, em matéria de responsabilidade civil, a Análise Econômica do Direito busca encontrar formas de incentivos para que as partes adotem precauções adequadas a fim de evitar os infortúnios, sempre sopesando o custo da reparação e o custo da prevenção.

Fato é que se não houvesse custos de transação, a melhor reparação seria aquela negociada entre as partes, conforme foi verificado acima quando se tratou do artigo “The Problem of The Social Cost” de Coase. Entretanto, quando há danos ocorridos fora de um contrato, o custo de transação para que as partes encontrem a melhor indenização é demasiado⁷⁷, uma vez que é impossível pactuar de forma antecipada a reparação entre ofensor e vítima.

⁷⁶ “Os acidentes são indesejáveis porque provocam danos: por exemplo, destruição de recursos materiais, danos à integridade física das vítimas, perda de vidas ou sofrimento psicológico. Se não houver acidentes, não há danos. Consequentemente, poderia supor-se que o objectivo da sociedade deveria ser reduzir ao mínimo, se possível a zero, os acidentes. Essa não é, no entanto, em geral, a solução economicamente eficiente. Para evitar os acidentes, é necessário ‘tomar precauções’. Mas, ‘tomar precauções’ tem, igualmente, custos: custos explícitos, como os pagamentos que fazemos pelas revisões dos nossos automóveis, e custos de oportunidade, como a perda de tempo decorrente de guiarmos a uma velocidade mais baixa. No limite, todos os acidentes pode ser evitados se impedirmos a actividade que lhes dá origem: os acidentes de automóvel podem ser completamente evitados se ninguém andar de automóvel. Só que, em geral, a actividade que potencialmente causa o acidente origina também benefícios: abdicar dessa actividade implica suportar o custo de oportunidade correspondente aos benefícios perdidos” (RODRIGUES, V., 2007, p. 87).

⁷⁷ “Um sistema de responsabilidad civil para los casos en los que el mercado no pueda funcionar por la existencia de externalidades provocadas por altos costes de transacción y en los que se resuelva el conflicto de derechos adoptando una decisión en sustitución del mercado. Un daño, un ilícito civil es definido, en esta perspectiva económica, como un intercambio involuntario, una transacción forzosa de derechos, en definitiva, un coste externo: un efecto no contratado que se provoca a otras personas. Cuando el mercado no puede funcionar porque el intercambio voluntario es muy costoso, ingresamos en el área de la responsabilidad civil, cuya función consiste en la sustitución del mercado, función que lleva a cabo decidiendo, asignando derechos (derecho a ser indemnizado, por ejemplo) a quién más beneficien y obligaciones a quién pueda soportarlas con el menor coste, cumpliendo así con la lógica racional que hubiera dictado el mercado en el caso de inexistencia de costes de transacción” (MERCADO PACHECO; 1994, p. 148).

Guestrin (2004, p. 481-482) bem sintetiza o papel da Análise Econômica do Direito em matéria de ilícitos civis:

En la medida en que no resulten posibles las negociaciones voluntarias, tendientes a una reasignación igualmente voluntaria de los recursos, insistimos, por lo elevado de los costos de transacción, resulta necesario que sea el sistema jurídico el que los asigne. Se trata de que los adjudique a aquella parte para la que resultan más valiosos y que – inversamente – impute los daños a quien esté en mejores condiciones de evitarlos, con un costo menor. [...] en el campo de los daños por accidentes, el derecho cumple un importante papel: generar incentivos para que se abandonen las actividades potencialmente peligrosas, causantes de daños, y se las sustituyan por otras más seguras. Todo ello para reducir la cantidad y gravedad de los percances. Desde la perspectiva económica, un ilícito civil es considerado como un intercambio forzoso e involuntario de derechos. En este caso el mercado no funciona (no puede funcionar) debido a los elevados costos que tendría si se pretendiera que el intercambio fuera voluntario. El derecho común de estos ilícitos culposos es el llamado 'derecho de la responsabilidad civil', que comprende a los juicios privados por daños y perjuicios, opuestos a los juicios penales [...] Esta rama del derecho cumple, desde la perspectiva económica, dos funciones destacables frente a las consecuencias negativas de la acción dañosa: a) función preventiva: genera incentivos para disuadir a las personas de intervenir en actividades negligentes productoras de daños. b) función resarcitoria: asegura a las víctimas de esas actividades la compensación por los daños y pérdidas sufridas.

O autor elenca a existência de cinco sistemas legais de reponsabilidade civil por danos extracontratuais: normas sobre responsabilidade objetiva; normas sobre responsabilidade por culpa; normas sobre culpas concorrentes; normas sobre inexistência de responsabilidade e sobre responsabilidade estrita; normas sobre responsabilidade solidária e subsidiária (GUESTRIN, 2004, p. 487-490).

A responsabilidade objetiva ocorre contra o causador do acidente, independentemente da conduta que adote. Nesse sistema, impõe-se ao ofensor a internalização dos custos gerados pelo acidente, uma vez que se presume que, sendo o sujeito econômico aquele que sempre age a fim de maximizar seus ganhos, deve por si encontrar o limite para suas atividades diante dos riscos a que está sujeito⁷⁸.

A regra de responsabilidade por culpa tem como objetivo impor ao agente que tome certas precauções antes que cometa o ilícito civil, porque, caso aconteça,

⁷⁸ A regra de responsabilidade objetiva pode ser objeto de variações, inclusive, com limitação de valor de indenização. Tal sugestão foi feita no Projeto de Unificação da Legislação Civil e Comercial de 1987 na Argentina, em que foi previsto rol de casos em que se aplicaria a responsabilidade objetiva da vítima, entretanto, a indenização estaria limitada a “dos mil argentinos”, sendo que a motivação para o legislador seria o mesmo limite existente nos Códigos Aeronáutico e na Lei de Navegação daquele país (ZANNONI, 2006, p. 89-90).

será responsabilizado quando ficar comprovado que não foi diligente, ou seja, que não adotou a conduta de segurança prevista.

Segundo Aguiar (2003, p. 181-182), há basicamente duas regras de responsabilidade civil a serem adotadas⁷⁹, a da responsabilidade objetiva e a da negligência (ou culpa), acima descritas:

Uma das questões mais interessantes para a análise econômica do direito delitual civil é de que forma podemos utilizá-lo no sentido de dar ao potencial injuriador o incentivo adequado, inclusive em termos quantitativos, para que tome as precauções que vale a pena serem tomadas na execução da atividade potencialmente prejudicial a terceiros. [...] uma primeira fórmula, presente no direito norte-americano como herança do *common law*, é da ‘responsabilidade estrita’ (strict liability), segundo a qual o injuriador é sempre responsável pelo dano causado. As situações em que tal regra é eficiente são aquelas em que a não ocorrência do dano depende única e exclusivamente das precauções que o injuriador achar por bem tomar. Um exemplo é a pilotagem de aviões particulares. A possibilidade real de queda e consequentes danos para terceiros não depende de nada que os possíveis prejudicados possam fazer para evitar a ocorrência do acidente. Assim, é eficiente que o piloto seja levado, por meio da regra da responsabilidade estrita, a tomar todas as precauções (inclusive a de não pilotar ou pilotar menos vezes aviões particulares) que valham a pena serem tomadas. Já no caso da regra da ‘negligência’ (*negligence*), o injuriador é responsável pelo dano, se e somente se, não tomou as precauções cujo custo se justificasse. É a regra apelidada de ‘*Learned Hand formula*’, em homenagem ao Juiz da Suprema Corte dos EUA que a enunciou de modo mais preciso economicamente. Em síntese, a regra diz que a parte que impôs custos sobre a outra é culpada de negligência se e somente se deixou de tomar as precauções que uma pessoa razoável tomaria, se tivesse ela mesma de arcar com o custo do acidente.

A fórmula do Magistado Learned Hand pode ser representada da seguinte maneira: $B < L \times P$; quando B é o custo das precauções necessárias para se evitar o acidente; L é o montante do dano causado à vítima; e P é a probabilidade de ocorrência do acidente. Quando o custo da precaução necessária for menor que o

⁷⁹ “As duas regras de atribuição de responsabilidade (responsabilidade incondicional do causador e responsabilidade por negligência) parecem, portanto, equivalentes. Para o tipo de acidentes que estamos a considerar, há, no entanto, duas razões para preferir a primeira. Uma é precisamente que a responsabilidade por negligência só resulta no comportamento eficiente se este for definido como comportamento padrão pelo legislador (ou pelo tribunais): o causador tenderá a adoptar o comportamento que lhe seja exigido, desde que os custos inerentes sejam menores do que os que resultam de assumir a responsabilidade pelos danos. Mas, em geral, o legislador não dispõe de informação adequada para proceder a esta definição de forma precisa. Ora, a responsabilidade incondicional do causador dispensa a necessidade deste procedimento. [...] A segunda razão para preferir um regime de responsabilidade incondicional tem a ver com os custos da sua implementação. A aplicação da responsabilidade por negligência obriga a que o tribunal ou outra autoridade competente seja capaz de determinar o comportamento efectivo do causador do acidente, uma vez este consumado. Isto é, em geral, difícil e controverso, originando custos ligados ao funcionamento do sistema judicial que podem ser evitados com um princípio de responsabilidade incondicional” (RODRIGUES, V., 2007, p. 96-97).

dano causado multiplicado pela probabilidade do acontecimento, haveria responsabilidade civil do causador, pois teria agido com negligência e deveria pagar pelo dano causado.

Tratando das variáveis da fórmula acima, Posner (2000, p. 157) ilustra uma situação de decisão acerca de qual grau de prevenção deve ser adotada:

Todos toman precauciones contra los accidentes; lo interesante es la extensión de tales precauciones. Si se está considerando la compra de un generador auxiliar para asegurar que una falla de la energía no corte el abasto de oxígeno para una invaluable colección de lagartos sudamericanos, seguramente se tratarán de equilibrar, por lo menos en forma aproximada, los beneficios de ese generador auxiliar para prevenir la pérdida de los lagartos con sus costos. Los beneficios pueden expresarse, por lo menos en una primera aproximación, como el producto de la probabilidad de que los lagartos mueran durante cierto intervalo de tiempo (digamos un año) debido a una falla de la energía, y la magnitud en dólares de la pérdida. Supongamos que la probabilidad y la magnitud – P y L – son 0.001 y \$ 10000, respectivamente. Por lo tanto, el costo esperado del accidente, PL, será \$ 10. Desde luego, ésta es una medida de la desutilidad esperada y del costo esperado sólo si se es neutral al riesgo, pero dejamos de lado la aversión al riesgo suponiendo que el seguro que se adquiere sobre las vidas de los lagartos cubrirá su muerte por falla de la energía eléctrica con una prima adicional igual a PL más un cargo moderado (que para simplificar suponemos aquí igual a cero) para cubrir los gastos de administración de la compañía de seguros. Por lo tanto, el beneficio esperado del generador auxiliar para quien lo compra es de \$ 10 al año. Supongamos que su costo anualizado es de \$ 8. Entonces se compra el generador siempre que no exista ninguna prevención alternativa más barata. Si el generador cuesta más de \$ 10, no se compra.

Entretanto, a regra da culpa não se revela eficiente em todas as situações, uma vez que os acidentes, não raro, ocorrem por concorrência de culpas, sendo esse o terceiro sistema de responsabilidade. A culpa concorrente impõe normas, segundo as quais, caso a vítima não adote diligências necessárias e exigíveis para se proteger, o ofensor não terá responsabilidade, militando uma exceção em seu favor, ou terá sua responsabilidade limitada. Trata-se do sistema de negligência contributiva – se a vítima teve culpa, está isento o ofensor – e do sistema de negligência comparativa – o ofensor será responsável na medida em que ultrapassou o limite de negligência da vítima⁸⁰.

⁸⁰ “La negligencia comparativa tiene mayor sentido económico cuando la sociedad desea emplear el sistema de responsabilidad por negligencia para asegurar a las víctimas de accidentes porque le da algo a la víctima negligente de un lesionador negligente, mientras que la negligencia contributiva no le da nada. Por tanto, no es sorprendente que la negligencia comparativa surgiera primero en el derecho naviero. Durante largo tiempo, en los casos de colisión en que ambos barcos tenían algo de culpa, se aplicaba la regla de que cada parte era responsable de la mitad del daño total de ambos

O quarto sistema de reparação dos ilícitos civis, conforme a enumeração de Guestrin, é o da responsabilidade estrita da vítima, composição essa que tem as mesmas impropriedades que um sistema de responsabilidade estrita do ofensor, pois faz com que a outra parte não tome as diligências necessárias.

O quinto e último sistema, em verdade, refere-se à repartição das responsabilidades quando há mais de um causador para o ilícito.

A adoção de cada um dos sistemas deve atender a uma situação de maximização dos ganhos e da busca da eficiência. Por exemplo, considere-se que um morador tem seu apartamento de segundo andar em local central e de grande circulação. Precisa adquirir materiais de construção que só podem ser transportados da rua através da janela, mediante uma esteira suspensa sobre a calçada. O morador pode ser neutro ao risco⁸¹ e solicitar a entrega e acomodação dos materiais durante a hora mais movimentada de um dia de semana, quando o valor da entrega é mais baixo, ou pode ter aversão ao risco e solicitar a entrega na madrugada de segunda, em que há um severo acréscimo por adicional noturno dos entregadores. De outro lado, a vítima pode transitar por baixo da esteira (neutralidade ao risco), do outro lado da rua ou mesmo de táxi (aversão ao risco) para evitar completamente o acidente⁸².

Dado o exemplo, há necessidade de se verificar em concreto qual o melhor sistema de responsabilidade civil. Um sistema de responsabilidade objetiva da vítima ou do morador faria com que a outra parte não adotasse cuidados mínimos necessários. Outrossim, faria com que as partes responsáveis adotassem condutas extremadas e de excessiva precaução (adicional noturno ou táxi). Do ponto de vista da maximização e da eficiência, é mais eficiente um sistema de negligência, que imponha ao morador uma precaução moderada, ou seja, que evite o horário de pico, porém escolha um horário de menor movimento. Do mesmo modo, deve-se exigir do transeunte que, se for possível, troque de calçada para seguir o trecho e adote a

barcos. El resultado fue que el barco menos dañado tenía que pagar una parte de los daños del otro barco" (POSNER, 2000, p. 164-165).

⁸¹ A Análise Econômica do Direito considera que existem agentes que têm aversão ao risco e, em razão disso, recorrem a um contrato de seguro para eliminá-lo ou diminuí-lo. Nessas situações, por vezes, pode acontecer de que o agente tornar-se negligente, facilitando o sinistro, por ter consciência da proteção. Esse tipo de conduta é conhecido como azar moral ou *moral hazard*. A fim de conter tais comportamentos, no cálculo atuarial são levadas em conta as características do contrato que indicam a possibilidade de que aja com negligência ou não, em regra, redundando na majoração do prêmio.

⁸² Exemplo adaptado da obra de GUESTRIN, "Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho – de las fallas del mercado al sistema jurídico".

conduta mais segura, para que não facilite o infortúnio, sob pena de concorrência de culpas.

Outrossim, em outras situações, como na manipulação de energia nuclear, por exemplo, revela-se mais eficiente a imposição de um sistema de responsabilidade objetiva, a fim de que o manipulador tome todas as possíveis medidas de precaução existentes, face à gravidade e irreversibilidade dos danos causados em caso de acidente. Essa mesma lógica é a que se impõe em matéria de responsabilidade ambiental.

Portanto, em síntese, são nessas linhas que a Análise Econômica do Direito aborda a questão da responsabilidade civil por atos ilícitos extracontratuais, especialmente, quanto ao melhor sistema de imputação da responsabilidade em busca do equilíbrio mais eficiente entre prejuízo e prevenção.

2.5.5 A Análise Econômica do Direito e os Ilícitos Penais

Os adeptos da Análise Econômica do Direito voltaram sua atenção para as searas jurídicas mais diversas, inclusive, o Direito Penal, estudo que ficou conhecido como a “Economia do Crime”⁸³.

Na mesma linha da responsabilidade civil, a Análise Econômica do Direito, segundo Garavano e Gershank (2006, p. 256):

analiza el comportamiento criminal como una respuesta racional a las oportunidades que se le presentan a los criminales potenciales. Es decir, se realiza un análisis de costo/beneficio, donde los costos incluyen la pena impuesta por la ley, la probabilidad de arresto, la probabilidad de recibir una condena y la probabilidad de que esa condena se ejecute.

A explicação econômica sobre o porquê algumas condutas são consideradas penalmente reprováveis seria de que estas ações ou omissões violam valores sociais e por isso merecem um apenamento de cunho não particular. Em outras palavras, deve ser adotada uma forma de reparação por parte do ofensor que

⁸³ “El estudio de los factores socioeconómicos y las distintas variables relacionadas con la evolución de la actividad tuvo su puntapié inicial con los trabajos de Gary Becker (1968) y George Stigler (1970). Allí estos autores, ganadores del Premio Nobel, esbozaron distintos modelos que, calculando la incidencia de cada una de estas variables, podían aproximar ciertas predicciones acerca del comportamiento futuro de los niveles de criminalidad. Basada o inspirada en estas investigaciones, se ha desarrollado una amplia literatura acerca de la ahora denominada ‘economía del crimen’” (GARAVANO; GERSHANK, 2006, p. 243).

se destine à reparação da sociedade e à internalização da culpa por parte do criminoso, inclusive para não proporcionar um clima de insegurança tal que os agentes despendessem todos seus ganhos em precauções, gerando uma perda de riqueza de forma desnecessária.

Ademais, em virtude de certas condutas criminosas gerarem externalidades para várias pessoas, sendo que cada uma das partes poderia ter sofrido uma pequena parcela da externalidade, o que as não motivaria a buscar a repreensão penal do ofensor, é que em regra uma figura ligada ao Estado é que tem a titularidade para mover o competente processo-crime, buscando a aplicação de uma sanção não monetária⁸⁴.

Posner (2000, p. 209-211) afirma que há cinco tipos principais de condutas incorretas que podem ser consideradas como delituosas. O primeiro se refere às negligências intencionais, que representam uma transferência puramente coercitiva de riqueza ou utilidade da vítima ao ofensor. Nessa categoria o autor enquadra o homicídio, a falsificação, os crimes sexuais, as invasões e danos. O segundo tipo de condutas se refere a outras transferências coercitivas como a fixação de preços concertados e a evasão fiscal. Em terceiro lugar, as trocas voluntárias baseadas em atividades proibidas pelo Estado, como a prostituição, a pornografia infantil, a venda de crianças, o tráfico de drogas e outros. O quarto tipo são os atos de preparação e as tentativas criminosas. E, por fim, o quinto tipo de refere às condutas cujo objetivo seja impedir a aplicação do direito, como abandonar o local de um acidente ou a ocultação de ativos de um credor. Tais condutas merecem tratamento além dos casos de negligência, uma vez que os custos são maiores. Outrossim, porque há a necessidade de se desincentivar de forma mais efetiva as condutas criminosas, deve se aplicar penas de natureza não pecuniária, a fim de atingir a toda a sociedade, pois aos ricos não haveria sanção, enquanto dispusessem de meios para a reparação.

Considerando que os adeptos da Análise Econômica do Direito sempre pressupõem a racionalidade do agente, o criminoso também age, ponderando três

⁸⁴ “O argumento de que a vítima não é o único agente negativamente afectado pelo crime ajuda igualmente a explicar a aplicação de penas que não se destinam a compensar a vítima. Uma vez que o ‘dano’ sofrido pela sociedade excede o dano sofrido pela vítima, uma indemnização igual a este último não seria suficiente para levar o potencial criminoso a internalizar as consequências dos seus actos. Por outro lado, pode não haver sanção monetária – susceptível de constituir uma indemnização – suficiente para dissuadir o potencial criminoso. Daqui resultaria a necessidade de aplicar outro tipo de penas, como a prisão” (RODRIGUES, V., 2007, p. 208).

variáveis: a busca de maximizar sua satisfação com um mínimo de dispêndio, seja de tempo, ou mesmo de capital para aplicar em atividade produtiva; o custo de uma eventual penalização; a probabilidade da penalização. Portanto, cabe ao Estado promover as medidas necessárias para desincentivar o criminoso, como bem esclarece Rodrigues, V., (2007, p. 211-212):

Há, essencialmente, dois instrumentos que o Estado pode utilizar para desincentivar o crime. Quanto maior a perda de utilidade, a insatisfação, que a pena origina, mais difícil é que a utilidade resultante do crime seja positiva: um primeiro instrumento é, conseqüentemente, a pena, nas várias formas que pode tomar. No caso de multas, essa perda de utilidade será tanto maior quanto maior o seu montante. No caso da prisão, esta perda estará, provavelmente, relacionada com a sua duração e com as condições de vida na prisão. Mas não só. A forma como a sociedade encara os cidadãos que estiveram presos joga, também, um papel: quanto mais negativa, menor o incentivo para cometer crimes. O outro instrumento é a probabilidade de penalização: quanto mais provável a punição, menor o incentivo para cometer o crime. A probabilidade de penalização depende da eficácia policial na detecção e captura dos criminosos que, por sua vez, resulta do número de polícias existentes, do seu treino, dos meios que têm para exercer a sua função, entre outros factores. Mas depende, também, do funcionamento do sistema judicial. Num país em que os processos caíam frequentemente em prescrição, por exemplo, a probabilidade de penalização reduz-se e, conseqüentemente, o crime tornar-se mais atractivo. Outra vertente importante do funcionamento do sistema judicial é o padrão exigido em matéria de produção de prova. Um padrão pouco exigente aumenta a probabilidade de penalização e, dessa forma, desincentiva o crime. [...] A utilização de cada um dos instrumentos, pena e probabilidade, tem custos: para aumentar a probabilidade de penalização dos criminosos é preciso contratar polícias, treiná-los, dotá-los com os meios adequados; para aumentar as penas, supondo que se trata de penas de prisão, é preciso construir prisões e contratar guardas prisionais. A definição da combinação de pena e probabilidade a utilizar pode, por isso, ser encarada como um típico problema económico.

Portanto, diante desse binômio pena e probabilidade de apenamento, deve o Estado fazer a proporcionalidade ótima para obter o resultado mais eficiente. Tendo em vista que os bens da sociedade são escassos, não é eficiente que sejam aplicados todos os recursos recolhidos pelo Estado em medidas de prevenção ao crime, como contratar um guarda para cada rua, pois isso geraria desperdício em face do número reduzido de crimes que estatisticamente se comete. Portanto, um certo número de crimes é tolerável, uma vez que o aumento de investimento necessário para impedi-los não justificaria o investimento em prevenções⁸⁵.

⁸⁵ “A cadeia de hipermercados Wal-Mart é o maior empregador privado dos EUA. Tradicionalmente, a Wal-Mart era extremamente rigorosa com os furtos. No entanto, em 2006, mudou de política e decidiu deixar de apresentar queixa por furtos inferiores a \$ 25. J. P. Suarez, o responsável pela segurança na empresa, declarou que já não era eficiente perseguir os pequenos ladrões: ‘Se tenho alguém a

Em interessante artigo intitulado “Análisis económico de la legalización de las drogas blandas”, Bustos Gisbert (2005) apresenta farta argumentação acerca do tratamento de drogas leves na Espanha.

Analisando dados estatísticos anuais do “Plan Nacional sobre Drogas”, conclui que não houve redução de consumo de *cannabis sativa* entre 1983 e 1995, a despeito de ter havido aumento substancial da repressão, notadamente do número de apreensões do entorpecente no mesmo período, bem como ter havido incremento da atividade de persecução penal: em 1985, foram iniciados 10.397 processos-crime; em 1993, 45.440.

Tais fatos, para o autor, significam que não há razão para se afirmar que há relação imediata entre eventual diminuição do uso de entorpecente mediante um aumento de atividade repressiva. Esclarece que essa atividade de repressão tem elevados custos para a sociedade espanhola, fazendo surgir um debate sobre a legalização do uso das drogas leves, inclusive por motivos econômicos.

O autor menciona que os argumentos para a legalização podem ser resumidos da seguinte forma: não se deve limitar a liberdade do indivíduo; a repressão ao uso de drogas, faz com que os preços subam, de modo que proporcionalmente cresce a delinquência por parte dos usuários para poderem custear o uso; na ilegalidade, não há como o consumidor ter controle sobre a adulteração dos produtos, causando danos à saúde e custos de tratamento; a repressão faz com que os usuários busquem drogas mais pesadas, com efeitos mais duradouros; a incongruência sobre manter repressão contra alguns entorpecentes e não contra outras drogas, por exemplo, o álcool; por último, a legalização permitiria uma maior arrecadação do Estado em forma de impostos.

De outro lado, os defensores da manutenção da repressão, afirmam que: a legalização incentivaria o consumo; a redução de preços, advinda da legalização, permitiria maior acesso aos usuários; a legalização não acabaria com a delinquência, uma vez que os usuários continuariam a ter necessidade de recursos para adquirir os entorpecentes.

receber \$ 12 por hora para processar um furto de \$ 5, só perco dinheiro, Além disso, perco o tempo necessário para apanhar aqueles que furtam \$ 100 ou os grupos organizados que furtam \$ 3.000.’ A decisão da Wal-Mart faz sentido do ponto de vista privado. Mas fá-lo-á do ponto de vista social? Poderá fazer, se os recursos libertados puderem ser empregues em actividades em que tenham mais valor. Pelo menos a polícia de South Strabane, na Pensilvânia, onde um dos dezasseis agentes existentes estava ocupado exclusivamente com as queixas do Wal-Mart, parece satisfeita com a decisão. Fonte: New York Times 2006.07.13, Some Leeway for the Small Shoplifter” (RODRIGUES, V., 2007, p. 220).

Bustos Gisbert (2005, p. 77), mediante dados estatísticos, analisa o comportamento do usuário da seguinte forma:

Los autores más críticos con la prohibición de la droga han basado parte de sus argumentos en que el encarecimiento de la adquisición de las sustancias prohibidas genera precisamente la delincuencia asociada al consumo. Esta conclusión es correcta en el esquema que acabamos de presentar, y, de hecho, una reducción en el precio de la droga rebajaría el nivel de actividad delictiva. Pero, entonces, la misma argumentación nos llevaría a concluir que una rebaja de los precios de la droga hará incrementar su consumo, y que un menor rendimiento de las actividades ilícitas conduciría a un mayor número de delitos pues genera los mismos efectos que un aumento de los precios de la droga en la restricción presupuestaria. De esta forma, si las fuerzas de seguridad actúan con más decisión sobre quienes cometen delitos de receptación o si los jueces imponen sanciones más duras a los condenados por este tipo de delitos, podemos encontrarnos con un número mayor de delitos contra la propiedad, con la finalidad de que los ingresos totales del delincuente no se vean reducidos.

O autor conclui que a legalização do uso de drogas leves, provocaria a redução do preço por dois motivos básicos: considerando que a cadeia da venda da droga prevê três atuantes (cultivador, traficante e distribuidor), perderia o traficante o caráter monopolista-monopsonista, de modo que o preço cairia ao limite do custo; outrossim, a ausência de repressão resultaria em redução dos custos de defesa da atividade proibida, que antes era proibida e precisava se cercar de proteções (subornos, armamentos, etc). Também haveria uma melhora de qualidade do produto, porque passaria a estar sujeito às mesmas regras de qualidade dos produtos hoje lícitos. De outro lado, claramente haveria um aumento do uso das drogas leves, diante da acessibilidade física e financeira. Há severos indícios de que isso estimularia o uso de drogas mais pesadas, uma vez sendo insuficientes as drogas leves para os efeitos pretendidos, mas já saturados pelo uso contínuo. A fim de minorar essas consequências, poderia o Estado entabular uma política tributária restritiva, o que acabaria por incentivar um aumento do delito de contrabando.

Ao final do artigo afirma que os partidários da legalização acreditam que os possíveis danos gerados pela legalização são inferiores aos custos de persecução. Já os defensores da proibição consideram que os custos que o Estado deverá assumir em caso de legalização serão maiores que os assumidos atualmente para a repressão.

Entretanto, o autor explica que os custos devem assim ser considerados: existem custos de saúde, de três espécies – o primeiro está relacionado às

campanhas de informação e prevenção contra as toxicomanias, que valem também para as drogas institucionalizadas; o segundo está relacionado com os danos à saúde das drogas adulteradas; o terceiro se refere aos custos de internamento e reabilitação. Os três elementos aumentam com o tamanho do mercado e ele é menor quando há maior repressão do Estado. Mas há também os custos de repressão, que se destinam à persecução contra a venda dos produtos, em estado de ilegalidade, ou de prevenção de comportamentos delitivos, quando o mercado é regulado, que também é um custo para o Estado. Quanto maior o esforço, maior o gasto.

Diante disso, comprovando graficamente, o autor afirma que haveria dois caminhos: reduzir os custos totais, diminuindo a repressão e, por conseguinte, os custos de saúde no tocante a campanhas e controles de qualidade; ou tornar mínimo o custo de saúde, com alta repressão, que o autor não entende conveniente.

A questão das drogas foi apenas um exemplo de como a Análise Econômica trata de matérias tidas, dogmaticamente, como reservadas ao discurso jurídico. A lógica econômica indica que deve haver uma ponderação entre as medidas de repressão e o custo necessário, devendo ser alcançado o nível ótimo de eficiência.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DIREITO TRIBUTÁRIO

3.1 A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO DIREITO TRIBUTÁRIO

3.1.1 Uma Primeira Aproximação

A tributação é tema que também chama a atenção dos integrantes da Análise Econômica do Direito. Dirigem seus estudos para os efeitos micro e macroeconômicos dos tributos, para a questão da eficiência da produção diante dos incentivos e desincentivos provocados pelo sistema tributário e também para se estruturar uma forma exacional mais eficiente, discutindo os prós e contras de impostos sobre consumo, renda ou propriedade.

Conforme leciona Vuchelen (2003, p. 24), a tributação é assunto que, antes de tudo, envolve dados estatísticos e exige um tratamento técnico, sob pena de se instituir um sistema eminentemente político, com metas políticas, sujeito a problemas e riscos em virtude do desconhecimento de seu elaborador, trazendo com isso a instabilidade:

In democratic societies, tax rates are fixed by politicians and not by technicians who aim for an optimal taxation. The traditional approach holds that taxation or government expenditures are instruments that policymakers modify to realize goals such as a stabilization of the economy, a reallocation of resources or a modification in the distribution of income and wealth. This fine-tuning policy faces several problems and risks. For example, the government can misjudge both the size and timing of interventions, many conflicting objectives need to be pursued, the effects of instruments are not known with certainty, data contain errors, the theoretical structure of the model, the parameters, the value of exogenous variables, the nature of exogenous disturbances are not perfectly known, time lags are involved (recognition, decision, execution and response lag), frequent changes in policy instruments affects policy credibility, and so on⁸⁶.

⁸⁶ “Em sociedades democráticas, os tributos são fixados por políticos e não pelos técnicos que apontam para um tributo ótimo. A abordagem tradicional diz que a tributação ou as despesas de governo são os instrumentos que os políticos modificam para realizar objetivos tais como uma estabilização da economia, uma realocação dos recursos ou uma modificação na distribuição de renda e de riqueza. Esta política enfrenta diversos problemas e riscos. Por exemplo, o governo pode julgar mal o tamanho e o sincronismo das intervenções, muitos objetivos opostos necessitam ser perseguidos, os efeitos dos instrumentos não são conhecidos com certeza, os dados contêm erros, a estrutura teórica do modelo, os parâmetros, o valor de variáveis exógenas, a natureza de distúrbios exógenos não é conhecida perfeitamente, os atrasos são envolvidos (identificação, decisão, execução e resposta), mudanças freqüentes em instrumentos da política afetam o credibilidade da política, e assim por diante”.

Se de um ponto de vista macroeconômico os tributos têm o papel de instituir a estabilização econômica, também produzem efeitos microeconômicos. De acordo com Carlos (2006, p. 235), a doutrina elenca como quatro esses principais efeitos no âmbito restrito das empresas e dos que com elas se relacionam: a repercussão, a amortização, a remoção e a difusão.

Segundo Carlos (2006, p. 235-236), a repercussão assim se conceitua:

traduz-se na transferência do imposto que legalmente incide sobre um sujeito passivo, para outrem com quem este tem relações econômicas. É o que se passa quando o vendedor A transfere para o comprador B o imposto suportado na sua actividade, considerando-o na fixação do preço de venda dos bens ou dos serviços, à semelhança do que faz com os restantes encargos e custos.

Segundo o autor, apesar da repercussão ser um fenómeno que ocorre normalmente, nem sempre se verifica: quando há interesse de empresas em conquistar ou manter sua participação no mercado, podem manter seu preço anterior mesmo diante da alta dos tributos, reduzindo com isso o lucro auferido (CARLOS, 2006, p. 236). O conceito de repercussão será de grande valia para o restante do trabalho.

Para Carlos (2006, p. 236), a amortização, por sua vez, consiste no seguinte:

na redução de valor que os bens duradouros sofrem em virtude da existência de um imposto futuramente incidente sobre o valor desses bens ou sobre os seus rendimentos. Os bens têm um valor bruto e, em virtude do imposto, têm um valor líquido dos efeitos da tributação. A amortização do imposto corresponde à diferença entre aqueles dois valores.

A remoção, que está ligada ao efeito-substituição, é explicada por Carlos (2006, p. 236-237) da seguinte forma:

se é criado ou aumentado um imposto sobre o rendimento, o contribuinte pode tomar uma de duas atitudes: aceita ficar com menos rendimento, ou aumenta a sua actividade trocando *lazer* por *rendimento*, repondo total ou parcialmente os meios de riqueza anteriores à nova tributação. A este aumento de matéria colectável destinado a remover os efeitos delapidadores do imposto na economia de cada um, chama-se de remoção do imposto.

Acerca da difusão como efeito microeconômico dos tributos e que também será verificada abaixo principalmente nas citações de R. Posner – em que esse

efeito é pressuposto para se compreender a lógica daquele autor – finaliza Carlos (2006, p. 237-238):

Como a expressão indica, a *difusão do imposto* é um efeito que se estende para além do fenómeno de repercussão para o contribuinte de facto que vimos antes. A *difusão* é o efeito indirecto que se reflecte ao longo da cadeia económica em que se insere o sujeito passivo onerado. Quando se aumenta o imposto sobre o consumo de determinados bens, uma consequência verossímil é a redução do consumo destes bens, sem prejuízo das limitações à elasticidade da procura e dos efeitos rendimento e substituição [...]. Com a redução do consumo daqueles bens, virá, *ceteris paribus*, a contracção das vendas dos respectivos produtores e a conseqüente diminuição dos seus rendimentos. E assim, sucessivamente, em relação aos prestadores de serviços, aos fornecedores das respectivas matérias primas e aos restantes operadores a montante no circuito económico.

Feitos estes breves, porém necessários, apontamentos sobre os efeitos económicos dos tributos, passa-se à exposição acerca das contribuições dos autores da Análise Econômica do Direito sobre a tributação.

Não olvidando o principal objetivo da Análise Econômica do Direito – a eficiência - Floriano Corrales (1998, p. 157-158) afirma que a instituição e as mudanças nos sistemas tributários produzem conseqüências em termos de eficiência e também de equidade:

El impacto que el establecimiento o la modificación de los impuestos tiene sobre la eficiencia y la equidad es una de las principales preocupaciones que hace cuando se diseña un sistema impositivo. ¿Por qué influye en la asignación de recursos y en la equidad? A esta cuestión tratamos de responder a continuación. Influye en la asignación de los recursos, porque el establecimiento de un impuesto afecta al comportamiento de oferentes y demandantes generando incentivos diversos. Así, puede determinar, por ejemplo, sus decisiones de ahorro, de inversión, etc, ya que si los impuestos son altos en un sector, los recursos pueden fluir hacia otros menos gravados; la decisión de eliminar la desgravación fiscal que conlleva la adquisición de la primera vivienda, puede suponer que se reduzcan la inversiones inmobiliarias por otras de tipo mobiliario, por ejemplo. En general, se crean incentivos que provoca que se modifique el comportamiento de los individuos que les lleva a sustituir una actividad resulten menos productivos, de aquí que podamos decir que se afecte la eficiencia con la que están siendo empleados los recurso. Pero decíamos que también existen consideraciones de justicia que deben tenerse presente, pues la contribución a los gastos del sector público no tendrá el mismo efecto en la distribución de la renta de los individuos si la asumen esencialmente los ricos o esencialmente los pobres. Por eso, el establecimiento y diseño de los impuestos tendrá su repercusión en cómo se distribuye la renta. El diseño de un sistema fiscal ótimo debe por tanto tener un cuenta estos aspectos.

Dentre os principais autores do movimento, Posner é um dos que melhor tratou a questão da tributação em sua obra *El Análisis Económico del Derecho*, já bastante mencionada na primeira parte desse trabalho.

O autor afirma que a tributação pode ser usada para uma mudança de alocação dos recursos (a questão do imposto como forma de desincentivo a atividades que causem externalidades – imposto ambiental), como forma de distribuição de riqueza, mas sua finalidade principal é obter receita para custear os serviços públicos. O imposto arrecadatório mais eficiente seria aquele que melhor remunerasse o custo de oportunidade⁸⁷ pelo uso de um serviço público. Entretanto, a renúncia por parte do usuário ao pagamento pelo serviço não pode justificar ao Estado que deixe de prestá-lo, uma vez que a prestação de tais serviços pelo ente estatal se justifica pelo fato de que a existência de bens públicos impede que a lógica de mercado (falha de mercado) produza os resultados mais eficientes para a coletividade.

O autor segue afirmando que, embora as considerações distributivas sejam importantes para a questão fiscal, a eficiência do sistema tributário não é menos importante. A aplicação de um tributo sobre determinada atividade gera um estímulo para que aquele que se dedica a ela a substitua por uma atividade menos gravada. Por presunção, essa pessoa era mais eficiente na primeira atividade, uma vez que se não fosse assim teria trocado de atividade antes da nova tributação. Com essa ilustração, Posner conclui que o novo imposto diminuiu a eficiência no uso dos recursos. Segundo Posner (2000, p. 452):

la ineficiencia podría haberse evitado, o por lo menos reducido, sin pérdida de recaudación, si el impuesto hubiese sido diseñado para minimizar los efectos de sustitución; la eficiencia de asignación de la tributación se maximiza haciendo que la tasa impositiva varíe inversamente con la elasticidad de la demanda del bien o de la actividad gravados.

⁸⁷ O conceito de custo de oportunidade já foi brevemente exposto acima e merece agora uma melhor definição. Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saggi afirmam que custo de oportunidade é “o maior retorno que poderia ser obtido pelo uso de uma máquina, produto ou esforço de uma pessoa em uma atividade diferente daquele em que está sendo utilizado. Por exemplo, o custo de oportunidade de alguém que frequenta a escola é a renda que poderia ganhar se estivesse empregado. Do ponto de vista econômico só faz sentido ir à escola se o aumento de rendimentos obtido como resultado da instrução recebida superar esse custo de oportunidade. Um empresário somente aplicará seu capital e trabalho em um empreendimento se acreditar que assim obterá uma renda maior do que, por exemplo, investindo seu capital no mercado financeiro e arranjando um emprego em outra empresa” (PINHEIRO; SAGGI, 2005, p. 74-75).

A tarefa de buscar a eficiência no âmbito da tributação não é simples, sendo que por vezes tal meta acaba por afetar negativamente a finalidade redistributiva da política fiscal. O autor apresenta como exemplo a instituição de um tributo *per capita* fixo sobre os adultos. Esse imposto provocaria um efeito quase mínimo de substituição (o efeito-substituição não seria nulo porque algumas pessoas poderiam preferir emigrar), mas seria muito opressivo para os pobres, a não ser que fosse baixo, o que causaria insuficiente arrecadação (POSNER, 2000, p. 452-453).

Em breve parênteses, como já dito, os impactos dos tributos são verificados pela Análise Econômica do Direito nas condições mais diversas. Acerca da questão da emigração em razão dos impostos, que Posner cita em seu trabalho de forma hipotética, Liebig e Souza-Poza (2006, p. 250), motivados pelas recentes e crescentes mudanças de domicílios, principalmente de esportistas famosos, realizaram estudo com base em estatísticas e chegaram à seguinte conclusão:

The most important conclusion of our analysis is that tax rates clearly have no significant impact on the migration decision. Nevertheless, the fact few, if any, migrants are driven by tax considerations does not rule out a tax burden influence over the migration choices of some very high earners. Indeed, some such prominent cases have recently received much public attention. Yet our analysis suggests that these cases are the exception. Furthermore, the legal translocations seldom involve a physical migration and are therefore beyond the focus of our study. Thus, large-scale, tax induced migration seems highly unlikely, even in the Swiss context in which such relocation would be possible without a job change. Rather, our results point to the importance of the housing market in migration decision.⁸⁸

Voltando à obra de Posner, inicia sua análise dos impostos – que chama de explícitos, em contrapartida ao serviço militar que considera uma espécie de tributação ou imposto implícito, tendo em vista que os recrutados contribuem com seu tempo e trabalho – tratando de uma forma de tributação sobre as vendas a varejo, cuja alíquota hipotética seja de 30% sobre o valor da transação. Supondo que o mercado do produto seja competitivo (a questão das estruturas de mercados e

⁸⁸ “A conclusão mais importante da nossa análise é de que os tributos claramente não têm qualquer impacto significativo sobre a decisão de migrar. No entanto, o fato de poucos, se houver, migrantes serem movidos por considerações fiscais não exclui a influência de uma carga fiscal sobre a escolha de migrar de algumas pessoas muito ricas. Na verdade, alguns desses casos têm recebido muito destaque recentemente da opinião pública. Entretanto, nossa análise sugere que estes casos são a exceção. Além disso, a mudança jurídica raramente envolve uma migração física e são, portanto, fora do objeto de nosso estudo. Assim, em grande escala, parece altamente improvável que a tributação induziu a migração, mesmo no contexto da Suíça em que seria possível uma realocação sem mudança de trabalho. Em vez disso, os nossos resultados apontam para a importância do mercado da habitação na decisão de migrar”.

competição serão tratadas mais adiante nesse trabalho) o preço do bem é igual ao seu custo marginal (a variação do custo total de produção quando se produz mais uma unidade). Nessas situações, o custo do imposto sobre o produto acabará sendo repassado pelo produtor ao preço. O preço maior induzirá que alguns consumidores busquem produtos substitutos (semelhantes) mais baratos.

O fato do imposto compor o preço do bem pode (des)incentivar o produtor que toma atitudes para que não ocorra o efeito de substituição, conforme explica Posner (2000, p. 14):

otro refinamiento del análisis de los impuestos específicos es digno de mención. Hemos supuesto implícitamente que el impuesto es una fracción del precio del bien (ad valorem). Sin embargo, un impuesto calculado de ese modo dará a la empresa incentivos para reducir la calidad (y por ende el precio) del bien. Por ejemplo, si el impuesto específico sobre los automóviles se basa en el precio de menudeo del automóvil con todos sus accesorios (aire acondicionado, aparato estereofónico, etc.), y si esos accesorios no están sujetos a ningún impuesto o pagan un impuesto menor si se compran por separado, el fabricante tendrá incentivos para ofrecer menos accesorios con el automóvil). Si, en cambio, el impuesto es una tasa fija (por ejemplo, \$ 100 por automóvil), el fabricante tendrá incentivos para aumentar la calidad, porque los incrementos de la calidad están libres de impuestos.

Para o autor, quando a demanda por esse produto é elástica⁸⁹, um aumento pequeno do preço promoverá uma redução brusca da demanda e conseqüentemente da produção. Com isso, a arrecadação também diminuirá, seja porque o produto é menos vendido, seja porque incidirá sobre a venda do produto substituto, que é mais barato. Segundo o autor, a primeira conclusão a que se chega é que o Estado deve tributar em maior grau a indústria ou a atividade com preço menos elástico: essa constatação é conhecida como o princípio de Ramsey (POSNER, 2000, p. 454-455).

Esse é o mesmo entendimento de Floriano Corrales (1998, p. 167) quando trata do “impuesto sobre el valor añadido” ou imposto sobre valor acrescentado (IVA) aplicado na Comunidade Européia:

⁸⁹ “Em qualquer mercado competitivo, como o mercado do trigo, a curva de oferta com inclinação ascendente representa o comportamento dos vendedores. O preço do produto se ajusta para equilibrar as quantidades oferecidas e demandadas. Para aplicar esta análise básica à compreensão do impacto da pesquisa dos agrônomos, precisamos de mais uma ferramenta: o conceito de elasticidade. A elasticidade mede a resposta dos compradores e vendedores às alterações nas condições do mercado, permitindo-nos analisar a oferta e a demanda com maior precisão” (MANKIOW, 2001, p. 93).

El precio se fija en el nivel en el que la demanda - ingreso marginal - es igual al coste marginal. Así, suponiendo que el precio es el que recibe el oferente, el impuesto sobre los consumidores puede representar como un desplazamiento restrictivo de la demanda del mercado en la cuantía del impuesto, esto es, si el productor recibe P_1 , el consumidor debe pagar $P_1 + t$. La cantidad demandada se reduce, ya que algunos consumidores desplazarán sus preferencias hacia otro tipo de bienes con precios de mercado más bajos. Lógicamente la dimensión de este efecto sustitución dependerá de la elasticidad precio de la demanda: elasticidades altas determinarán un grado de respuesta elevado en la cantidad demandada, obviamente si la demanda es inelástica la reducción en la cantidad demandada también será pequeña. Este hecho tiene repercusión tanto en la producción del bien como en los ingresos que recibe el Estado. Aunque no sea necesario indicarlo, insistiremos en que el incremento del impuesto sobre las ventas de productos cuya demanda es elástica provoca reducciones en la producción y, por tanto, en los ingresos del Estado más importantes que cuando la demanda del producto es inelástica. Desde el punto de vista de la eficiencia, por tanto, que si de lo que se trata es de hacer lo más pequeño posible el efecto sustitución, se trataría de establecer este impuesto para aquellos productos que presenten una elasticidad precio más baja.

Quanto aos efeitos distributivos, o imposto sobre o consumo, segundo Posner (2000, p.455), tem efeito regressivo, ou seja, compromete uma fração maior dos ingressos dos pobres do que dos ricos, porque os primeiros consomem uma parte maior de seus ingressos. Outrossim, afirma que a “maior parte” do imposto sobre a venda dos bens se transfere aos consumidores. O restante advém das rendas econômicas recebidas pelos proprietários dos fatores de produção usados na fabricação dos artigos.

No tocante a um imposto sobre a renda, o autor afirma que apresenta características atrativas, uma vez que, por definição, não haveria efeito de substituição, considerando que as rendas são um rendimento acima dos custos de oportunidade, de forma que a exação não incentivaria a troca de atividades. Mas apesar de mostrar-se aparentemente progressivo, um imposto sobre a renda não é, conforme afirma Posner (2000, p. 455-456):

advierta que un efecto de nuestro impuesto a los artículos es la reducción de la producción de la industria y así, presumiblemente, de su demanda de insumos, incluida la mano de obra. Si los trabajadores despedidos por industria tienen oportunidades de trabajo igualmente buenas en otra parte y costos de reubicación nulos, no se verán perjudicados por el impuesto. Pero en caso contrario sí se verán perjudicados. Perderán las rentas que ganan con su empleo actual.

Acerca de um imposto sobre a renda de imóveis, ou sobre a terra, Posner assinala várias impropriedades. Segundo ele, a proposta de Henry George de que

todos os impostos deveriam ser substituídos por um único imposto territorial está divorciada da realidade dos governos modernos, uma vez que o resultado ficaria muito aquém das necessidades estatais. Em segundo lugar, um imposto sobre a renda de locação de um imóvel com um prédio construído poderia causar discussões sobre qual parcela do tributo verdadeiramente se refere apenas ao solo e qual onera a benfeitoria construída. Ademais, em situações em que o contribuinte mora em casa construída sobre o imóvel, apesar de seu proveito ser igual ao que receberia com a locação, por não ser monetária a fruição, escaparia ao tributo incidente sobre as rendas advindas de imóveis. Acerca da repercussão, Posner (2000, p. 457) afirma que, para todos os fins, o custo do imposto predial acaba por ser dividido tal qual o imposto sobre o consumo, veja-se:

Considera un proyecto de casas de departamentos. Si el impuesto predial es proporcional a las rentas, el propietario lo tratará de la misma forma que nuestro fabricante de artículos trataría al impuesto a las ventas: como algo que reduce el ingreso promedio en un porcentaje uniforme a todos los niveles de producción. A fin de maximizar el rendimiento en estas circunstancias, el propietario elevará el precio y reducirá la producción. La carga del impuesto se repartirá entonces entre los consumidores – las personas a quienes se rentan los departamentos – y el que renta: el propietario del terreno.

Outrossim, o imposto sobre imóveis ainda tem outra dificuldade que é a aferição do valor real da base de cálculo. Há variação no valor de um imóvel quando considerado para fins agrícolas e para fins urbanos. Outrossim, há diferenças de estimação de preço entre o que o proprietário entende como justo e o que um terceiro aceita pagar. Para resolver tais problemas, o autor sugere uma variação do sistema aplicado em Atenas: o proprietário estima o valor de sua propriedade para fins do imposto predial, mas deverá aceitar qualquer proposta de compra da propriedade no valor que estimou (POSNER, 2000, p. 458).

A proposta sugerida pelo autor em muito se assemelha com o exemplo tratado no subcapítulo destinado à teoria dos jogos, em que foi apresentado o modelo de jogo de soma zero que John von Neumann desenvolveu, no qual o que uma parte ganha a outra perde, ou nenhuma ganha.

Por fim, Posner trata do princípio progressivo em um sistema tributário. Inicia esclarecendo que a objeção mais comum feita a tal princípio é de que a tributação progressiva causa uma substituição ineficiente do trabalho por tempo livre. Sobre essa posição esclarece que “puede ser poco engañoso, ya que parece

sugerir que el trabajo es más productivo que el tiempo libre. Eso no es cierto en general. Lo importante es que no se asigne al trabajo un precio tan elevado (mediante una elevada tasa impositiva marginal) que se consuma una cantidad ineficiente de tiempo libre” (POSNER, 2000, p. 471).

De outro lado, o princípio tributário progressivo acaba por reduzir o interesse dos contribuintes em assumir atividades de risco, ao contrário do que fariam em face de um imposto proporcional, segundo o autor. Algumas atividades exigem que o agente assuma um risco muito grande de não ter ingresso nenhum caso não seja bem sucedido, como, por exemplo, um compositor de músicas ou um cientista. Por exemplo, considere-se um grupo de 10 compositores, sendo que apenas um ganha \$ 100.000 em um ano, enquanto os demais nada ganham. Em um sistema progressivo, ainda que o ingresso dos demais seja modesto, o imposto seria muito menor que o pago pelo único bem sucedido, caso todos os dez compositores ganhassem \$ 10.000 por ano (POSNER, 2000, p. 471).

Não incentivar o desenvolvimento de atividades mais arriscadas no sentido de rentáveis, acaba por promover a perpetuação social, conforme expõe Posner (2000, p. 471):

desalentar que se asuma el riesgo perpetúa las desigualdades del ingreso entre las familias. Es probable que no exista un procedimiento más eficiente para crear la movilidad del ingreso, hacia arriba y hacia abajo también, que el de alentar que se asuma el riesgo. [...] Quizá esto explique que la progresividad extrema no es muy popular entre los estadounidenses de recursos modestos.

O princípio da progressividade tributária, segundo Posner (2000, p. 472), ainda estimula a evasão tributária, logo, a aplicação ineficiente de recursos tendo em vista sua destinação ilícita:

El costo social más seguro de un impuesto al ingreso altamente progresivo es el incentivo que da a los contribuyentes para hacer grandes gastos legales y contables a fin de evadir el impuesto. Si la tasa impositiva marginal fuese de 90% para el ingreso que exceda de \$ 50.000, alguien cuyo ingreso es de \$ 200.000 podría estar dispuesto a gastar hasta \$ 135.000 en medidas para no tener que pagar ningún impuesto sobre sus últimos \$ 150.000 de ingreso. Los recursos consumidos como resultado de este gasto, como los incurridos para lograr la monopolización – un caso paralelo -, serían improductivos. [...] los incentivos generados por las elevadas tasas impositivas marginales para encontrar métodos de evitar impuestos podrían explicar el gran número de ingeniosos pretextos con los que los contribuyentes de altos ingresos escapan a la carga completa de un impuesto progresivo. Estos pretextos distorsionan los patrones de

trabajo e la inversión (¿puede usted recordar algunos ejemplos?) y minan el propósito de la tributación progresiva de redistribuir el ingreso de los más ricos a los menos ricos.

Após as críticas, o autor apresenta uma qualidade do princípio progressivo: tendo em vista que os impostos se dirigem, basicamente, ao custeio dos serviços públicos e, considerando que para os ricos são mais valiosos tais serviços – polícia, bombeiros, defesa nacional - o tributo com finalidade progressiva fatalmente arrecadará mais dos mais ricos, uma vez que serão eles que ultrapassarão os limites de alíquotas e tais ingressos serão alocados mais eficientemente no pagamento das despesas desses serviços e bens públicos.

Como se vê, a questão tributária do ponto de vista da Análise Econômica do Direito nem sempre guarda relação com as concepções tradicionais advindas de interpretações jurídicas “puras”. Por exemplo, são rarefeitos os estudos mais críticos ao princípio da progressividade nos principais manuais de Direito Tributário no Brasil, em geral se mencionando a existência do princípio em relação ao imposto de renda, no artigo 153, § 2º, I, ao imposto sobre a propriedade rural, no artigo 153, § 4º, I e em relação ao imposto sobre propriedade territorial urbana, no artigo 156, § 4º, I, todos da Constituição Federal, embora haja divergência doutrinária em relação ao último tipo tributário.

Por outro lado, paulatinamente, verifica-se a inserção dos argumentos da Análise Econômica nas questões tributárias, como ocorreu recentemente em estudo elaborado pela Comissão de Assuntos Tributários da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção São Paulo, comissão essa sob a presidência de Walter Carlos Cardoso Henrique – elaborado em 6 de dezembro de 2007 - em que foi realizado interessante ponderação acerca da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e Créditos ou Direitos de Natureza Financeira (CPMF), com previsão nas Emendas Constitucionais nº 37/2002 e nº 42/2003. Inicialmente, o trabalho realizou uma breve resenha das premissas da Análise Econômica do Direito (OAB/SP, 2007):

Nesse contexto, coloca-se a CPMF que à luz do instrumental da Análise Econômica do Direito, mostra-se um tributo de má qualidade e que ajuda a estagnação da economia e prejudica a própria arrecadação. Utilizar o instrumental oferecido pela Análise Econômica do Direito nessa análise, permite a obtenção de elementos novos e serve para analisar a tributação sob um enfoque econômico, discutindo a eficiência da tributação, especificamente o caso da CPMF. A Análise Econômica do Direito toma

como base a racionalidade individual, verificando como se comportam os indivíduos diante das normas jurídicas. Nessa linha, procura dar resposta a duas perguntas: (a) Como é afetado o comportamento dos indivíduos e das instituições pelas normas jurídicas (impacto das normas na sociedade)?; (b) Em que medida o comportamento social influencia a produção das normas, a sua efetividade, e etc? A Análise Econômica do Direito considera o fato social de forma mais ampla, ao apontar que os indivíduos ajustariam seus comportamentos a determinados padrões por motivações econômicas, o que substituiria a tradicional explicação dos juristas de que os indivíduos ajustam os seus comportamentos por mera e singela obediência à lei. Dessa forma, a Análise Econômica do Direito oferece uma melhor visão, ao menos mais completa, dos efeitos das normas jurídicas no comportamento social, permitindo assim ao legislador evidenciar quais seriam as condutas passíveis de indução e os seus reflexos econômicos.

Em seguida, a CPMF foi analisada sob o instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito com a especial finalidade de averiguar a eficiência do tributo (OAB/SP, 2007):

A criação da CPMF representa bem a falta de visão do legislador, pois o foco está concentrado apenas no potencial de arrecadação imediata e na abrangência dessa contribuição, que incide sobre a economia informal e dificulta a evasão fiscal. É verdade que a eficiência desse tributo em termos arrecadatórios é quase inquestionável se olharmos apenas sob o prisma do resultado final; porém, esse tributo prejudica de tal forma a economia que o seu bom resultado deve ser repensado pelas autoridades fiscais. Primeiramente, a CPMF tem como fato imponível a simples movimentação financeira que, a toda evidência, não indica qualquer manifestação objetiva de riqueza (signo presuntivo de riqueza). A simples circulação de valores em conta corrente não exterioriza qualquer potencial por parte do contribuinte, são diversas as situações que não espelham qualquer riqueza: valores oriundos de empréstimos, simples transferências de recursos pertencentes a terceiros, etc, sempre geram a obrigação de recolher a CPMF, independentemente da sua origem. Em síntese, há um total desatendimento ao princípio da capacidade contributiva, presente no artigo 145, § 1º da Constituição Federal. A CPMF prejudica a atividade de intermediação financeira, na medida em que a cobrança desse tributo encarece fortemente essa atividade, e acaba inflacionando a taxa de juros e o "spread" bancário praticado no país, resultando inclusive num custo para o próprio governo, como adiante demonstraremos. A CPMF possui diversas outras características negativas, como a cumulatividade (efeito cascata e dupla incidência), a ausência de seletividade e ausência de progressividade, que são muito relevantes do ponto de vista econômico.

Essas interações pontuais dos temas tributários com a Análise Econômica do Direito são salutares e as conclusões obtidas devem ser consideradas com atenção, ao menos como sugestão de interdisciplinariedade.

Veja-se a opinião de Floriano Corrales (1998, p. 158) acerca de um sistema tributário mais eficiente que, provavelmente, não coincidirá com a conclusão de tributaristas clássicos, porém alerta para situações importantes como a necessidade de se evitar o efeito-substituição:

En primer término, conseguir recaudar unos ingresos dados y, en segundo lugar, promover la combinación de eficiencia y equidad de la forma que mejor se refleje el compromiso social con estos valores, todo ello, al menor coste posible. No obstante, la combinación de la eficiencia y la equidad no es tarea fácil, ya que, desgraciadamente, aparecen como objetivos contrapuestos. Para entender que esta cuestión debe tenerse presente que para evitar la ineficiencia, los impuestos no deben alterar el comportamiento de los individuos incentivándoles a dedicarse a actividades distintas como consecuencia de la imposición, es decir, deben hacer lo más pequeño posible el efecto sustitución – el cambio en la asignación de recurso. La forma de hacerlo sería gravar aquellos factores y productos cuyo oferta y demanda presentasen la elasticidad precio más baja, así el establecimiento de un impuesto sobre estos factores o bienes no alteraría ni el consumo ni la producción de los mismos.

Floriano Corrales (1998, p. 169) sugere ao fim de seu texto como alternativa ao sistema tributário espanhol a criação de impostos sobre externalidades ou atividades indesejadas, como forma de minorar os impostos sobre atividades produtivas:

Hemos comprobado como los impuestos que configuran la columna vertebral de nuestro sistema fiscal están dotados de grandes dosis de ineficiencia y que, en mas ocasiones de las deseables, se configuran de forma injusta desde el punto de vista de la distribución de la renta. Esto que se ha mostrado para dos impuestos podría con algunas matizaciones trasladarse a cualesquiera otras de las figuras tributarias del sistema fiscal español. Probablemente la dificultad de compatibilizar los principios de eficiencia y equidad sean demasiado grande como para poder superarse totalmente y sólo pueda basarse en parte. No obstante, aunque no supongan una alternativa, se abren paso otras figuras tributarias que en lugar de gravar las actividades economicas – el trabajo, la inversión, el consumo, etc. – lo que reduce los incentivos para realizarlas, gravan las externalidades negativas y el consumo de bienes de demérito, esto es, la contaminación, el consumo del tabaco o el alcohol, etc. Gravar este tipo de actividades lleva aparejado un desincentivo para realizarlas, incrementándose los niveles de eficiencia y, al mismo tiempo, consiguiendo otros objetivos como la mejora del medio ambiente, en general, la reducción de las externalidades negativas. De esta forma, el Estado puede conseguir ingresos que les permita reducir la presión fiscal sobre las actividades economicas, de donde se deriva un incremento en los niveles de eficiencia.

A sugestão, indubitavelmente, dá-se em razão das origens da Análise Econômica do Direito e a busca pela eficiência. A seguir, tratar-se-á da previsão do princípio da eficiência e sua aplicação no Direito Tributário Nacional.

3.1.2 A Previsão Constitucional do Princípio da Eficiência no Direito Tributário Brasileiro

A eficiência é um dos principais pressupostos da Análise Econômica do Direito, como foi visto no subcapítulo específico.

O conceito de eficiência, lembre-se, é a busca da melhor alocação possível dos bens escassos para a satisfação do maior número de necessidades. Naquele item também foram apresentados os conceitos de Pareto⁹⁰ e de Kaldor-Hicks acerca da eficiência. Para o primeiro autor, seria eficiente a conduta que melhorasse a posição de ao menos um envolvido na relação, sem piorar a de ninguém. Já para os segundos autores, eficiente é a alocação de recursos em que o ganho de uma parte seja suficiente para compensar a perda dos prejudicados.

A questão que se coloca nesse momento é saber se o princípio da eficiência no âmbito tributário encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na Constituição Federal.

O princípio da eficiência não é estranho ou contrário ao Direito mesmo para aqueles que não são adeptos, ou são avessos, à aplicação de conceitos econômicos na seara jurídica⁹¹.

⁹⁰ José Afonso da Silva adota a definição de Pareto ao afirmar que eficiência é a “alocação de recursos de modo a aumentar o bem-estar pelo menos de um consumidor sem diminuir, simultaneamente, o de outros” (SILVA, J., 2005, p. 37).

⁹¹ O autor Jorge de Oliveira Vargas afirma que a natureza jurídica da eficiência não é a mesma da Economia, pois uma vez inserido no Direito passa a compor o direito econômico, financeiro e tributário, como se assim deixasse de ter conotação econômica. Aliás, entende erroneamente que a eficiência econômica se relaciona unicamente com a idéia capitalista de mercado e lucro. Mais adiante, entretanto, afirma que a eficiência é a otimização da norma jurídico-tributária, ou seja, em completa consonância com Posner e a Análise Econômica do Direito Normativa. Entende-se que o esforço desempenhado em apartar Direito e Economia é inócuo, pois no seguir de seu texto, acaba adotando o conceito de eficiência como otimização ou maximização de resultados. Cita-se o excerto da obra do autor: “Pode-se argumentar que a verificação dos resultados da aplicação dos tributos é de natureza econômica, e não jurídica. Todavia, entendo que a natureza econômica do princípio da eficiência, na Administração Pública, não é uma regra de economia, alheia ao direito, mas uma regra de direito econômico. O direito econômico, diferente da economia, é um ramo do direito. [...] O direito econômico é uma realidade consagrada no próprio texto constitucional; se constitui, como já se disse, num ramo do direito como qualquer outro, e com a característica de permear todos os outros ramos. [...] Distingue-se, pois, da economia pelos seus objetivos. A economia pode ter por objetivo apenas o mercado ou o lucro, enquanto que o direito econômico tem por objetivo a política econômica. Assim sendo, a natureza econômica do princípio da eficiência, que é de política econômica, é também jurídica, ou seja, de direito econômico. A natureza jurídica do princípio da eficiência se mostra bem evidente quando o mesmo é visto como uma otimização da eficácia da norma jurídico-tributária. Mas a natureza jurídica do princípio da eficiência não é só de direito econômico, mas também, e de maneira especial, de direito administrativo, pois está expressamente consagrado na cabeça do art. 37 da CF, que trata da Administração Pública, e, esta ligado à Administração Pública, está ligado também ao direito financeiro e ao tributário” (VARGAS, 2006, p. 223-224).

Para tanto comprovar, vale ressaltar que a Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998 acrescentou ao artigo 37 o princípio da eficiência, passando a figurar ao lado dos princípios da moralidade, legalidade, publicidade e impessoalidade, como diretriz nas atividades da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para Martins, I., (2006, p. 31), o princípio da eficiência já era corolário natural dos demais princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal antes da Emenda Constitucional nº 19 e o define como “a obrigação da Administração Pública de utilizar os recursos públicos do Estado com a maior pertinência e adequação possível em prol da sociedade”.

Essa definição guarda estrita relação com o conceito econômico de eficiência, ou seja, a melhor alocação de recursos.

Tratando da eficiência como um aprimoramento da legalidade em busca da efetividade de resultados, vale a citação de Golschmidt e Velloso (2006, p. 192):

Embora a legalidade assegure a todos um *standard* de tratamento e um mecanismo de interdição de arbitrariedades ou abuso de poder, é evidente que, nessa mesma medida, atua, desde um ponto de vista da eficiência administrativa, como um instrumento gerador de estagnação ou inércia [...] Tal circunstância, a par de trazer consigo o inerente peso da desmotivação, prejudica, senão aniquila, em sua quase totalidade, as possibilidades de otimização de processos, tomado esse termo em seu sentido mais amplo, como atinente ao direito material e procedimental, abrangente da atividade pública como um todo. [...] Mas ninguém ousará, em sã consciência, defender o fim da legalidade. Pelo contrário, o valor dessa garantia fundamental e ínsita ao Estado de Direito é incomensurável, apenas possuindo, como tudo, seu viés negativo, cuja principal característica reside na sua difícil acomodação e relacionamento com a necessidade de eficiência, coisa que o mundo moderno, calcado na agilidade e necessidade de rápida e constante adaptação (máxima que não vale apenas para os negócios entre empresas, senão que igualmente para os Estados, interna ou externamente), pode atestar de ponta a ponta.

Em termos de eficiência, o agente, no exercício da função estatal, deve buscar a decisão que melhor atenda às necessidades sociais, que são ilimitadas, com os recursos disponíveis e limitados.

Moraes (2002, p. 317) assim conceitua o princípio da eficiência:

é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção

dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.

O autor elenca algumas características essenciais do princípio da eficiência: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum; imparcialidade; neutralidade; transparência⁹²; participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade (MORAES, 2002, p. 218-231).

Apesar da possível controvérsia que possa haver acerca da extensão do princípio da eficiência, ou seja, se sua aplicação se limita à Administração Pública, ou se os demais Poderes devem considerá-lo em suas atividades típicas, essa segunda posição possui mais adeptos, dentre eles Machado, H. (2006, p. 54):

o princípio da eficiência é, portanto, de observância obrigatória para todos que fazem o Estado e em nome desta atuam. Não apenas pela Administração Pública em sentido estrito, mas também para o Legislativo, ao qual cabe produzir normas que viabilizem sua realização, e para o Judiciário, responsável pela solução dos conflitos surgido na relação tributária, buscando, na medida do possível, realizar o bem comum, idéia na qual se insere como elemento essencial, vale a pena insistirmos nesse ponto, o respeito pela ordem jurídica.

Segundo Rodrigues, M., (2006, p. 106), o princípio da eficiência “é de observância obrigatória pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e pela Administração Pública, ou seja, o Estado deve ser visto como um todo para efeitos do princípio da eficiência”.

⁹² Com especial atenção aos tributos indiretos, Luciano Amaro considera que o sistema tributário previsto na Constituição Federal é informado pelo princípio da transparência dos impostos, previsto no artigo 150, §5º da Constituição Federal: “os impostos ditos indiretos têm como proclamada virtude a circunstância de virem disfarçados no preço de utilidades adquiridas pelo ‘contribuinte de fato’, que, em geral, não percebe o ônus tributário incluído no preço pago. Trata-se de tributos que ‘anestesiaram’ o indivíduo, quando este, ao adquirir bens ou serviços, não se dá conta de que, embutido no preço, pode vir um pesado gravame fiscal. O art. 150, § 5º, quer justamente que o consumidor de bens e de serviços seja esclarecido acerca dos impostos que incidam sobre essas utilidades, fixando o *princípio da transparência dos impostos*, correlato ao princípio básico do direito das relações de consumo, que é o da informação – clara, correta, precisa e completa – do consumidor” (AMARO, 2007, p. 148). Note-se que Alexandre de Moraes considera a transparência como uma característica do princípio da eficiência previsto no *caput* do artigo 37 da Consituição Federal, de modo que, com respaldo no entendimento dos dois autores, revela-se lícita a conclusão de que é eficiente a tributação quando transparente.

Esse entendimento também é sustentado por Cassone (2006, p. 128) que defende a aplicação do princípio da eficiência, no tocante à seara tributária, no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário:

o conceito do princípio da eficiência em matéria tributária é composto pelos seguintes aspectos: 1. política tributária – que envolve a escolha do tributo e a verificação do montante de receitas para o Estado poder atingir o fim a que se destina; 2. função legislativa – que envolve a elaboração da norma com perfeição técnica, para não gerar maiores dúvidas; 3. função judicial – que requer, do juiz, a solução justa e adequada ao caso concreto.

Segundo Torres, a eficiência é princípio da Economia e com a emergência da globalização e ressurgimento do liberalismo ganhou corpo no âmbito jurídico. Afirma que a formulação mais refinada do princípio se deve a Pareto. Torres (2006, p. 71), então, trata da eficiência e da Análise Econômica do Direito, fazendo referência a Posner e o criticando com base no pensamento de John Rawls:

Com a globalização da economia e as novas formulações teóricas, a eficiência transmigra para o campo do direito. Richard Posner, magistrado e professor de direito americano, tenta introduzir na temática jurídica, a partir da disciplina por ele apelidada de Análise Econômica do Direito, o princípio da eficiência, que teria por objetivo, dentro de sua visão utilitarista, garantir 'maximização da riqueza' (*wealth maximization*), entendida a riqueza como valor social. Diz Posner que a sua teoria não é ética, mas pragmática. Mas é com a obra capital de John Rawls, intitulada *Uma teoria da justiça*, que o tema da eficiência abandona as suas premissas utilitaristas e passa a ser examinada sob a perspectiva dos princípios jurídicos. Rawls aproveita em parte a sugestão de Pareto e afirma que 'um sistema de direitos e deveres na estrutura básica é eficiente se e apenas se é impossível mudar as regras, para redefinir o esquema de direito e deveres, de forma a que cresçam as expectativas das pessoas representativas (pelo menos uma) sem que ao mesmo tempo diminuam as expectativas de algumas (pelo menos uma) outras pessoas representativas'. Mas Rawls entende que o 'princípio da eficiência permite que haja diversas configurações na alocação de recursos ou na distribuição de bens sequer que 'o princípio da eficiência não serve apenas como concepção da justiça', porém deve ser balanceada também com a equidade e com a concepção da igualdade liberal (*liberal equality*), entendida esta última como igualdade de chance, capaz de suprir as insuficiências da liberdade material apoiada na distribuição desigual de talentos e aptidões.

A eficiência em matéria tributária, especialmente no tocante à arrecadação, já foi considerada como argumento para reforçar razão de decidir por parte do Supremo Tribunal Federal, como se vê na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1851/AL, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão:

A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. [...] a lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. [...]

Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação.

Outrossim, na exposição de motivos elaborada pelo então Ministro de Estado da Fazenda, Antonio Palocci Filho, que acompanhou o projeto de emenda constitucional - que acabou se tornando a Emenda Constitucional nº 41/2003 – o termo “eficiência” é mencionado não menos que cinco vezes em seis folhas de texto. Aquela proposta tinha como tema a “reforma tributária”, cujo foco principal era a implantação de um sistema fiscal mais eficiente. Vale a transcrição de alguns trechos:

Está claro que o Brasil necessita dessa reforma estrutural para elevação de sua eficiência econômica, estimulando a produção, o investimento produtivo e a geração de emprego e de renda. [...] a maior eficiência será alcançada pela simplificação do sistema impositivo, reduzindo-se inclusive o custo do cumprimento das obrigações e do controle pelas administrações tributárias. [...] A superação desse desafio passa necessariamente pelo aumento da eficiência geral do sistema. Ou seja, arrecadar o mesmo, mas de forma mais justa, distribuída e eficiente, não causando impacto na disponibilidade dos entes federativos.

Para Martins, I., (2006, p. 31), o princípio da eficiência no direito tributário tem a seguinte conotação:

Em matéria tributária, o princípio da eficiência deve ser examinado à luz de três aspectos: 1) capacidade dispenditiva do Estado, que deve estar vinculada à correta utilização dos tributos arrecadados a bem da comunidade; 2) justiça da tributação e geração de desenvolvimento econômico e social, pela exata detecção dos limites da capacidade contributiva e das imposições e estímulos necessários para que a sociedade progrida; 3) justo combate à sonegação, para que não gere descompetitividade. Qualquer desconfiguração de um dos três fatores administrativos acaba por provocar descompassos em todos eles. O

princípio da eficiência, em matéria tributária, portanto, pode ser definido como 'a adoção de política tributária com mecanismos e instrumentos legais capazes de gerar desenvolvimento e justiça fiscal, sendo, pois, a arrecadação, mera consequência natural e necessária, para que, sem ferir a capacidade contributiva, gere serviços públicos à comunidade proporcionais ao nível impositivo'.

Portanto, pode-se concluir que o princípio da eficiência tem previsão constitucional e sua observação é obrigatória para os três Poderes em todas as matérias constitucionais. Especialmente em relação ao direito tributário, deve ser o norte na elaboração das leis tributárias, com vistas ao desenvolvimento econômico; na execução dos comandos legislativos, notadamente, na fiscalização e arrecadação; e nas decisões judiciais que discutam a interpretação e a aplicação das leis tributárias. Essa conclusão serve de fundamento para as soluções sugeridas nos tópicos seguintes, em que a repetição do indébito deve ser concedida, desde que se justifique também do ponto de vista do princípio da eficiência.

3.1.3 A Eficiência Tributária e o Desenvolvimento Econômico

Remonta a Smith (2006, p. 487) a idéia de que o tributo deve ser em montante tal que seja o mínimo necessário, a fim de evitar a desapropriação indevida do cidadão: "todo o imposto deve ser architectado tão bem que tire o mínimo possível do bolso das pessoas para além do que traz para o erário público". Essa idéia desenvolveu-se ao longo da história, mas sempre manteve a matriz de que aquilo que é exigido sem guardar relação com o estritamente necessário para a manutenção de um mínimo de serviços públicos torna o tributo discutível dentro de um critério de justiça.

Nessa linha, Berliri (1978, p. 47) afirma que há tributo justo e tributo político. Esse necessariamente não é uma contraposição ao primeiro tipo, mas sim a instituição de uma exação para fins outros que não a arrecadação (finalidade extrafiscal):

el 'impuesto justo' queda definido como la cuota individual correspondiente al reparto justo de los gastos de un determinado grupo de servicios públicos, cuando el reparto se conciba como fin em si mismo, es decir, sin asignarle outro objetivo que no sea el de asegurar la cobertura del gasto al que se hace frente colectivamente. Hemos definido, em cambio, como impuesto 'político' y redistribuidor el que provoca una desviación del impuesto 'justo', dirigida a utilizar el reparto de los gastos públicos como un

médio para la consecución de um fin ulterior, sea político, social o económico.

Em verdade, tratar da tributação acaba por envolver questões complexas acerca de direitos fundamentais, em especial a liberdade. A relação entre liberdade para a atividade econômica e intervenção estatal segue lógica semelhante à justificação para a cobrança dos tributos. A exação só pode ser exigida no estrito limite do necessário, assim como a atuação interventiva do estado nas atividades econômicas deve ser subsidiária (apenas quando estritamente necessário). Para tanto, vale a transcrição de Nabais (1998, p. 205):

o princípio da livre disponibilidade (econômica) dos indivíduos implica, por um lado, que a ordem jurídica da economia garanta uma economia de mercado (ou privada), em que o processo econômico caiba primariamente à livre iniciativa individual, e que o estado desempenhe tarefas econômicas supletivas ou subsidiárias, isto é, aquelas tarefas que só ele pode desempenhar, ou que ele pode desempenhar melhor do que os agentes econômicos privados, em termos tanto de otimização da actividade econômica como da minimização do desaproveitamento das forças produtivas.

De acordo com o ideário humanista que informou o Estado Democrático de Direito, o cidadão deve gozar da plenitude de seus bens, ficando a seu cargo e arbítrio a disposição sobre eles, de modo que é contra a liberdade a obrigação de se entregar parcela de patrimônio sem que haja uma contrapartida específica para tanto.

Entretanto, por razões de conveniência, o cidadão acaba por ceder parte de sua liberdade patrimonial, para alcançar contraprestações potenciais, em forma de serviços públicos. Mas só deve aceitar essa expropriação até o limite do estritamente necessário. Portanto, fica clara a relação de tensão entre liberdade e pagamento de tributos⁹³.

O atual modelo de Estado (valendo como exemplo o brasileiro) tem se tornado de tal complexidade (leia-se extensão) que a manutenção desse Estado Fiscal tem ocasionado sobremaneira a oneração do setor econômico, de forma a

⁹³ “O relacionamento entre liberdade e tributo é dramático, por se afirmar sob o signo da bipolaridade: o tributo é a garantia da liberdade e, ao mesmo tempo, possui a extraordinária aptidão para destruí-la; a liberdade se autolimita para se assumir como fiscalidade e se revolta, rompendo os laços da legalidade, quando oprimida pelo tributo ilegítimo. Quem não percebe a bipolaridade da liberdade acaba por recusar legitimidade ao próprio tributo” (TORRES, 1995, p. 6).

criar empecilhos à eficiência, uma vez que o desnível entre produção e tributação gera a não alocação dos recursos de forma ótima.

São diárias as manifestações acerca da excessividade da carga tributária e quais são seus malefícios para o crescimento econômico. Do mesmo modo, é pauta obrigatória das campanhas eleitorais a reforma tributária (tanto formal – procedimentos - quanto material – redução na arrecadação). Entretanto, sabe-se que o Estado atual é refém da arrecadação já instalada e a tendência é sempre a majoração⁹⁴.

Esse contexto acaba por tornar a função fiscal dos tributos um peso demasiado para o setor econômico, uma vez que a entropia⁹⁵ do sistema de produção está cada vez mais comprometida. Em outras palavras, no processo de criação de riqueza uma parcela extremamente significativa é “perdida”, não retornando, em regra, para a geração de nova riqueza, o que se configura como uma falha na alocação ótima dos recursos.

Do ponto de vista da eficiência tributária, a arrecadação não pode ser o foco central do Estado, devendo buscar a obtenção menos onerosa – diminuindo, inclusive, as necessidades estatais - e promover a melhor alocação possível dos recursos, em outras palavras, respeitar o princípio da proporcionalidade⁹⁶. Nessa linha de sugestões e tomando por base a obra de Jean Rivero, Nogueira (1997, p. 170) assim trata da questão:

⁹⁴ Para comprovar o que está contido nesse parágrafo, basta verificar qualquer impresso diário. Por exemplo, a edição do dia 18 de maio de 2007 do Jornal **Valor Econômico** traz duas notícias que se engajam no temário. A primeira delas: “O presidente Luiz Inácio Lula da Silva aproveitou ontem a primeira reunião do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social em seu segundo mandato para fazer uma defesa enfática da necessidade de realização de novas reformas no país. O presidente mencionou três: da Previdência, a trabalhista e a tributária.”. A segunda, tratando de como o orçamento público já conta com a arrecadação como “mínima”, tornando mais provável o aumento do que a diminuição da carga: “A Previdência vai cobrar do Tesouro o que deixar de arrecadar com a desoneração da folha de pagamentos das empresas que empregam mão-de-obra intensiva, medida em estudo na área econômica para compensar perdas de setores afetados pela apreciação cambial”.

⁹⁵ Conceito emprestado da termodinâmica em que se busca o equilíbrio dos componentes dentro de um sistema fechado, estudando a manutenção ou perda de matéria de acordo com a interação entre seus elementos.

⁹⁶ “O princípio da eficiência encontra íntima relação com o princípio da proporcionalidade, representando um instrumento de controle e adequação dos meios aos fins. Serve para verificar se os instrumentos utilizados são os mais eficazes para o alcance do objetivo almejado, se os mecanismos aplicados são os menos penosos – para a administração e para o administrado – no alcance das finalidades públicas, se o esforço da medida é compatível com o montante do benefício – inclusive do ponto de vista financeiro. A eficiência, assim, revela-se pela razoabilidade do método, pelo repúdio ao excesso, tanto nos instrumentos de controle, quanto nas formas de aplicação do direito material. A atuação eficiente, a par de inteligente e ágil, deve ser proporcional” (GOLDSCHMIDT; VELLOSO, 2006, p. 195).

a teoria da responsabilidade do poder público, adverte com propriedade esse autor, quando posta em prática, seja no domínio econômico ou no tributário, envolve problemas difíceis. Difíceis – também reconhecemos – mas não de solução impossível. A questão se põe em duas vertentes: dosagem de tributação, em termos democráticos (critério de justiça fiscal) e aplicação equilibrada das receitas obtidas dos contribuintes. O problema não é novo e depende basicamente de vontade política, na medida em que nas modernas constituições, sobretudo na brasileira, extenso catálogo de princípios estabelece os critérios para a concretização desse desiderato (capacidade contributiva, progressividade, personalização do tributo, desagravação de produtos essenciais à sobrevivência da população, etc.).

Para tanto, é necessário que se promovam reformas, não só no sistema tributário, mas na própria estrutura do Estado, como bem sugere Nabais (1998, p. 202-203):

torna-se cada vez mais claro que o problema da actual dimensão do estado, mera decorrência do crescimento da sua actuação económico-social, apenas pode solucionar-se (*rectius*, atenuar-se) através da moderação desse intervencionismo, moderação que implicará, quer o recuo na assunção das modernas tarefas sociais (realização dos direitos económicos, sociais e culturais), quer mesmo o abandono parcial de algumas tarefas tradicionais. Com efeito a crise do actual estado, diagnosticada e explicada sob as mais diversas teorias, passa sobretudo pela redefinição do papel e das funções do estado, não com a pretensão de o fazer regredir ao estado mínimo do liberalismo oitocentista, actualmente de todo inviável, mas para o compatibilizar com os princípios da liberdade dos indivíduos e da operacionalidade do sistema económico, procurando evitar que o estado fiscal se agigante ao ponto de não ser senão um envólucro de um estado em substância dono (absoluto) da economia e da sociedade pela via (pretensamente) fiscal.

Do ponto de vista da Análise Económica do Direito, a arrecadação tributária está intimamente ligada com a questão do dispêndio do Estado, conforme esclarece Floriano Corrales (1998, p. 170), tratando do gasto público:

tanto en su aspecto directo – el dirigido a ofrecer a los ciudadanos los bienes y servicios que han de satisfacer sus necesidades colectivas, carreteras, hospitales, juzgados, etc. -, como en el indirecto – las transferencias que pone a disposición de aquellos para quienes el grupo político ha decidido establecer ayudas. También las normas relativas al gasto, especialmente la reguladora de los presupuestos públicos pueden y deben ser analizadas desde las perspectivas de los incentivos que genera en los individuos. Un aspecto meramente cuantitativo, nos lleva a la conclusión de que un gasto público desmesurado en relación con el nivel de renta nacional, podría desincentivar a la población de generar ingresos, cuando éstos tendrían lógicamente que ser gravados desproporcionadamente respecto a la utilidad marginal de las rentas gravadas. Más aún, incluso las transferencias pueden provocar situaciones ineficientes. Por ser el caso más discutido, citaremos el supuesto del subsidio de desempleo. Es obvio, que su finalidad primaria no es otra que mantener al desempleado en el período que media desde que es

despedido hasta que encuentra trabajo. Pero la norma reguladora, para ser eficiente, no puede provocar un desincentivo para salir de la situación de parado. En esta dirección se manifiesta los defensores de la economía de oferta, además del sentido común, cuando señalan el sumo cuidado con el que deben establecerse legalmente las cuantías y los plazos de percepción del subsidio, para evitar los efectos ineficientes que pueden provocar si desincentivan la búsqueda de empleo, máxime si esto va unido a una falta de control que permite al perceptor del subsidio compatibilizar la transferencia con actividades en la economía sumergida.

Por fim, esclarece Pasin (2006, p. 185) que a busca da eficiência no campo tributário e o consequente desenvolvimento econômico são obtidos pela configuração de uma carga tributária que não seja confiscatória, em atenção aos fundamentos de uma Justiça Fiscal, fato que difere uma “autêntica política tributária” de uma singela “política de arrecadação”.

3.2 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

3.2.1 Apontamentos Doutrinários

A relação obrigacional nos primórdios romanos, nos termos que prevalece até hoje nos sistemas da *civil law*, exige uma causa, algum fundamento jurídico para que possa existir.

A transferência da riqueza entre os sujeitos de direito, portanto, deve estar devidamente justificada por uma razão jurídica. Na sua falta, o aumento patrimonial torna-se ilícito, desafiando intervenção jurisdicional cujo objetivo é o restabelecimento do *status quo ante*, vale dizer, a coisa retorna ao antigo proprietário.

Essa falta de causa jurídica para a transferência patrimonial é o que originou o instituto do enriquecimento ilícito, cujo pagamento indevido é espécie. No plano do direito civil, o enriquecimento ilícito passou a ser previsto apenas no Código Civil de 2003 nos artigos 884 e seguintes. Em revista à doutrina civilista, o enriquecimento ilícito ganha conceito muito próximo entre os diversos estudiosos da matéria. Coelho, F., (2004, p. 73) trata da seguinte forma do enriquecimento ilícito:

enriquecimento sem causa é a vantagem patrimonial auferida por um sujeito de direito sem fundamento jurídico. O enriquecimento indevido importa a obrigação para o sujeito que auferiu a vantagem patrimonial infundada (enriquecido) de compensar o sujeito às custas de quem aumentou seu patrimônio (prejudicado).

Gagliano e Pamplona Filho (2004, p. 372) conceituam essa espécie de ato unilateral que é fonte das obrigações como a situação em que uma das partes experimenta um benefício sem justificava em detrimento da outra, que empobrece, apresentando o seguinte exemplo: “é o que ocorre, por exemplo, quando uma pessoa, de boa fé, beneficia ou constrói em terreno alheio, ou, bem assim, quando paga uma dívida por engano. Nesses casos, o proprietário do solo e o recebedor da quantia enriqueceram-se ilicitamente às custas de terceiro”.

Na mesma linha, afirma Monteiro (2003, p. 440) que “ocorrendo o enriquecimento desmotivado, por não ter causa que justifique o enriquecimento, a devolução sempre é devida, inclusive se a causa deixou de existir”.

Venosa (2003, p. 200 e 211) assim trata do enriquecimento ilícito, fazendo ainda analogia com o direito tributário:

pode ocorrer que esse enriquecimento, ora decantado, opere-se sem fundamento, sem causa jurídica, desprovido de conteúdo jurígeno, ou, para se aplicar a terminologia do direito tributário, sem fato gerador. Alguém efetua um pagamento de dívida inexistente, ou paga dívida a quem não é seu credor, ou constrói sobre o terreno de outrem. [...] concluímos que existe enriquecimento injusto sempre que houver uma vantagem de cunho econômico em detrimento de outrem, sem justa causa. Esse é o sentido do art. 884 do novo Código: 'Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à causa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários'

Pereira (2003, p. 452) afirma que toda aquisição patrimonial deve decorrer de uma causa, seja ela um ato de apropriação ou uma liberalidade, afinal ninguém enriquece do nada. Portanto, o ordenamento jurídico condena que alguém obtenha proveito econômico às custas de outrem. A causa para o enriquecimento deve existir e também subsistir, pois uma vez ausente, tal acréscimo é condenável perante o sistema.

Comentando o Código Civil, Lucca (2003, p. 109) disserta sobre a justa causa:

nem sempre o enriquecimento de uma pessoa em detrimento de outra é sancionado pelo Direito. Havendo razões de ordem jurídica a justificar o aumento patrimonial nada há a reparar. Se "A", em razão de disposição contratual expressa, retém para si o valor entregue por "B", a título de arras, em razão do inadimplemento deste último, sofrerá um aumento patrimonial que não fugirá aos limites da lei, não obstante "B" ter suportado um prejuízo. [...] numa tentativa didática, pode-se dizer que justa causa é o motivo abrigado na ordenação jurídica, ali encontrando respaldo para justificar a aquisição, modificação ou extinção de um direito. Em sentido contrário, inexistindo esse respaldo, haverá ausência de justa causa porque o Direito não aprova o enriquecimento fora daquelas hipóteses que contemplou.

De acordo com as definições acima apresentadas, constata-se que só surge a obrigação para um devedor na medida em que há uma justa causa de natureza jurídica, seja a lei, seja o contrato, que configura o direito subjetivo de um credor exigir a prestação.

A obrigação tributária em muito se assemelha à estrutura da obrigação oriunda do direito civil, no que toca à existência de um sujeito ativo e um passivo e que são ligados por um liame jurídico, não se olvidando a nuance peculiar à primeira, que é o atendimento ao regime de direito público, vale dizer,

desnívelamento em prol do Estado, sob chancela da prevalência do interesse público sobre o particular. O entendimento tributário clássico é no sentido de que a repetição do indébito civil e a repetição do indébito tributário possuem mais semelhanças que diferenças. A matéria está regulada no artigo 165 a 169 do Código Tributário Nacional. O primeiro artigo prevê o pagamento indevido e sua consequência:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face de legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II – erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Em comentário ao artigo 165 do Código Tributário Nacional, Machado, H. (2002, p. 175) apresenta a interpretação aos três incisos daquele artigo, que são as causas de pedir para a demanda de repetição de indébito tributário:

As duas primeiras hipóteses referem-se a tributos pagos sem que tenha havido litígio a respeito. A primeira, a rigor, abrange a segunda, pois, na verdade, se o indébito resultou de erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota, no cálculo ou na elaboração de qualquer documento relativo ao pagamento do tributo, inegavelmente houve pagamento indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido. Já a terceira hipótese diz respeito aos casos em que o sujeito passivo pagou em face de decisão condenatória. Questionou e perdeu. Diante da decisão que o condenou ao pagamento, pagou. Mas continuou questionando e finalmente conseguiu o desfazimento daquela decisão. O CTN refere-se a reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória. Para efeitos práticos não importa a distinção entre esses diversos modos de desfazimento da decisão, pois conduzem ao mesmo resultado, que é o de ensejar a restituição do indébito. Não custa, porém, esclarecer o sentido de cada uma dessas expressões. Há reforma quando o desfazimento se dá por decisão de órgão superior, com exame de mérito; anulação, quando apenas por vício formal; revogação, quando o próprio órgão prolator da decisão a modifica, em face de recurso que admita retratação; e, finalmente, há rescisão quando a decisão já havia transitado em julgado e é desfeita mediante ação rescisória.

Em comentário ao artigo 165 do Código Tributário Nacional, Amaro (2007, p. 419) esclarece que:

O Código Tributário Nacional disciplina o pagamento indevido de tributo (ou melhor, a restituição de valores indevidos, pagos a título de tributo) no capítulo da 'extinção do crédito tributário', logo após cuidar da primeira das formas extintivas da dívida tributária (o pagamento). A inclusão do tema nesse capítulo funda-se em que o pagamento indevido se opera justamente quando alguém, posto (ou pondo-se) na condição de sujeito passivo, recolhe uma suposta dívida tributária, espontaneamente ou à vista de cobrança efetuada por quem se apresenta como sujeito ativo.

O autor leciona que o tratamento da matéria feito pelo Código se deu de forma incorreta, porque se trata com mais atenção de um rótulo falso do que do verdadeiro conteúdo, uma vez que não há que se falar em tributo – pois inexistia relação tributária – mas sim de valores recolhidos indevidamente. Outrossim, não há que se falar em sujeito passivo ou ativo, pois não houve relação válida que justificasse essa nomenclatura. E mais: apesar de ser considerado como extinção do crédito tributário, o pagamento indevido não está relacionado nem com obrigação tampouco com crédito: o que ocorreu foi ato administrativo irregular de lançamento e pagamento ou pagamento sem lançamento.

Nesse ponto, Carvalho, P., (2007, p. 492-493) discorda de Amaro, assim expondo:

A importância recolhida a título de tributo pode ser indevida, tanto por exceder ao montante da dívida real quanto por inexistir dever jurídico de índole tributária. Surge, então, a controvertida figura do *tributo indevido*, que muitos entendem não ser verdadeiramente tributo, correspondendo antes a mera prestação de fato. Não pensamos assim. As quantias exigidas pelo Estado, no exercício de sua função impositiva, ou espontaneamente pagas pelo administrado, na convicção de solver um débito fiscal, têm a fisionomia própria das entidades tributárias, encaixando-se bem na definição do art. 3º do Código Tributário Nacional. A contingência de virem a ser devolvidas pelo Poder Público não as descaracteriza como tributo e para isso é que existem os sucessivos controles de legalidade que a Administração exerce e dos quais também participa o sujeito passivo.

Tratando da regulação da matéria pelo Código, Amaro esclarece que o *solvens* pode ser tanto aquele que figurou como devedor principal como aquele que agiu como responsável. A despeito da previsão legal da repetição poder ser total ou parcial, afirma que em verdade será sempre total, de modo que o que consta na lei é falha da expressão, quando se queria afirmar que a repetição total pode ser de parcela do valor pago, uma vez que a outra parte era devida. Outrossim, não só o pagamento pode ser restituído, mas também outras formas extintivas do crédito, como a compensação e a conversão de depósito em renda. Da mesma forma, o

autor esclarece que pouco importa a forma como se deu o lançamento, há sempre direito à restituição, desde que seja irregular (AMARO, 2007, p. 419-421).

A última das questões mencionadas por Amaro, qual seja, a relação entre repetição e a espécie de lançamento, tem importância para efeitos de prescrição, sobretudo depois da edição da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, ora comentada por Harada (2007, p. 589-590):

Procurando encurtar o prazo prescricional da ação de repetição, que varia de cinco anos e um dia até dez anos, pelo seu art. 3º veio conferir **efeito interpretativo** ao inciso I do art. 168 do CTN, para consignar que a *'extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei'*. Em outras palavras, o crédito tributário estaria extinto antes de sua constituição definitiva pelo lançamento que é ato privativo do agente administrativo tributário. Isso equivale a reduzir o prazo prescricional para repetição de indébito, que é de até 10 (dez) anos, para 5 (cinco) anos. [...] a chamada interpretação autêntica não tem, nunca teve e jamais poderá ter o condão de alterar a interpretação dada pelo Poder Judiciário, detentor único da prerrogativa de aplicar a lei em última análise. A atividade preponderante do Legislativo é a de elaborar normas jurídicas gerais e abstratas para regular a convivência social. Não é sua função interpretar as leis que elabora. [...] Daí a absoluta impossibilidade jurídica de derogar o entendimento jurisprudencial, acerca de determinado dispositivo legal, pelo Poder Legislativo, por via de preceito interpretativo como o do dispositivo sob comento.

Harada (2007, p. 591) esclarece que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão foi de afastar o critério interpretativo da norma, deliberando que o novo prazo somente valeria a partir de junho de 2005, quando passou a vigor a Lei Complementar nº 118/2005, entendimento firmado à unanimidade na 1ª Seção daquela Corte no julgamento do Recurso Especial nº 327.043, cujo relator foi o Ministro João Otávio de Noronha.

Sobre a justificativa jurídica para a repetição do indébito tributário, Kiyoshi Harada afirma que a equivocada fundamentação do pedido com base em justificativa ética e moral de Pompônio – o princípio que veda o enriquecimento ilícito – acabou por provocar a confusão entre aspecto jurídico e econômico. Para ele, o tributo indevido deve ser restituído em virtude do princípio da legalidade tributária, vale dizer, não havendo lei que justifique, a devolução é devida. Por essa razão acredita que só é parte legítima para a demanda ressarcitória a parte que figurou na relação jurídica tributária e não quem suportou o ônus tributário (HARADA, 2007, p. 587).

Nesse mesmo sentido, de que a justa causa da obrigação tributária é a lei⁹⁷, decorrência do princípio da legalidade que informa o sistema constitucional brasileiro, especificamente previsto no artigo 150, I, da Constituição Federal, tendo como fundamento de origem a previsão genérica do inciso II, do artigo 5º, é a lição de Côelho, S., (2005, p. 838):

A obrigação tributária é *ex lege*. Nela não prospera o brocardo do Direito Privado segundo o qual quem paga mal paga duas vezes, nem se precisa comprovar a justeza do erro (em termos subjetivos). Seja o erro de direito, seja de fato, o tributo pago indevidamente comporta restituição (ou compensação com futuros recolhimentos) [...] erros materiais e alterações judiciais sobre o *an* e o *quantum debeatur* igualmente autorizam a restituição do tributo indevidamente pago ou a repetição do indébito. Pode ocorrer, após o pagamento, que os tribunais venham a declarar ilegal ou inconstitucional a lei fundante da tributação.

Torres (2006, p. 293-294) fundamenta a repetição do indébito tributário na idéia de justiça e equidade, fugindo ao argumento da obediência ao princípio da legalidade tributária:

A obrigação de restituir não é uma obrigação tributária, senão até que lhe constitui o reverso. Caracteriza-se como uma *obrigação de direito público* idêntica a qualquer outra obrigação passiva do Estado. O fundamento da repetição de indébito é a idéia de justiça e equidade, pois a ação visa precipuamente a restituir o contribuinte a sua anterior capacidade contributiva, e não ao mero controle da legalidade formal dos atos da Administração.

Outra questão pertinente à repetição do indébito tributário é a necessidade ou não da prova que o pagamento se deu com base em erro. Essa é uma das principais diferenças entre o instituto no âmbito tributário e o de natureza civil, uma vez que neste há necessidade de que seja comprovado erro no pagamento.

⁹⁷ Embora válida a afirmação de que a lei é a justa causa para a obrigação tributária, é importante o alerta: a lei, apenas pelo texto estar em forma de lei, não torna o tributo válido e indiscutível, como é óbvio e até certo ponto cansativo – se não fosse fundamental – de se discutir. Com a maestria peculiar, bem retrata Gustavo Zagrebelsky: “la ley era la ley, benéfica o maléfica, por moderada o cruel que fuera, y no se le podía oponer ningún outro derecho. El estado que actuaba según las leyes era, solo por ello, legal y legítimo. El facismo y el nazismo se adornaban incluso com el título ‘científico’ de estados de derecho, y pudieron hacerlo porque la fuerza de ley, de por si, no distingue derecho de delito. Especuladores, aventureros, ideólogos, fanáticos e incluso movimientos criminales, organizados com técnicas eficaces para la conquista sin prejuicios del poder, han pretendido legitimidad para sus acciones al amparo de leyes hechas por ellos mismos, por médio del control total sobre las condiciones de la producción legislativa que habían alcanzado: consenso social, opinión pública, hacedores técnicos parlamentarios y gubernativos. Con la consecuencia de que los poderes que se atribuían podían denominarse ciertamente como legítimos em el sentido de legales, siendo calificables al mismo tiempo como usurpaciones, esto es, poderes autoproclamados y auto conferidos” (ZAGREBELSKY, 2004, p. 19).

Sobre o tema, veja-se a posição de Baleeiro (2007, p. 882), comentando o fundamento da repetição civil baseada nos ensinamentos de Pomponio e a aplicação desse entendimento ao Direito Tributário:

No Direito Fiscal brasileiro, em certo tempo, houve controvérsia acerca da aplicação daquela regra multissecular e de base ética, porque o Erário invocava a necessidade de o contribuinte provar que pagara por erro. [...] Mas a melhor doutrina e a jurisprudência reagiram demonstrando que, pela natureza compulsória dos tributos, o *solvens*, quem os paga, não teve escolha, a menos que se sujeitasse aos vários vexames decorrentes dos privilégios do *accipiens*, no caso, o Fisco.

A atualizadora da obra de Aliomar Baleeiro, a professora de Direito Tributário da Universidade Federal de Minas Gerais, Mizabel Abreu Machado Derzi (2007, p. 882), confirma a posição daquele autor:

Não obstante, o direito à restituição, tendo havido pagamento voluntário de dívida inexistente, consagrado em norma de Direito Civil codificada acarreta o ônus do solvens de provar o erro, o que já causou profunda polêmica no Direito Tributário [...] Alerta Aliomar Baleeiro para o fato de que a norma civil (destinada a proteger a autonomia da vontade, manifesta nas doações e contratos em geral) é inaplicável ao Direito Tributário, em que a compulsoriedade com a instituição ex lege do tributo é característica essencial das obrigações.

Em resumo, são esses os aspectos doutrinários relevantes acerca da repetição do indébito tributário. A seguir será tratada da evolução do tema perante o Supremo Tribunal Federal.

3.2.2 Do Entendimento do Supremo Tribunal Federal

O aspecto da repetição do indébito tributário que mais causou polêmica perante o Supremo Tribunal Federal foi, sem dúvida, a caracterização do legitimado para postular a devolução dos valores. Tal questão será objeto de análise mais aprofundada adiante. De qualquer forma, conveniente nesse ponto tratar do papel do Supremo Tribunal Federal para a solidificação dos conceitos.

Segundo Torres (2006, p. 294):

o arcabouço do direito à repetição do indébito é de construção nitidamente pretoriana. As normas insertas no CTN constituem mera positividade do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. É bem verdade que a jurisprudência consolidada mereceu, e ainda merece, crítica candente de

parcela significativa de tributaristas pátrios. Nem é menos verdade o fato de que a solução brasileira não encontra paralelo de monta no direito comparado.

A repetição do indébito dos tributos alcançou um primeiro consenso perante o Supremo Tribunal Federal em 13 de dezembro de 1963, quando editou a Súmula nº 71, no sentido de que “embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto”. Segundo o autor antes citado, a conclusão partiu de duas premissas: nos impostos indiretos ocorre o fenômeno da repercussão; o fundamento ético da repetição exige o empobrecimento daquele que pagou, sendo que ausente tal requisito nos impostos indiretos, fica prejudicada a devolução (TORRES, 2006, p. 295).

Vale esclarecer que a súmula precedeu a edição do Código Tributário Nacional, em 25 de outubro de 1966.

Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 546, segundo a qual “cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo”, cuja finalidade foi temperar o entendimento rígido da súmula 71.

De acordo com Torres (2006, p. 296), o entendimento jurisprudencial daquela Corte fixou algumas premissas para as decisões respeitantes à devolução do indébito tributário, notadamente as seguintes:

O Supremo Tribunal Federal pôs-se, desde então, a pesquisar, casuisticamente, se houve, ou não, a translação do tributo. Pode-se inferir que se firmaram algumas constantes no exame de casos concretos. Assim é que: 1º) inexistente a repercussão se a mercadoria é tabelada e não vem incluído na composição do preço o *quantum* do imposto; 2º) dá-se a repercussão todavia, quando, embora tabelada a mercadoria, em seu preço foi incluído o imposto cuja devolução se postula; 3º) não repercute o tributo se, estando o contribuinte sujeito ao regime de estimativa fiscal, inexistente tabelamento, pois o imposto, nesse caso, é absorvido na margem de lucro do comerciante, o que equivale a dizer que o contribuinte *de jure* suporta o respectivo encargo financeiro; 4º) também não repercute o tributo incidente sobre a importação de bens para integrar o ativo fixo, eis que inexistente venda ulterior; nem o ISS, lançado por declaração; nem a taxa pelo exercício do poder de polícia. Inclina-se o Supremo Tribunal Federal, por conseguinte, a rejeitar a repercussão indireta, absorvida nos custos empresariais, por entender que em tais hipóteses o tributo se dilui na margem de lucro e é suportado pelo *solvens*.

O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acabou por inspirar a redação do artigo 166 do Código Tributário Nacional, propiciando grandes críticas por parte da doutrina brasileira que, em sua quase totalidade, afirma o autor,

é contrária ao posicionamento em razão da dificuldade de conceituar a repercussão dos tributos (TORRES, 2006, p. 296).

3.2.3 A Repetição do Indébito Tributário: Breve Incursão no Direito Espanhol

A repetição do indébito tributário não é matéria estranha no direito comparado. Entretanto, diferentemente da doutrina nacional, é costume iniciar o tratamento da questão a partir da classificação em indébitos que já o são desde a origem daqueles que se tornam ilegais após fato superveniente.

Com base nesse entendimento, Corral Guerrero (1978, p. 280) distingue três espécies de obrigações do Estado em devolver tributos.

A primeira delas é a devolução de impostos ilegais ou indevidos, cuja razão é constituída pelo ingresso indevido dividido em dois momentos: o pagamento oriundo de obrigação tributária aparente e a posterior declaração de sua ilegalidade. Essa espécie se caracteriza por ter o contribuinte um direito subjetivo à devolução, sem necessidade de reconhecimento legal expresso; a capacidade econômica do sujeito passivo permanece inalterada; essa espécie de devolução se refere a todas as classes de tributos (CORRAL GUERRERO, 1978, p. 280-281).

A segunda espécie de repetição é aquela relacionada a impostos legais, mas que se tornam injustos. A obrigação de devolver também se caracteriza em dois momentos: um pagamento legítimo, de acordo com o Direito e um fato posterior que faz desaparecer a capacidade econômica do contribuinte, de forma que o pagamento revela-se injusto e passível de devolução. O autor cita como exemplo a invalidez de um negócio jurídico que serviu de base para o surgimento do tributo. As características dessa espécie, segundo Corral Guerrero, podem ser sintetizadas da seguinte forma: existência de um direito subjetivo de receber que requer um reconhecimento expresso por parte do ordenamento jurídico; o desaparecimento da capacidade contributiva (econômica) após a verificação do fato gerador; esta espécie não se aplica a todos os tributos, mas apenas em casos expressos em lei (CORRAL GUERRERO, 1978, p. 281-283).

A terceira e última espécie, segundo o autor, de repetição de indébito tributário é a devolução de tributos legais⁹⁸. Essa obrigação possui dois momentos,

⁹⁸ Poder-se-ia enquadrar nessa espécie, no contexto brasileiro, a questão dos créditos de PIS e Cofins, conforme noticiado na seguinte matéria: "O estudo estima que a União deva às exportadoras

quais sejam, um pagamento legítimo e um fato posterior ao nascimento da obrigação que não altera a capacidade contributiva. Corral Guerrero (1978, p. 284) cita os seguintes casos como exemplos dessa modalidade:

constituyen ejemplos de 'hechos posteriores sobrevenidos': la *exportación de bienes*, respecto de la tributación indirecta soportada por ellos; la *exportación de bienes importados*, con valor añadido nacional, respecto de los Derechos arancelarios, la *adquisición de determinados bienes* de fabricación nacional, respecto de los impuestos sobre transferencias empresariales.

As características dessa última espécie são a existência de um direito subjetivo de devolução que exige um reconhecimento expresso do ordenamento; a capacidade econômica não se altera; tratam-se de “reintegros” geralmente de natureza política, com objetivo de fomento.

Frise-se que a classificação apresentada por Corral Guerrero não é, em regra, prevista nos ordenamentos jurídicos internacionais. Conforme esclarece Fernando Casana Merino, apenas a Alemanha possui regramento expresso em sua legislação tributária (*Abgabenordnung*) que diferencia a devolução de tributos que ingressaram de forma ilegal daquela que decorre do pagamento legítimo que em razão de fato posterior motiva a repetição. Segundo o autor, a nomenclatura correta seria devolução no primeiro caso e reembolso no segundo (CASANA MERINO, 1992, p. 19).

Casana Merino (1992, p. 19-20) trata da experiência legislativa de outros países, inclusive do Brasil, iniciando pelo sistema francês, comentando o *Code général des impôts*:

Esta normativa se ocupa esencialmente de la devolución de impuestos indebidos, aunque también se refiere a algunos supuestos de devolución de impuestos en principio debidos – como el relativo a la anulación de operaciones en los Derechos de Registro y Timbre, que gravan las

cerca de R\$ 45,7 bilhões, em valores corrigidos pela Selic, em créditos de PIS e Cofins – que devem ser pagos em dinheiro. [...] A briga em torno do pagamento de créditos de PIS e Cofins atinge empresas que vendem ao exterior, mas não são consideradas preponderantemente exportadoras pela lei – casos em que menos de 70% da receita bruta é proveniente de exportações. Empresas nesta situação pagam PIS e Cofins na aquisição de matérias-primas no mercado interno, mas não os recolhem na exportação do produto, isenta de tributação. Por isso, acumulam os créditos dessas contribuições, que podem ser usados para quitar tributos federais ou podem ser recebidos em dinheiro. Muitas empresas, porém, por registrarem prejuízos, não têm como ‘gastar’ os créditos. Outras têm tantos acumulados que pagam todos os seus tributos e ainda registram sobra. É nestas situações que pedem o ressarcimento em dinheiro à Receita Federal, o que é assegurado por lei” (BAETA, 2007, p. E1).

transmisiones de bienes – pero en cualquier caso carece, a diferencia de la Ordenana Tributaria Alemana, de una configuración genérica que separe las dos especies de devolución de ingresos indebidos y de ingresos debidos. Otros Códigos – Código Fiscal de la Federación de Méjico, Código Tributario Chileno, Código Tributario de Principios Generales del Perú y el Código Tributário Nacional de Brasil – sólo se refieren a la devolución de tributos que desde un principio fueron indebidamente ingresados. La Ley General Tributaria española – art. 155 – tampoco distingue entre devolución de ingresos indebidos y devolución de ingresos en principio debidos, y el derecho italiano carece de una normativa general relativa a la devolución, no recogiendo la división de la figura en los sentidos indicados.

No presente trabalho, para todos os efeitos, trabalha-se com a repetição de indébito de primeira espécie, nos termos da classificação de Corral Guerrero e nos termos tratados no Código Tributário Nacional.

Acerca da figura da repetição do indébito na doutrina espanhola, como o ingresso indevido desde o início, Casana Merino (1992, p. 47-48) ressalta suas principais características como as seguintes.

Em primeiro lugar, trata-se de uma obrigação legal, que surge como consequência do não cumprimento de determinadas disposições, o que a afasta das obrigações originadas pelos contratos ou quase-contratos.

Em segundo lugar, a obrigação nasce como consequência de um ingresso na Fazenda Pública que inicialmente era considerado ilícito ou ilegal. Por isso se diferencia das obrigações de reembolso, em que os ingressos eram em princípio legítimos e válidos, mas em razão de acontecimentos supervenientes resultaram em enriquecimento injusto para a Administração, que também terá a obrigação de restituir.

Em terceiro lugar, a obrigação de devolver nasce com independência de qualquer que seja a causa que motivou o pagamento ilegal. Portanto, defende um conceito amplo de devolução, que pode se originar de um pagamento em duplicidade, erro de fato ou de direito, nulidade, prescrição da dívida tributária satisfeita ou de qualquer outra causa, de forma que todo ingresso obtido à margem de um procedimento estabelecido sem cobertura legal suficiente deve ser devolvido.

Por fim, como quarta característica, os efeitos da obrigação de devolver também se referem à devolução daquilo que foi indevidamente ingressado por conta da Fazenda Pública – independentemente de atuação particular - e que deram lugar a um enriquecimento injusto por sua parte.

Em razão dessas características, o autor define a devolução dos ingressos indevidos da seguinte forma: “aquele vínculo jurídico nacido por disposición de la ley

como consecuencia de un ingreso ilícito o ilegal por parte del contribuyente en la Hacienda Pública, y que tiene como efecto la obligación de devolver lo indebidamente ingresado, dando así satisfacción al derecho del perjudicado” (CASANA MERINO, 1992, p. 48).

Casana Merino (1992, p. 56-58) distingue dois fundamentos para a devolução dos ingressos indevidos: um remoto ou mediato e outro próximo ou imediato. O primeiro é a vedação ao enriquecimento injusto ou obtido sem causa. Já o segundo, é a ilegalidade do ato de pagamento, sendo que o autor entende como imprescindível que tal impropriedade seja reconhecida pela Administração ou pelo Judiciário para que se destrua a presunção de validade estabelecido para os atos administrativos em geral. Tais fundamentos não fogem àqueles apresentados quando se tratou do posicionamento doutrinário nacional acerca do tema.

Garcia Novoa (1993, p. 58-59), tratando especificamente do sistema tributário espanhol, apresenta os fundamentos constitucionais daquele ordenamento para a devolução do indébito tributário. O primeiro princípio do qual decorre a obrigação de se devolver é o da reserva da lei, que define como sendo o limite do sistema de produção de normas jurídicas com eficácia constitutiva de obrigações tributárias. Portanto, o tributo só existe se está prévia e expressamente indicado na lei, como ato do Poder Legislativo. A complementação desse princípio é o da legalidade, no sentido de que a Administração só poderá agir se respaldada em lei. Com base nessas conclusões, Garcia Novoa (1993, p. 60) afirma:

sería indebido cualquier tributo exigido sin base legal, puesto que sólo la ley puede determinar los hechos que definen el derecho del Estado a exigir los tributos y legitimar la retención de las sumas pagadas. [...] Por otro lado, en cuanto la ley ha de fijar la cantidad a pagar, la 'vinculación positiva' de la ley exige que la aplicación del tributo se haga através de actos administrativos cuyo contenido específico sea el que la ley quiere y no otro.

Outrossim, o autor afirma que a devolução também se justifica de um ponto de vista do princípio da igualdade – em sentido amplo, pois ninguém pode ser obrigado a fazer algo sem lei que o defina, de modo que alguns contribuintes podem ser onerados indevidamente enquanto em relação a outros, a garantia da legalidade é respeitada - e da capacidade contributiva – pois, aquele que paga sem razão, paga mais do que sua capacidade, como prevista pelo legislador (GARCIA NOVOA, 1993, p. 62-67).

Para finalizar, apresenta-se a exposição de Dallazem acerca do papel do Tribunal Constitucional Espanhol:

O Real Decreto 1163/1990 regula o procedimento para as devoluções de pagamentos indevidos de natureza tributária. Embora esse diploma legal não inclua como causa de devolução a anulação da disposição que servia de respaldo para a exigência do tributo, os supostos a que se refere seu artigo 7º não esgotam todos os casos em que se pode fundar uma petição de restituição. A questão é determinar se a devolução é um efeito imediato da sentença que declara a inconstitucionalidade de uma disposição ou se é preciso previamente que se anulem os atos de liquidación, ou se for o caso, as autoliquidaciones. A maioria da doutrina tem-se pronunciado pelo segundo caminho, salvo para as partes envolvidas no feito de inconstitucionalidade. Há quem diga que o Tribunal Constitucional Espanhol ainda está devendo a elaboração de uma doutrina satisfatória sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas tributárias, especialmente sobre o regime de devolução de ingressos realizados em virtude de normas declaradas inconstitucionais.

Diante do exposto, conclui-se que o tratamento da repetição do indébito, com especial atenção para a Espanha, não difere do tratamento dado pelo ordenamento brasileiro, com exceção acerca da repercussão do tributo e da legitimidade para pleitear a devolução, que não desperta a atenção dos doutrinadores estrangeiros.

3.3 A REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO DE UM PONTO DE VISTA ECONÔMICO - PROBLEMATIZAÇÃO

3.3.1 A Impossibilidade de se Evitar o Tributo Ilegal ou Inconstitucional

A repetição do indébito tributário tem como premissa a ausência de justa causa para a exação tributária, vale dizer, em termos empíricos, seja declarada inconstitucional ou ilegal a cobrança do tributo. Esclareça-se que essa afirmação leva em consideração que a repetição ocorre predominantemente por essas razões, mas não exclusivamente, porque ela pode se originar também de pagamentos a maior ou por equívoco, por exemplo. De qualquer forma, interessa para o presente trabalho os casos de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Acerca do sistema tributário brasileiro, acredita-se ser possível afirmar o seguinte: primeiro, é imemorial a garantia da repetição do indébito – remonta a Pomponio e às origens romano-germânicas do ordenamento - diante da ausência da justa causa; em segundo lugar, é fenômeno histórico que surjam teses jurídicas para discussão da idoneidade dos tributos⁹⁹ na mesma proporção em que normas são editadas para a criação ou majoração das exações.

Essa segunda constatação talvez se deva às seguintes razões: no mais das vezes não é possível obter o consenso da maioria dos parlamentares para a votação do texto de lei proposto, obtendo-se apenas o acordo em redação ampla e que será objeto de discussão judicial; em segundo lugar, é possível afirmar que a despeito da existência de órgãos específicos para tanto (comissão para averiguação da

⁹⁹ Como forma de se desincentivar a atitude contestadora dos contribuintes são criados instrumentos, como o depósito na esfera administrativa para interposição de recurso, que acabou sendo extinto recentemente: “Um fato de fundamental importância para a legislação tributária: caiu a obrigatoriedade de depósito de 30% do valor do crédito exigido para entrada de recursos. A decisão foi legitimada pela Receita Federal do Brasil ao baixar o Ato Declaratório Interpretativo nº 16, de 21 de novembro de 2007, pelo qual declarou nulas as decisões que inadmitiram recurso de contribuintes, por falta do requisito em questão, desde que solicitado pelo interessado. Já vem de longa data a exigência do depósito de 30% do valor do crédito exigido para fins de admissibilidade de recursos administrativos ao Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme o artigo 126, parágrafo 1º da Lei nº 8.213, de 1991, cujas competências, atualmente, estão absorvidas pelo Conselho de Contribuintes. Imposição com idêntico propósito e efeito fazia a Receita Federal por meio do artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei ordinária, com a redação que lhe conferiu o artigo 32 da Lei nº 10.522, de 2002: o arrolamento de bens e direitos no valor de 30% do crédito tributário lançado ou o depósito em dinheiro alternativo a esta condição” (SILVA, A. 2007, p. E2).

constitucionalidade da norma¹⁰⁰) no Poder Legislativo, esse estudo não é feito na maioria das vezes com a seriedade e lógica jurídica exigíveis, de forma que quando há dúvida sobre a constitucionalidade, o parecer é pela aprovação mesmo diante do risco ao invés do posicionamento conservador de se votar pelo arquivamento do projeto.

As circunstâncias acima citadas acabaram por incentivar nos contribuintes um espírito de oportunismo – no sentido econômico – cujo objetivo é a maximização da riqueza pessoal mediante a busca de decisões judiciais exoneratórias. Ou seja, editada a lei agravadora, o primeiro passo dos contribuintes é a busca da falha de procedimento (inconstitucionalidade formal) ou a afronta ao texto da Constituição, muitas vezes, em uma interpretação mais que extensiva (inconstitucionalidade material).

Os dois problemas conjunturais acima demonstrados (leis mal elaboradas por falta de acordo político e por falha de elaboração técnica) só vêm agravar a situação periclitante por natureza que é a redação do texto legal.

A lei escrita é composta por signos linguísticos cujos significados não são unânimes ou indiscutíveis, pelo contrário, afirma-se que o texto da lei é essencialmente composto por conceitos indeterminados, que comportam as mais variadas interpretações.

¹⁰⁰ “O controle preventivo, isto é, o método pelo qual se previne a introdução de uma norma inconstitucional no ordenamento, ocorre antes ou durante o processo legislativo. No próprio exercício da iniciativa legislativa, os detentores do poder de deflagrar o processo devem analisar a regularidade do projeto, compatibilizando-o com o texto constitucional. Superada a fase de iniciativa, o projeto é submetido, em primeira mão, às Comissões Legislativas, em especial à Comissão de Constituição e Justiça, onde o tema constitucionalidade volta a lume, podendo participar ainda da fase de discussão do projeto em plenário. As Comissões de Constituição e Justiça, entre outras finalidades, devem verificar a adequação do projeto de lei ou de emenda constitucional à Constituição Federal, quer no que se refere aos aspectos formais do processo legislativo, quer no que diz respeito ao conteúdo desses projetos e sua harmonia com o Texto Maior” (ARAÚJO, 2006, p. 26). Tratando do controle preventivo de constitucionalidade, vale a citação de Dallazem: “Acrescente-se que, num sistema jurídico tal como o brasileiro, onde se fazem presentes certos mecanismos de averiguação da constitucionalidade prévios à edição da norma no próprio trâmite do processo legislativo presume-se que ela, quando publicada, tenha sido preliminarmente analisada e aprovada sob o crivo da constitucionalidade. Essa análise, entretanto, por diversos motivos, pode apresentar falhas, e a inconstitucionalidade somente vir à tona com os mecanismos previstos para acionamento posteriormente à edição da norma. Eis o direito prevendo a forma de correção dos equívocos cometidos em seu nome. No Brasil, aponta-se como controle preventivo ou a priori da constitucionalidade a competência outorgada ao Presidente da República no sentido de vetar projetos de lei por ele reputados como inconstitucionais (artigo 66, §1º, da CF). O Congresso Nacional apreciará o veto e poderá mantê-lo ou rejeitá-lo (artigo 66, §4º, da CF) de modo a aperfeiçoar-se, então, esse chamado controle preventivo, resolvido, em última análise pelo Poder Legislativo após provocação do Poder Executivo. Também as Comissões de Constituição e Justiça realizam o chamado controle preventivo”.

Carvalho, C., (2005, p. 76-77) afirma que o direito trabalha com uma espécie de linguagem digital – única forma de comunicação capaz de criar abstrações, pois descreve o objeto com base em signos independentes – sendo que essa modalidade diverge da linguagem analógica – que é espécie não-verbal de comunicação e é a própria manifestação do objeto, como a expressão corporal ou o ícone. Portanto, estando o direito escrito em signos independentes, a situação de conflito surge nas mais diversificadas formas de reconstruir o símbolo analógico, por isso que se fala em conceitos indeterminados:

os conceitos são formados a partir da indução, a partir da observação de casos concretos e das características comuns entre eles, que permitam agrupá-las numa classe. Um conceito é uma integração mental de duas ou mais unidades, possuindo as mesmas características, com as peculiaridades particulares omitidas. Enquanto classes de objetos, os conceitos têm regras para inclusão de elementos. Por exemplo, no conceito de 'pessoa alta', existirá um núcleo objetivo, onde não haverá controvérsia, como é o caso de um sujeito que meça 1.90 m. Da mesma forma, a altura de 1.80 m ainda pertencerá à classe 'pessoa alta'. Mas e 1.75 m, ainda pertencerá ou não? Da mesma forma, o conceito de 'livro'. Ninguém negará que um livro de 500 páginas atenda à definição do termo. Igualmente um livro de 100 páginas. Mas e um livro de 15 páginas? [...] Destarte, a indeterminação dos conceitos tem íntima relação com a vagueza da linguagem natural. A partir do núcleo duro do conceito, quanto mais deslocarmos para a margem conceitual, mais difusa ficará a possibilidade de um objeto pertencer à classe em questão. [...] A grande dificuldade na hermenêutica é precisar o conceito dos termos jurídicos, principalmente os dispostos nos textos legais. A pragmática jurídica, i. e., a utilização da linguagem do direito pelos seus operadores é que vai determinando, na medida do possível, considerando a própria estrutura da linguagem natural, a determinação dos conceitos. O nível de consenso entre os operadores, é que vai indicar o maior ou menor grau de determinação.

Carvalho, P., (2007, p. 145-146), por sua vez, afirma que:

É preciso reconhecer que a relação jurídica se instaura por virtude de um enunciado fáctico, posto pelo conseqüente de uma norma individual e concreta, uma vez que, na regra geral e abstrata, aquilo que encontramos são classes de predicados que um acontecimento deve reunir para tornar-se fato concreto, na plenitude de sua determinação empírica. Dada, porém, a multiplicidade heterogênea dos conteúdos de significado dos enunciados prescritivos, todos convergindo para outorgar compostura às normas, como unidades irredutíveis de manifestação da mensagem deôntico-jurídica (princípio da homogeneidade sintática das normas do sistema), torna-se relevante eleger uma diretriz para isolar o núcleo semântico que vai identificar, como tributária, determinada regra de direito. Esse isolamento temático, por mais cristalino que se apresente, não pode servir como instrumento de corte metodológico. Sua função é meramente a de um ponto de referência, colhido no sentido de possibilitar o desempenho da atividade interpretativa e descritiva do objeto jurídico. Sim, porque a ordenação positiva, vertendo-se sobre a realidade social, com o objetivo de

regular os comportamentos inter-humanos, abrange campo material extraordinariamente amplo.

A observação empírica dessa condição se dá com abundância na pragmática jurídica, em especial no campo tributário, no qual o princípio da estrita legalidade tem papel de destaque. Por exemplo, o trabalho de delimitação da norma de incidência do imposto de renda, que, ilusoriamente, para um leigo em matéria jurídica, poderia representar tarefa simples, em verdade ocasiona as mais intrincadas batalhas doutrinárias e jurisprudenciais, com as mais variadas espécies de classificações e definições, regras e exceções, conforme se observa na obra de Lemke (1998, p. 141-144):

São dois os principais grupos de teorias sobre a renda, na classificação de García Belsunce, quais sejam: as teorias econômicas e as teorias fiscalistas. Estas, ainda de acordo com a mesma classificação, subdividem-se em teorias da renda-produto, teorias da renda acréscimo patrimonial e teorias legalistas. [...] Concluiu-se que a teoria mais adequada parece ser a legalista, desde que se distingam as teorias legalistas em sentido amplo e sentido estrito. [...] Não havendo um conceito constitucional expresso de renda, o conceito vigente em nosso sistema é o do Código Tributário, já que ele é perfeitamente compatível com os princípios constitucionais e com o conteúdo mínimo do vocábulo renda, antes examinados. [...] O Código Tributário define a renda em sentido estrito e os proventos de qualquer natureza. [...] Para efeitos de distinção entre patrimônio e renda [...] Incluem-se no conceito de renda em sentido amplo os ingressos patrimoniais a título gratuito. Todavia, não se incluem nesse conceito os serviços decorrentes da própria atividade do contribuinte ou do uso de bens de sua propriedade.

Essa é a própria sistemática do Direito, que se constrói por meio da Hermenêutica Jurídica. A despeito de ser natural para os operadores do Direito, essa suposta incerteza e imprevisibilidade da aplicação do Direito¹⁰¹ aos não

¹⁰¹ Sobre o tema, verifica-se o empenho dos doutrinadores em encontrar uma lógica apropriada para o direito, que fuja ao modelo clássico e ao estrito esquema deontico, a fim de se adaptar à realidade dos conceitos indeterminados jurídicos, surgindo como norte a lógica *fuzzy*, por exemplo. “A lógica clássica lida com regras e axiomas binários, tais como a lei de identidade ($A = A$), a não-contradição [$-(A.-A)$] e o princípio do terceiro excluído ($A \vee -A$). A lógica deontica também opera com uma lógica binária no que tange à análise do conjunto de regras jurídicas válidas, significando que as regras pertinentes ao sistema são válidas, enquanto as não pertinentes são inválidas. A forma, de processar as informações advindas do ambiente, também é bivalente: lícito e ilícito. A lógica *fuzzy*, por sua vez, é uma lógica da semântica, i. e., lida com a vagueza e ambiguidade da linguagem natural. No processo de interpretação do direito, principalmente em relação aos conceitos indeterminados, a sua aplicação pode ser relevante. [...] alguns juristas vêm defendendo uma aplicação da lógica *fuzzy* de forma a justificar a teoria do abuso de formas jurídicas em relação à elisão tributária. Em síntese, o código binário lícito / ilícito não se aplicaria de forma a permitir aquela elisão tributária que utiliza formas jurídicas apenas com fins de economia fiscal, pois se dentro de uma lógica binária tais expedientes estariam no campo do lícito, pelo prisma da lógica *fuzzy*, tais condutas estariam numa classificação intermediária, algo como lícito ou meio ilícito, o que poderia ser vedado pelo direito.

iniciados é situação que causa desconforto, sobretudo no âmbito econômico, em que se invoca a cada dia a calculabilidade, vertente da segurança jurídica.

Aliás, como foi visto, a Análise Econômica do Direito parte do pressuposto da assimetria das informações como espécie de falha de mercado que, *mutatis mutandis*, não deixa de ter aplicação no Direito, uma vez que é necessária a uniformização dos conceitos e das interpretações jurisprudenciais. Para minimizar a ineficiência das decisões judiciais em razão das divergências de posicionamentos, alguns instrumentos são formulados, como, por exemplo, a instituição da Súmula Vinculante pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

Dito isso, verifica-se que a falta de previsibilidade acerca de como serão delimitados os conceitos indeterminados que compõem a norma exacional, aliada à conjuntura legislativo-tributária brasileira que incentiva o contribuinte à discussão dos tributos em face do desrespeito aos ditames constitucionais e à falta de zelo na elaboração, tornam a repetição de indébito tributário uma situação arriscada para o Estado, diante do impacto econômico que uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* pode gerar no plano orçamentário.

É em razão dessa conjuntura que o problema do presente trabalho é a forma de analisar uma questão concreta e perturbadora como a repetição do indébito, principalmente quando é maximizada pelo efeito multiplicador das decisões, ou seja, quando uma vez reconhecida a necessidade de devolução do tributo em uma demanda isolada, o pleito é manifestado em massa.

3.3.2 A Questão do Custeio

A repetição do indébito pode representar um desequilíbrio muito indesejado, para não dizer atordoante, para as contas públicas¹⁰². Assim, uma vez declarado

Assim, seria possível graduar diferentes níveis entre o lícito e ilícito, sendo que o abuso de formas jurídicas encontrar-se-ia nesse espectro. Todavia, tal sistemática acaba por relativizar o próprio dever-ser jurídico, que pode acarretar uma perda de sentido do direito enquanto sistema prescritivo de condutas. Ou uma coisa é permitida ou não é. Não pode haver meio termo" (CARVALHO, C., 2005, p. 72 e 80).

¹⁰² Essas afirmações não estão baseadas em meras suposições, mas sim na observação empírica de temas atuais que muito em breve podem materializar o problema aqui proposto. Por exemplo, encontra-se em discussão perante o Supremo Tribunal Federal uma tese de inconstitucionalidade que, se acolhida, pode gerar repetição de indébito tributário de proporções bilionárias, que é a inclusão ou não do valor devido a título de ICMS como base de cálculo da Cofins. E na esteira dessa tese, vêm as suas variantes: "Para o advogado (Gustavo Bichara), a inclusão das vendas não pagas na base de cálculo da Cofins só pode ser explicada por uma falha do legislador, uma vez que a lei já

inconstitucional o tributo com efeitos *ex tunc*, ou seja, criando-se o pressuposto lógico para a repetição do indébito, que é a ausência de justa causa, é provável que sejam movidas as demandas ressarcitórias, como afirmado acima, podendo ser criado um passivo inexecutável a curto prazo¹⁰³.

prevê expressamente a exclusão das vendas canceladas, e o princípio da inadimplência é exatamente o mesmo. Por algum motivo, diz, só houve previsão da exclusão das vendas canceladas. Relatora das decisões favorecendo a Americhel e a Águas do Amazonas, a desembargadora Maria do Carmo Cardoso entende que uma receita que não ingressou nos cofres do contribuinte por inadimplência não é hipótese legal de tributação, uma vez que não há receita auferida. Para a magistrada, são receitas que não ingressam nem no faturamento nem na receita bruta. A tese tem alguma semelhança com a da exclusão do ICMS ou de ISS da base de cálculo da Cofins, segundo a qual essas receitas não são fato gerador do tributo, pois não fazem parte do faturamento das empresas, e sim do Estado. Apenas passariam pelo caixa dos empreendimentos para depois serem pagas aos governos locais” (TEIXEIRA, 2007, p. E1).

¹⁰³ Poder-se-ia argumentar que diante de situações extremas, em que a efetivação de um direito fundamental (como se considera o direito de propriedade garantido pela Constituição Federal) colocaria em risco toda a estrutura do Estado, seria lícita a utilização da cláusula da reserva do possível. Theodoro (2002, p. 119) define a reserva do possível como sendo a justificativa no sentido de que “o juiz, ou mesmo o Poder Público, não pode efetivar ou desenvolver direitos, sem que existam meios materiais para tanto. A aferição desta disponibilidade é feita em face do orçamento. Justifica-se que a concessão de determinadas prestações, ou seja, a realização de determinados direitos, pode implicar a inviabilização da consecução de outros.” Outrossim, Canotilho (1993, p. 369) afirma que “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”. O Supremo Tribunal Federal já invocou a reserva do possível em diversas oportunidades, conforme se observa na ementa da decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, cujo Relator também foi o Ministro Celso de Mello: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”. O Ministro Celso de Mello esclarece qual a extensão da cláusula no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP: “Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

Nesse ponto, a questão que se coloca é analisar a origem da receita para que se possa honrar a repetição do indébito.

O Estado é quem dirige a política econômica e quem detém o monopólio da política monetária. Portanto, em tese, pode ele “criar” a disponibilidade financeira que necessitar mediante a emissão de moeda. Outrossim, pode ele obter empréstimos – externos ou internos, de forma voluntária ou compulsória.

Ocorre que as duas possibilidades não poderão ser adotadas sem que o Estado reste impune perante a lógica econômica. A emissão de moeda gera a inflação. A tomada de empréstimo resulta no pagamento do serviço da dívida – juros. Qual a terceira saída? A majoração ou criação de tributos de acordo com a sistemática constitucional.

Justifica-se a afirmação acima com base na análise da regulamentação do orçamento no Brasil. De acordo com Harada (2007, p. 61), para que o Estado custeie suas despesas, precisa de receitas que são o “ingresso de dinheiro aos cofres do Estado para atendimento de suas necessidades”.

Diferente de Harada, que adota conceito que se coaduna com a legislação pertinente, Torres (2006, p. 185) apresenta um conceito de receita mais restrito. Segundo ele:

receita é a soma de dinheiro percebida pelo Estado para fazer face à realização dos gastos públicos. Assim sendo, o conceito de *receita*, embora fundamentalmente baseado no de *ingresso*, dele se estrema, pois o ingresso corresponde também à entrada de dinheiro que ulteriormente será restituído, como ocorre no empréstimo e nos depósitos. [...] Por outro lado, a receita não se confunde com o patrimônio público nem com os direitos da Fazenda Pública [...]. Há ingressos provenientes da exploração dos bens dominiais do Estado, que compõe a atividade financeira, mas o tema do patrimônio público pertence ao Direito Administrativo, e não ao Financeiro.

Harada e Torres, como os demais doutrinadores de Direito Financeiro, trazem duas classificações clássicas das receitas públicas: quanto à regularidade e quanto à origem.

Quanto à regularidade ou periodicidade, podem ser extraordinárias – auferidas em caráter excepcional e temporário, em função de determinada conjuntura, como o empréstimo compulsório - ou podem ser receitas ordinárias –

Acredita-se, entretanto, que a cláusula da reserva do possível não encontre guarida constitucional para sua aplicação. Não se trata de decorrência de princípios econômicos na aplicação do Direito, pelo contrário, antes se configura como uma justificativa, geralmente pontual, que coloca em xeque a segurança jurídica, pois relativiza perigosamente a efetivação dos direitos e garantias constitucionais.

que são aquelas que ingressam com regularidade, por meio de normal desenvolvimento da atividade financeira do Estado.

As receitas, quanto à origem, podem ser originárias ou derivadas.

As receitas originárias resultam da exploração do patrimônio mobiliário, imobiliário e das receitas industriais e comerciais. As rendas do patrimônio imobiliário, por exemplo, são representadas por foros de terreno de marinha, laudêmios e taxas de ocupação dos terrenos de marinha. Já as receitas industriais, comerciais ou de serviços advêm da exploração da atividade atípica empresarial por parte do Estado (HARADA, 2007, p. 65-66). O preço público que gera grande confusão com o conceito de taxa, em verdade, pertence a esse âmbito de receita, ou seja, de serviço prestado em regime de direito privado por parte do Estado (HARADA, 2007, p. 69).

As receitas derivadas, por sua vez, justificam-se em razão de que “o Estado, em virtude de seu poder de autoridade, pode retirar de seus súditos parcelas de suas riquezas para a consecução de seus fins, visando ao bem-estar geral. É o *jus imperii* do Estado que lhe faculta impor sobre as relações econômicas praticadas pelos particulares, assim como sobre seus bens, o tributo que, na atualidade, se constitui em principal fonte de receita pública” (HARADA, 2007, p. 72-73). Ao lado dos tributos, são receitas derivadas as multas e penalidades pecuniárias aplicadas por autoridades administrativas ou por Juiz (HARADA, 2007, p. 73).

A Lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, que prevê as normas gerais de Direito Financeiro no país, não definiu expressamente o que seja receita pública, mas de acordo com Harada (2007, p. 64), o contido no artigo 11 e parágrafos permite definir receita como “todo ingresso de recursos financeiros ao tesouro público, com ou sem contrapartida no passivo e independentemente de aumento patrimonial”. Harada (2007, p. 64) afirma que a citada lei divide as receitas em duas categorias econômicas:

O citado art. 11 classifica a receita por categorias econômicas em: receitas correntes e receitas de capital. Por força do princípio da unidade de tesouraria, previsto no art. 56, todo ingresso de dinheiro deve ser centralizado no tesouro público e contabilizado ou como receita corrente ou como receita de capital. Não há como contabilizá-lo a título de mera entrada de caixa sob rubrica de ‘receita provisória’, figura inexistente na Lei nº 4.320/64. Pode-se dizer que, em sua generalidade, as receitas correntes abarcam as decorrentes do poder impositivo do Estado (tributos em geral), bem como aquelas decorrentes da exploração de seu patrimônio e as resultantes de exploração de atividades econômicas (comércio, indústria,

agropecuária e serviços) consoante se depreende do § 1º do art. 11. As receitas de capital, por sua vez, compreendem: as provenientes de realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; as oriundas de conversão em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado destinados a atender a despesas de capital e, ainda, o superávit do orçamento corrente (§ 2º do art. 11).

Portanto, percebe-se que o sistema financeiro público no Brasil prevê como principais fontes de renda a exploração de atividade econômica, que é tarefa atípica, e cuja receita é ínfima diante da magnitude das despesas, e a captação de recursos mediante os tributos, estes sim a verdadeira fonte de custeio do Estado.

No que interessa à repetição do indébito tributário, frise-se que o Direito Financeiro brasileiro, regulado pela Lei Federal nº 4.320/64, não permite que se crie uma conta para provisionamento das condenações. Em outras palavras, não é possível por lei que o Estado destine uma parcela de sua arrecadação para garantir o pagamento de condenações judiciais. Ao contrário, todas as condenações sofridas pelo Estado são programadas para o pagamento no futuro, por meio de precatórios.

Aliás, em breve nota, vale esclarecer que o regime de precatórios no Brasil atinge níveis alarmantes de “inadimplência”, ao ponto de estar em trâmite perante o Congresso Nacional a proposta de Emenda Constitucional nº 12/2006, que prevê uma espécie de “leilão” de créditos¹⁰⁴, para que os interessados em receber antecipadamente seus haveres concedam “descontos”, desvirtuando completamente o instituto ao instaurar espécie de moratória, conforme informou a Ordem dos Advogados do Brasil (2007):

¹⁰⁴ O artigo 2º da proposta de Emenda Constitucional nº 12/2006 acrescenta o artigo 95 ao Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, nos seguintes termos: "Art. 95. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão optar, por ato do poder executivo, de forma irrevogável, por regime especial de pagamento de precatórios relativos às suas administrações direta e indireta, a ser efetuado com recursos calculados com base na vinculação de percentual de suas despesas primárias líquidas, nos termos, condições e prazos definidos em lei federal. § 1º. Os recursos aplicados no pagamento de precatórios serão equivalentes, no mínimo, a três por cento da despesa primária líquida do ano anterior para a União, os Estados e o Distrito Federal e um e meio por cento da despesa primária líquida do ano anterior para os Municípios. § 2º. Cinquenta por cento, no mínimo, dos recursos de que trata o § 1º serão liberados até o último dia do mês de abril e os valores restantes serão liberados até o último dia do mês de setembro de cada ano. § 3º. A disponibilização de que trata o § 2º ocorrerá por meio do depósito em conta especial, criada para tal fim, e os recursos não poderão retornar para a livre movimentação do Ente da Federação. § 4º. Os recursos de que trata o § 1º serão distribuídos da seguinte forma: I - setenta por cento serão destinados para leilões de pagamento à vista de precatórios; e II - trinta por cento serão destinados para o pagamento dos precatórios não quitados por meio de leilão de que trata o inciso I. § 5º. O leilão de que trata o § 4º, inciso I, ocorrerá por meio de oferta pública a todos os credores de precatórios habilitados pelo respectivo Ente da Federação." Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getHTML.asp?t=7741>, consultado em 27 de dezembro de 2007.

O presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Cezar Britto, manifestou hoje (10), durante sessão plenária da entidade, o seu total inconformismo quanto ao texto que será levado a votação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 12/06, que trata das dívidas judiciais não pagas pelo governo no Brasil. Para Britto, o texto da referida PEC, na forma em que se encontra, simboliza a forma desrespeitosa com que o Estado brasileiro trata os impostos e o contribuinte. 'O governo tem uma fome muito grande de arrecadar e pratica o jejum na hora de pagar. Quer aumentar ou prorrogar impostos, mas na hora de cumprir com as suas obrigações, propõe uma verdadeira moratória' afirmou Britto, lembrando que a PEC 12 foi proposta pelo governo Lula como uma negociação em troca da aprovação da prorrogação da CPMF. Britto acrescentou que o texto da PEC, da forma em que está, institui um calote oficial da dívida pública, uma vez que cria a figura do leilão para efetuar tais pagamentos e brinca com a fome daquele cidadão que já conquistou na Justiça o direito a receber indenização do governo. 'Esse é um contrasenso que bem simboliza a mentalidade dos governantes brasileiros, tanto do governo federal quanto dos municipais e estaduais'. Há a previsão de votação da referida PEC, relatada pelo senador Valdir Raupp (PMDB-RO), na próxima quarta-feira no Plenário do Senado. Representantes de duas Comissões da OAB – de Defesa dos Credores Públicos e de Relações Institucionais – acompanharão a votação naquela Casa Legislativa. O vice-presidente nacional da OAB, Vladimir Rossi Lourenço, chamou a atenção, durante a sessão plenária da entidade, para o fato de o limite de 3% para Estados dizer respeito não só a novos precatórios, mas também ao estoque de precatórios existente. "Uma vez aprovada essa PEC da maneira em que está, o Estado de São Paulo, por exemplo, levaria cerca de cem anos para pagar o estoque atual existente em termos de dívidas", afirmou Vladimir Rossi.

O regime de precatórios, regulado pelo artigo 100 da Constituição Federal, prevê que o pagamento das condenações judiciais contra o Estado, em suas três esferas, dar-se-á mediante previsão orçamentária para o próximo ano, desde que regularmente requisitados os pagamentos até o dia 1º de julho do ano anterior.

Enfim, se os precatórios são programados para o orçamento futuro; se não há possibilidade de provisionar valores para garantir eventuais indenizações de indébito tributários; se as receitas do Estado são, em regra, derivadas, ou seja, decorrem da arrecadação de tributos; a questão que se apresenta é que, em termos de consequências, é o setor produtivo que acaba por arcar com o custo da repetição do indébito, e no mais das vezes, o consumidor, que é o último na escala de circulação de valores. Essa categoria de "consumidor" é aquela que abrange o cidadão economicamente ativo e que bem poderia ser confundido com o conceito de contribuinte. Entretanto, neste trabalho, é tomado numa concepção estritamente econômica, não necessariamente tributária, mas ainda assim jurídica, dada a proteção que o ordenamento lhe confere, especificamente no parágrafo quinto do artigo 150 da Constituição Federal.

3.3.3 A Questão do Indébito Tributário e a Eficiência: o Problema

Uma vez contextualizado o problema, considerando a profunda dificuldade em se eliminar a existência de ilegalidades ou inconstitucionalidades nas leis tributárias, e sendo certo que o custo da repetição acaba por recair, em regra, sobre o consumidor, mediante a arrecadação – ou até majoração – dos tributos, a questão, de acordo com a Análise Econômica do Direito, é: deve ser sempre garantida a repetição do indébito, mesma que tenha sido o consumidor, em última razão, o onerado com a repetição do indébito? Essa é a questão a ser solucionada a seguir.

3.4 DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DOS TRIBUTOS

3.4.1 A Classificação dos Tributos em Diretos e Indiretos

Não há como negar que os tributos são calculados como custos na elaboração dos preços dos produtos e serviços. Necessário diferenciar repercussão econômica e jurídica: a primeira refere-se a quem efetivamente custou a cobrança do tributo e a segunda refere-se à previsão legal de quem é que arcou com o tributo; nem sempre há coincidência entre as situações. A partir dessa conclusão, passou a ter relevância a classificação entre tributos diretos e tributos indiretos¹⁰⁵.

Segundo Pinto (2003, p. 61-69), a origem da classificação se deve à Escola Econômica dos Fisiocratas:

a questão da classificação dos tributos em diretos e indiretos, baseada no critério da repercussão econômica, é muito antiga. Alguns dos precursores da economia e das finanças públicas já a utilizavam, sendo que a consagração de tal critério é atribuída, principalmente, à obra dos fisiocratas. [...] pela classificação fisiocrática, direto é o tributo que o contribuinte *de jure* está impossibilitado de repercutir, ou seja, aquele que o paga é quem o suporta definitivamente, enquanto que o indireto é o tributo que o contribuinte de jure pode efetuar a repercussão econômica; assim, aquele que paga ao fisco, desempenha apenas o papel de intermediário na relação, não suportando a carga tributária efetiva, pois, quem, efetivamente paga o tributo, é o contribuinte final (de fato), fazendo nascer dois contribuintes distintos: o de fato e o de direito. [...] pelo critério da repercussão econômica a forma mais simples de se entender se um tributo é direto ou indireto é aquela em que: para o direto o contribuinte não tem condições de transferir a carga tributária para outra pessoa, isto é, quando não admite a repercussão; para o indireto, é possível a repercussão econômica, transferindo para outra pessoa todo o encargo tributário. [...]

¹⁰⁵ As obras de economia tratam a questão da mesma forma que os manuais de Direito Tributário, em virtude da classificação ser realmente afeta à Ciência Econômica, veja-se: “uma primeira forma de classificação dos impostos considera duas categorias: imposto direto e imposto indireto. O imposto direto é o que incide sobre a renda e riqueza (patrimônio). Nesse tipo de tributo, a pessoa que recolhe o imposto arca com o seu ônus, por exemplo, imposto de renda. Dentre os impostos diretos, destacam-se o imposto sobre a riqueza e o imposto sobre a renda. No imposto sobre a riqueza (patrimônio), a base tributária constitui-se no estoque acumulado de riqueza do indivíduo, o seu patrimônio. Já o imposto sobre a renda incide sobre os fluxos mensais, ocorrendo um ajuste sobre os valores anuais de rendimento. O imposto indireto é o que incide sobre transações de mercadorias e serviços. Nesses tipo de tributo, a firma que recolhe o imposto não necessariamente arca com o seu ônus, porque o recolhimento é feito de forma que se possa transferi-lo para terceiros. Nos impostos indiretos, tem-se o imposto sobre vendas de mercadorias e serviços. No imposto sobre vendas de mercadorias e serviços, a base tributária é o valor da compra e venda de mercadorias e serviços. O que é importante nessa categoria é o momento em que o imposto é cobrado (produtor ou consumidor) e o método de cálculo (transação total ou valor adicionado). [...] um fato importante a ser ressaltado é que nem sempre a variável sobre a qual o tributo é calculado identifica onde se localiza o ônus desse imposto. Ou seja, nem sempre quem recolhe esse tributo é a pessoa (física ou jurídica) que arca com o ônus do imposto, já que ele pode ser transferido ao consumidor por meio do aumento do preço do produto” (GARCIA, 2006, p. 523-524).

pelo critério econômico, os impostos diretos afetam a riqueza dos contribuintes, incidindo diretamente sobre seus capitais ou suas rendas, e depende da importância das riquezas possuídas ou das rendas ou salários recebidos, enquanto que os impostos indiretos oneram a produção e a comercialização, incidindo, geralmente, sobre vendas, produtos industrializados, importação, etc. Parcela dos economistas afirma que, uma das características dos impostos indiretos é a regressividade, enquanto que os diretos são progressivos. Dizem ainda que, nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, há uma predominância dos impostos indiretos, deixando claro que os impostos diretos não obtêm a supremacia diante da precariedade do sistema de arrecadação, que é, na maioria das vezes, ineficiente.

O autor afirma, em seguida, que, a despeito das maciças críticas que a doutrina desferiu contra a classificação entre tributos diretos e indiretos, tal distinção é comum para a maioria dos juristas, que recorrem a ela até por instinto (PINTO, 2003, p. 72-73).

É possível afirmar que a distinção entre tributos diretos e indiretos decorre da própria Constituição Federal na medida em que prevê os princípios da seletividade e da não-cumulatividade, especificamente para o imposto sobre produtos industrializados (art. 153, § 3º, I e II) e para o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (art. 155, § 2º, I e III). O reconhecimento acerca da essencialidade de alguns produtos para a subsistência fez com fosse erigida à condição de princípio a seletividade. Mas essa conclusão decorre de outra premissa, qual seja, de que os impostos acima mencionados são repassados aos consumidores na forma de preços. Portanto, a seletividade foi alçada à condição de critério constitucional de repercussão econômica dos tributos.

A distinção entre tributo direto e indireto, entre contribuinte de fato e de direito, fez que com fosse acrescentado o artigo 166 ao Código Tributário Nacional, segundo o qual, a repetição do indébito daqueles tributos que, por sua natureza, comportem a transferência do encargo financeiro, somente será feita a quem provar que tenha assumido o referido encargo ou então que esteja autorizado pelo terceiro, que o sofreu, a receber a quantia devolvida. Em comentário a esse artigo, Amaro (2007, p. 424-425) afirma que:

O preceito reporta-se aos chamados 'tributos indiretos', que, incidindo embora sobre o contribuinte 'A' (dito contribuinte de direito), repercutem financeiramente sobre um terceiro (o chamado contribuinte de fato), que acaba suportando o ônus do tributo, embutido geralmente no preço dos bens ou serviços. O Código, na esteira da Súmula 546 do Supremo

Tribunal Federal, preocupou-se com a hipótese de alguém se pôr na condição de 'contribuinte de direito', recolher o tributo indevido, repassá-lo a terceiro e, maliciosamente, pleitear para si a restituição, sem dela dar conta ao terceiro. Por isso, exige ou que o terceiro 'autorize' o pleito, ou que o *solvens* demonstre não ter transferido o ônus financeiro ao terceiro. (...) A repercussão, fenômeno econômico, é difícil de precisar. Por isso esse dispositivo tem gerado inúmeros questionamentos na doutrina. Ainda que se aceitem os 'bons propósitos' do legislador, é um trabalho árduo identificar quais tributos, em que circunstâncias, têm natureza indireta, quando se sabe que há a tendência de todos os tributos serem 'embutidos' no preço de bens ou serviços e, portanto, serem financeiramente transferidos para terceiros.

Comentando o mesmo artigo 166 do Código Tributário Nacional, Carvalho, P., (2007, p. 494-495) disserta, atentando para o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal:

pelejam alguns com o argumento de que se a relação jurídica se instaura entre sujeitos determinados, provado o recolhimento indevido, nasce para o sujeito passivo o direito subjetivo de exigir de volta os valores pagos daquela forma, independentemente do seu relacionamento com terceiros a quem transfira o impacto financeiro do tributo. Contra essa orientação sempre resistiram as Fazendas Públicas, alegando que sem a prova adequada de que o sujeito passivo houvera suportado o ônus do tributo, ou, em caso de transferência do encargo financeiro a outras pessoas, estar por elas expressamente autorizado a postular o retorno, não teria ele, sujeito passivo, título jurídico para pedir a devolução, uma vez que nada desembolsara. Há súmulas do Supremo Tribunal Federal em dois sentidos: uma, a 71, estabelecendo que, embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto; outra, a 546, proclamando que cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte 'de jure' não recuperou do contribuinte 'de facto' o 'quantum' respectivo. A Súmula 71, evidentemente, está ultrapassada, e a 546 guarda sintonia com o mandamento do art. 166. Estamos em que, se não há fundamento jurídico que ampare o Estado, no caso de haver recebido valores indevidos de contribuintes que transferiram o impacto financeiro a terceiros, também não há justo título para estes, os sujeitos passivos que não provaram haver suportado o encargo, possam prediar a devolução. E na ausência de títulos de ambos os lados, deve prevalecer o magno princípio da supremacia do interesse público ao do particular, incorporando-se as quantias ao patrimônio do Estado.

Machado, H. (2002, p. 175-176) afirma que o Código Tributário Nacional não adotou a classificação em tributos diretos e indiretos, pois tal divisão importa apenas à Ciência das Finanças, não ao Direito Tributário. Afirma que do ponto de vista jurídico, a classificação não tem valor científico, por não existir critério capaz de determinar quando um tributo foi transferido ou não. Cita como exemplo o imposto de renda, que apesar de direto, pode repercutir; o imposto sobre propriedade territorial urbana, da mesma forma, apesar de direto, em regra é suportado pelo inquilino. Não obstante isso, reconhece que o Código Tributário Nacional atribuiu

certa importância ao tema, ao prever a prova da não repercussão como condição para a repetição do indébito dos tributos indiretos.

Segundo Machado, H. (2002, p. 176), para que se possa conhecer a natureza do tributo, ou seja, se direto ou indireto, é necessário que tal qualidade esteja prevista em lei, de forma que

somente em casos assim aplica-se a regra do art. 166 do Código Tributário Nacional, pois a natureza a que se reporta tal dispositivo legal só pode ser a natureza jurídica, que é determinada pela lei correspondente, e não por meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para saber quando se deu, e quando não se deu, tal transferência.

Segue dizendo que para se constatar a transferência do ônus tributário (efeito repercussão) por força da lei, basta imaginar situação em que as partes pactuam sobre o preço de bem ou serviço e após firmado o valor, é que se insere o adicional do tributo sobre a transação por determinação legal. Sugere que se não for esse o entendimento, o artigo 166 do Código Tributário Nacional é inconstitucional, uma vez que torna impossível o exercício do direito de repetição (MACHADO, H., 2002, p. 176-177). Conclui, afirmando que: “admitir que o contribuinte sempre transfere o ônus do tributo ao consumidor dos bens ou serviços é uma idéia tão equivocada quanto difundida. Na verdade, o contribuinte tenta transferir não apenas o tributário, mas todos os ônus que pesam sobre sua atividade. Mas nem sempre consegue. Ou nem sempre consegue inteiramente. Tudo depende das circunstâncias de cada caso e de cada momento” (MACHADO, H., 2002, p. 176-177).

Martins, I. (2005, p. 31-37) parte do princípio de que a expressão “financeiro” para o Direito tem dupla acepção: do ponto de vista público, representa a participação do Estado na Economia; do ponto de vista privado, está ligada ao sistema financeiro nacional, ou seja, ao sistema bancário oficial, privado ou para-oficial. Portanto, a expressão como está contida no artigo 166 do Código Tributário Nacional não apresenta nenhuma dessas conotações. Segue, afirmando que a obrigação tributária decorre de lei e se extingue com o cumprimento ou por uma das hipóteses do artigo 156 do Código Tributário Nacional. Logo, quem paga o tributo faz em seu nome próprio, não sendo agente financeiro de seus clientes. A relação tributária independente da relação privada do responsável com terceiros. “Quanto

compõe o seu preço, o sujeito passivo da obrigação tributária deixa de sê-lo e passa, regulado agora pelas regras do direito privado, a ser um alienante. Desveste-se daquela figura e ganha outra regida pelo direito comercial, ou, eventualmente, pelo direito civil” (MARTINS, I., 2005, p. 34). Diante disso, quando o comerciante calcula o tributo como custo, faz isso como uma realidade econômica, mas não como atividade financeira. Portanto, o artigo 166 do Código Tributário Nacional é equívoco ao tratar de “encargo financeiro”, pois o vocábulo “financeiro” do ponto de vista jurídico não tem qualquer sentido para a interpretação da relação tributária que deu origem ao tributo indevidamente pago. Conclui o autor: “acrescento dizendo que não há critérios jurídicos capazes de conciliar aberrações, como o ‘quasímodo’ inserto no artigo 166 do CTN” (MARTINS, I., p. 2005, p. 37).

Greco (1983 apud MARTINS, I., 2005, p. 27) afirma que a classificação dos tributos em diretos e indiretos foi acolhida pelo Código Tributário Nacional, tornando-se uma realidade jurídica:

Em primeiro lugar, verifica-se que o artigo está referindo-se a um certo grupo de tributos (os ‘que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro’), o que implica existir, na concepção tratada pelo Código, dois tipos de tributo: os que comportem e os que não comportem transferência do encargo financeiro. Se há dois tipos de tributo (classificados segundo a ótica adotada pelo Código), a conclusão imediata é a de que a exigência contida no art. 166 só se aplica a uma das categorias, ou seja, a dos tributos que comportem transferência.

Como se vê, após a análise de poucos, porém relevantes posicionamentos, a classificação em tributos diretos e indiretos é muito criticada, apesar de ser acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso se dá principalmente porque se entende que não há menção em lei acerca de quais são os tributos indiretos ou quais são os requisitos para reconhecê-los. Portanto, para aqueles que acreditam haver tal previsão ou que é possível se deduzir do ordenamento essa qualidade, tende-se a aceitar a classificação dos tributos em diretos e indiretos.

É o que se verifica, por exemplo, com os tributos em que existe a previsão de substituição tributária¹⁰⁶, conforme esclarecem Gonçalves e Marques (2001, p. 206-207):

¹⁰⁶ Acerca das figuras de contribuinte, substituto e responsável, esse é o escólio de Diniz e Peixoto (2005, p. 294): “a) contribuinte é a pessoa hábil para promover o evento jurídico tributário, conforme determinado pela regra constitucional de competência tributária; b) substituto, é a pessoa que tem relação direta e pessoal com o evento, designada pela lei como sujeito passivo, sem ostentar a

Propomos reflexão mais profunda a respeito desse dispositivo legal, novamente a fim de adequar o teor de suas disposições ao sistema constitucional positivo vigente. Para tanto, restringimos as hipóteses de aplicação do artigo 166 apenas aos casos de tributos sujeitos ao regime jurídico de substituição tributária, qual seja, quando há previsão legal de atribuição a terceiro, estranho ao fato impositivo, do pagamento da prestação pecuniária, em nome do substituído. Nesse sentido, o artigo 166 deve ser interpretado sistematicamente, em harmonia com o artigo 128 do mesmo Código Tributário, segundo o qual ‘a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação’. Nestes casos, presume a legislação complementar a possibilidade de transferência do respectivo encargo financeiro, mesmo porque tal transferência é pressuposto constitucional da validade da norma de substituição, na medida em que, sabidamente, não será o responsável pelo recolhimento do tributo (o substituto) aquele que sofrerá a efetiva diminuição patrimonial em razão da incidência da norma tributária, mas sim o próprio contribuinte substituído. Daí a necessária conclusão no sentido de que, neste caso, há presunção legal de transferência – necessária – do respectivo encargo financeiro, forçosamente prevista pela própria legislação de regência, que disciplina o regime jurídico da substituição tributária, como instrumento incrementador da eficácia de uma dada norma de tributação.

Nessa mesma linha, é a opinião de Diniz e Peixoto (2005, p. 293):

Torna-se viável admitir a constitucionalidade mediante a conjugação dos referidos preceitos (arts. 166 e 128 do CTN), pois o fenômeno da repercussão, embora existente, não se apresentaria sob a perspectiva econômica, mas sim estritamente jurídica. Sob o prisma da economia, todos os tributos repercutem, isto é, são repassados para os preços de produtos, mercadorias, serviços, etc. Mas a repercussão jurídica é viável no regime da substituição tributária, pois o encargo financeiro do tributo é transferido para o substituído (contribuinte) pelo substituto (responsável) por força de lei.

Outrossim, a mesma posição doutrinária se verifica em relação a tributos específicos como o IPI e ao ICMS, como se expõe a seguir.

3.4.2 A Presunção do ICMS e do IPI como Tributos Indiretos

Derzi, atualizadora da obra “Direito Tributário Brasileiro” de Aliomar Baleeiro, diverge frontalmente daquele autor – que acredita na repercussão dos tributos, independentemente da classificação em diretos ou indiretos - pois afirma que podem ser presumidos como indiretos apenas o imposto sobre produtos

qualidade de contribuinte (substituído); e c) responsável, aquele que não tem relação com o evento, mas cuja obrigação tenha natureza de sanção administrativa *ex vi* das regras veiculadas pelos arts. 129 a 138 do CTN”.

industrializados – IPI – e o imposto sobre operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS.

Assim, a exigência do artigo 166 do Código Tributário Nacional, no sentido de impor àquele que pagou o tributo provar que arcou com o encargo financeiro, como esclarece Derzi (2007, p. 886):

O caráter 'indireto' dos demais tributos, como quer Aliomar Baleeiro, é apenas uma especulação econômica, pois são muitas as variáveis (condições de mercado, competitividade, de estrutura e incidência da exação, natureza do produto, etc.) que podem desencadear ou não a transação. [...] Portanto, a presunção de transferência somente se coloca em relação àqueles impostos, cabendo ao *solvens* que fez o pagamento indevido, demonstrar que tem legitimidade para pleitear a devolução, por ter suportado o encargo, relativamente ao ICMS e ao IPI. Tem assim o art. 166 aplicação muito restrita, pois, juridicamente, apenas esses dois tributos presumem-se 'indiretos', ou seja, existe em relação aos 'tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro'... Mas que natureza? Evidentemente a natureza jurídica. E somente existem dois tributos que, de acordo com sua peculiar natureza jurídica, desencadeiam a transferência do respectivo encargo financeiro, ou seja, o ICMS e o IPI. [...] Mas o que interessa é a repercussão jurídica, que é sempre certa no IPI e no ICMS, podendo corresponder ou não à econômica.

A autora conclui que há expressa determinação constitucional para que tais impostos repercutam de forma jurídica para o consumidor, que se trata da previsão de dois princípios como inerentes ao ICMS e IPI, quais seja, o da seletividade e o da não-cumulatividade.

Afirma que tais princípios só podem ser explicados pelo fenômeno da transação, beneficiando o consumidor quando veda que sobre o preço do bem sejam acrescentados os valores somados na operação anterior (DERZI, 2007, p. 886-887).

Acerca da definição do princípio da não-cumulatividade¹⁰⁷, preleciona Carvalho, P., (2007, p. 186):

o princípio da não-cumulatividade é do tipo limite objetivo: impõe técnica segundo a qual o valor de tributo devido em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores, mas preordena-

¹⁰⁷ “Atualmente, IPI, ICMS, COFINS e PIS são tributos que se submetem à regra da não-cumulatividade, conquanto apresentem pequenas diferenças quanto à sistemática de apropriação e aproveitamento de créditos. E mais, no que se refere à COFINS sobre receitas e à COFINS sobre importações, a não-cumulatividade tem fundamento constitucional *ex vi* do art. 195, § 12, decorrendo daí que a lei infraconstitucional não poderá amesquinhá-lo” (DINIZ, PEIXOTO, 2005, p. 310).

se à concretização de valores como o da justiça da tributação, respeito à capacidade contributiva e uniformidade na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e de industrialização de produtos. Adotado, na redação original da Constituição de 1988, apenas para o ICMS, o IPI, os impostos de competência residual e as contribuições sobre novas fontes de custeio da seguridade social (arts. 153, § 3º, II, 155, § 2º, I, 154, I e 195, § 4º), depois das alterações promovidas pela Emenda n. 42/2003, o princípio poderá ser aplicado para determinados setores da economia em relação às contribuições para a seguridade social incidentes sobre a receita ou o faturamento (art. 195, § 12). Com fundamento nessa disposição constitucional, as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 instituíram a não-cumulatividade para o PIS e a Cofins, respectivamente.

Acerca da estrutura de impostos não-cumulativos, Derzi (2007, p. 887) afirma que é mais indicada para economias de mercado, tendo em vista que são neutros, não influenciando na competitividade e concorrência, tampouco na formação dos preços; oneram o consumo e não a produção ou o comércio; são plurifásicos, o que permite ao Fisco antecipar o recebimento que se daria apenas ao final, bem como coloca vários agentes como responsáveis pela arrecadação.

O imposto sobre o valor acrescentado (IVA) é um exemplo de imposto não-cumulativo aplicado com grande sucesso na Comunidade Europeia precipuamente, mas que já é observado em vários países, segundo Palma (2006, p. 12), dentre eles, o Uruguai, a Rússia, a Nigéria, Nicarágua e a Coreia. Para a autora, o sucesso da exação se deve às seguintes razões:

Basicamente às suas características, que o tornam um produto fiscalmente vendável, dispensando qualquer campanha de marketing para o efeito. Desde que acordamos até nos deitarmos vivemos nas 'malhas' do IVA. Estamos constantemente a pagar IVA, na luz que ligamos, no banho que tomamos, naquilo que comemos e vestimos, na gasolina que gastamos, etc., etc., etc. Mas, regra geral, e contrariamente aos tributos directos, não sentimos o peso deste imposto. Eis, pois, duas características fundamentais do IVA que o tornam particularmente virtuoso e especialmente apetecível: trata-se de um imposto geral sobre o consumo que, actuando através do método subtractivo indirecto nas diversas fases do circuito económico, teoricamente apenas sobre o valor acrescentado em cada uma delas, provoca o chamado efeito de anestesia fiscal. A conjugação destas características redundam numa outra grande virtude do IVA: o facto de ser bastante reditício, à qual acresce o mérito de, teoricamente, se tratar de um tributo fácil de administrar dado o controlo cruzado efectuado necessariamente entre sujeitos passivos. Por outro lado, uma das grandes vantagens do IVA relativamente aos demais impostos sobre as transacções assenta na sua neutralidade, quer no plano interno, quer a nível internacional, Eis, pois, a explicação para este grande mistério que é o 'fenómeno IVA'.

Já quanto ao princípio da seletividade¹⁰⁸, afirma Amaro (2007, p. 148):

que traço característico do IPI é a seletividade em função da essencialidade do produto (art. 153, § 3º, I), o que dirige as maiores atenções desse imposto para bens suntuosos ou supérfluos, e tende a afastá-lo ou atenuá-lo no caso de produtos essenciais. O item IV do § 3º do art. 153 (acrescido pela EC n. 42/2003) quer que a lei ‘reduza o impacto’ do IPI sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto. A seletividade, obrigatória para o IPI, é permitida em relação ao ICMS (art. 155, § 2º, III).

Tendo em vista que a Constituição Federal afirma expressamente a não-cumulatividade desses tributos – IPI e ICMS – ou seja, que deve ser compensado o valor devido em cada operação com aquele cobrado nas operações anteriores, Derzi conclui que a repercussão é presunção jurídica com força constitucional.

Portanto, é a presunção jurídica de repercussão que importa para que possa ser classificado um tributo como direto ou indireto para os fins do artigo 166 do Código Tributário Nacional. Repugna aos doutrinadores de Direito Tributário a incerteza dos fatos econômicos, só passando a ter relevância quando tem acolhimento jurídico.

Nesse sentido, Derzi (2007, p. 887) afirma que não cabe ao Direito a discussão sobre fatos econômicos (critérios ajurídicos), só devendo ser considerada a repercussão quando for uma realidade jurídica, sendo presumido que houve o trespasse do ônus tributário ao consumidor. Leciona a autora:

A consideração da repercussão deixa de ser critério ‘ajurídico’ ou meramente ‘econômico’ no caso do ICMS ou do IPI. Ela é presunção constitucional, fundamento do direito à compensação dos créditos, incondicionalmente estabelecido, na técnica do princípio da não-cumulatividade. Igualmente no direito à repetição do indébito. Em se tratando de ICMS ou IPI, o fenômeno da repercussão é pressuposto pelo Código Tributário Nacional e pela jurisprudência, sendo ônus do contribuinte demonstrar a sua inexistência, para os efeitos da restituição.

¹⁰⁸ Acerca do fracasso da finalidade seletiva, apresenta sua opinião Hugo de Brito Machado: “pretendeu-se que o IPI funcionasse como tributo de função extrafiscal proibitiva, tributando pesadamente os denominados artigos de luxo, ou supérfluos, como os perfumes, por exemplo, e também aqueles de consumo desaconselhável, como as bebidas e os cigarros. Todavia, parece que essa função ‘proibitiva’ jamais produziu os efeitos desejados. Ninguém deixou de beber ou de fumar porque a bebida ou o fumo custasse mais caro, em razão da incidência exacerbada do imposto. Parece, assim, incontestável a predominância, no IPI, da função fiscal, não obstante deva ser ele um imposto seletivo, em função da essencialidade dos produtos. Aliás, também aqui se pode notar que o legislador não tem levado em conta o preceito constitucional. A diversificação das alíquotas do IPI está, na prática, muito longe de fazer dele um imposto seletivo *em função da essencialidade do produto*” (MACHADO, H., 2002, p. 287).

Em conclusão, o entendimento majoritário da doutrina tributária e praticamente pacífico da jurisprudência é no sentido de que a classificação de tributos em diretos ou indiretos só tem importância na medida em que o ordenamento determine ou autorize a repercussão do tributo, como ocorre com o IPI e o ICMS¹⁰⁹. Não sendo assim, as exações se presumem todas diretas, ou seja, as figuras do contribuinte de fato e de direito se encontram sobre a mesma pessoa.

3.4.3 A Repercussão Econômica como Realidade dos Tributos

A despeito dos sólidos entendimentos expostos acima, é necessário discordar ou ao menos sugerir uma ponderação acerca da conclusão de que só importa ao Direito a repercussão reconhecida pelo ordenamento.

Antes, porém, importante fazer uma delimitação. Para fins desse trabalho, adota-se a realidade dos tributos incidentes nas operações de produção e comercialização de bens e serviços. É nesse contexto que deve ser mitigada a diferenciação entre tributos diretos e indiretos, porque, em regra, todos os tributos repercutem na composição dos custos – salvo exceções, como as apresentadas nesse trabalho (questões de tabelamento, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal; questões concorrenciais; etc.).

Retomando o curso da exposição, importante salientar que os tributaristas acima citados não desconhecem o fenômeno da repercussão, mas o consideram irrelevante para o Direito, por ser critério pertencente à Economia, e também, talvez, por ser de extrema complexidade sua averiguação.

Autores como Machado, H. (2002, p. 177) apontam que o trespasse tributário ocorre no mais das vezes, seja tributo direto ou indireto, variando de acordo com a conjuntura, conforme já citado acima e agora repetido: “na verdade, o contribuinte tenta transferir não apenas o tributário, mas todos os ônus que pesam sobre sua atividade. Mas nem sempre consegue. Ou nem sempre consegue inteiramente. Tudo depende das circunstâncias de cada caso e de cada momento”.

¹⁰⁹ “A realidade, contudo, é que nossos tribunais entendem que o art. 166 não se aplica exclusivamente aos casos de pagamento indevido ocorridos sob o regime da substituição tributária. É praticamente pacífico que tributos indiretos como ISS, ICMS e IPI comportam o repasse do encargo financeiro ao ‘contribuinte de fato’, e por isso incide a regra prevista pelo art. 166 do CTN” (DINIZ; PEIXOTO, 2005, p. 297).

Sendo assim, tratando da composição dos custos no âmbito empresarial, tomando como premissa que o agente pretende maximizar sua riqueza e promove escolhas racionais, embute no preço de seus produtos todos os ônus que provisiona. Souza (2004, p. 209) aponta que de uma forma ou de outra os tributos são acrescentados ao cálculo empresarial, seja por força de lei (repercussão jurídica) seja por lógica de mercado (repercussão financeira):

uma coisa é o imposto vir agregado ao preço do produto como seu custo, sem nenhuma relação com a necessidade de repasse deste tributo. É o caso, por exemplo, do industrial que embute em seu custo de produção o IPTU incidente sobre seu estabelecimento. Nestes casos, o que ocorre é exatamente a repercussão financeira do tributo, agregando-se ao preço do produto de acordo com o que a margem de mercado permite ao comerciante ou ao produtor. E neste preço poderão estar – e estão normalmente, pois o preço nada mais é do que o custo de produção do produto mais a margem de lucro, mais valia da produção – todas as despesas administrativas (empregados, energia elétrica, telefone, etc.) e custos tributários (IPTU, IPVA, outras contribuições, etc.). No entanto, há outras hipóteses em que os impostos repercutem no consumidor final não somente por força das leis de mercado e da composição do preço pelo produtor, mas pela sistemática de incidência dos próprios impostos. Há, nestes casos, evidente repercussão jurídica a reboque da repercussão financeira. A repercussão jurídica advém, nos casos do ICMS e IPI, do próprio princípio da não-cumulatividade e pelo fato de serem tributos que seguem os bens sobre os quais recaem.

Fato é que os tributos acabam por incidir diretamente sobre o cálculo do preço de venda, pois se inserem na composição do custo, o que já foi exaustivamente comprovado, inclusive por instituições altamente renomadas como a Fundação Getúlio Vargas:

A Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro fez um estudo, encomendado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), para identificar quanto o PIS/Pasep, Cofins e CPMF encarecem o produto industrializado. Foram estudados 30 setores e as cascatas de tributos nas cadeias de produção encareceram os produtos em 9,1%, em média, no mercado interno. No mínimo 6,6% (extração de petróleo, gás natural e carvão) e no máximo 10,8% (nos setores de siderurgia e fabricação e refino de óleos vegetais e de gorduras para alimentação). A tributação em cascata, por incidir em cada um dos elos das cadeias produtivas, interfere mais negativamente nos preços dos produtos de maior valor agregado. Há necessidade de uma ampla reforma tributária, que melhore a qualidade da tributação e diminua o peso dos impostos no valor dos produtos. A redução da carga tributária é fundamental para o setor sair da estagnação e voltar a crescer em um ritmo elevado.¹¹⁰

¹¹⁰ Em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/28050,1> visitado em 24 de dezembro de 2007.

A influência dos tributos é matéria que interessa sobremaneira à Economia. Como foi visto acima, os economistas se dedicam ao estudo da repercussão do tributo, ao qual dão o nome de “incidência tributária”, que nada mais é do que a averiguação de quanto caberá a cada um dos agentes econômicos na distribuição da carga tributária. Para estes estudiosos, a repercussão do tributo é regida por uma única lei, que é natural: o conhecido princípio econômico do funcionamento do mercado, baseado na oferta e na procura com vistas ao lucro.

Outrossim, os economistas afirmam que os tributos são como um peso morto para as relações econômicas, pois provocam desequilíbrios que diminuem os resultados eficientes.¹¹¹

É correto se afirmar que o mesmo efeito de anestesia provocado pelos tributos não-cumulativos, em verdade, é verificado em relação a todos os tributos quando se analisa com mais atenção o fenômeno da incidência tributária. Esse efeito de anestesia pode causar uma certa miopia nos agentes, os quais, acreditando que uma forma tributária lhes é inofensiva, acabam por ser onerados de forma indireta, seja pelo efeito substituição, seja pelo efeito difusão. Acerca dessa questão, Mankiw (2001, p. 261) traz interessante exemplo:

O imposto de renda sobre as empresas é popular entre os eleitores. Afinal, empresas não são gente. Os eleitores estão sempre ansiosos para ver reduzidos seus impostos enquanto alguma empresa impessoal paga a conta. Mas antes de decidir se o imposto de renda sobre a pessoa jurídica é uma boa forma de arrecadar receita para o governo, devemos considerar quem arca com o ônus do imposto. É uma questão complexa sobre a qual os economistas discordam, mas uma coisa é certa: quem paga todos os impostos são pessoas de carne e osso. [...] Para ver o por quê, imagine um exemplo. Suponha que o governo dos EUA decida lançar um imposto sobre a renda auferida pelas montadoras. Inicialmente este imposto atinge os proprietários das montadoras, que têm o lucro reduzido. Mas, com o tempo, os proprietários reagem ao imposto. Como produzir automóveis se tornou menos lucrativo, eles investem menos na construção de novas fábricas. Em lugar disso investem sua riqueza de outras maneiras [...] Com menos fábricas de automóveis, a oferta de carros diminui, o que também

¹¹¹ “Um exemplo permitirá ver por que os impostos constituem um peso morto. Imagine que José faça uma faxina semanal no apartamento de Joana por US\$ 100. O custo de oportunidade do tempo de José é de US\$ 80 e o valor de um apartamento limpo para Joana é de US\$ 120. Portanto, tanto José quanto Joana obtêm um benefício de US\$ 20 com o negócio. O excedente total de US\$ 40 mede os ganhos de comércio nesta transação. Imaginemos agora que o governo crie um imposto de US\$ 50 para os prestadores de serviços de limpeza. Nesta situação não há preço que Joana possa pagar a José e que os deixe em melhor situação, após o pagamento do imposto. O máximo que Joana estaria disposta a pagar é US\$ 120, mas então José ficaria com apenas US\$ 70, depois de pago o imposto, o que é inferior ao seu custo, US\$ 80. Em contraposição, para que José recebesse seu custo de oportunidade de US\$ 80, Joana teria que pagar US\$ 130, o que é mais do que o valor de US\$ 120 que ela atribui a um apartamento limpo. Em consequência Joana e José cancelam seu acordo. José fica sem receita e Joana mora em um apartamento mais sujo” (MANKIW, 2001, p. 165).

ocorre com a demanda por empregados. Portanto, um imposto sobre as empresas da indústria automobilística provoca um aumento no preço dos carros e uma queda nos salários da indústria.

Como se disse no início desse ponto, a repercussão financeira não é desconhecida pelos tributaristas. A questão é que a complexidade de sua determinação é que causa repulsa àqueles que pretendem o Direito como um sistema fechado, sem absorver as influências de outras ciências, ou então, um arcabouço que transpareça uma falsa segurança jurídica, caolho entretanto, pois divorciado da realidade.

Assim, não se pode concordar com posicionamentos como o de Torres (1983, p. 25-26), o qual afirma que “resulta sumamente perigoso relacionar o direito à restituição com o mecanismo dos preços, tão flutuante e incerto, pois importaria em transformar cada demanda em um foco de problemas econômicos que conduziriam a situações da maior injustiça e também à impossibilidade de uma prova indiscutível”.

Em contraposição a esse autor, merece destaque obras como a de Morschsbacker (1976, p. 32), que tratam da repercussão como uma realidade, porque é da própria natureza empresarial repassar seus custos, na medida das possibilidades do mercado:

A repercussão econômica, e nesse particular são unânimes todos os grandes mestres em economia financeira [...] é propriedade comum, senão a todos, a quase todos os impostos, os quais, de uma forma ou outra, e dentro dos mais variados mecanismos oferecidos pelas leis de mercado, repercutem economicamente. Essa presença generalizada de repercussão econômica inclusive nos impostos sobre o patrimônio e a renda, universalmente arrolados entre os diretos, é fruto de uma atitude natural do contribuinte, colocado num sistema de economia liberal, ao promover o que se poderia denominar de auto-defesa: qualquer aumento de imposto traz, como consequência, uma correspondente acomodação da atividade econômica do contribuinte, dispondo-a de forma a propiciar, na medida em que a lei da oferta e da procura o permite, a repercussão desse custo adicional.

Neviani (1983, p. 67) também apresenta a mesma conclusão, ou seja, de que a realidade econômica dita que os custos tributários são repassados para os preços dos produtos e por consequência ao consumidor:

Basta fazer um simples exercício microeconômico de formação de preços para chegar à convicção de que também os tributos ditos diretos (como o Imposto sobre a Renda, o Imposto Territorial ou Predial, o Imposto de

Transmissão e Outros) podem ter o seu ônus inserido entre os custos de aquisição ou de produção do bem vendido ou do serviço prestado e, assim, terem os seus respectivos encargos financeiros transferidos a terceiros. Basta que uma atividade, em função da qual se paguem tributos, seja lucrativa, para se perceber que o lucro é o que sobra após o pagamento de todos os custos e encargos, inclusive os tributos de qualquer natureza.

Portanto, diante dessas circunstâncias, se na maioria dos casos, os tributos repercutem sobre o preço dos bens, sejam diretos ou indiretos, o consumidor é que sofre o ônus financeiro.

Para chancelar o entendimento exposto, vale trazer o paradigmático julgamento do Recurso Extraordinário nº 46.450-RS, em que o Ministro Victor Nunes, em voto-vista, assim se manifestou:

Trata-se, como bem explicou o Senhor Ministro relator, de repetição de imposto indireto, reclamada por contribuinte comerciante, que já incorporou o seu valor ao preço da mercadoria vendida a terceiros. É o problema que se conhece, em ciência das finanças, como repercussão, translação ou transferência do imposto. Em tais casos, o verdadeiro contribuinte é o consumidor, que suportou efetivamente o encargo. [...] É essencial, portanto, que o autor, que reclama a restituição da quantia paga indevidamente, tenha sofrido prejuízo correspondente, isto é, tenha suportado equivalente desfalque no seu patrimônio. Isto, evidentemente, não ocorreu no caso dos autos. Perícia realizada na Primeira Instância comprovou que os impostos pagos pelo recorrente, e que este pretende reaver, foram carregados no preço das mercadorias vendidas a terceiros.

É de se notar que foi realizada a devida prova pericial no caso em exame, ou seja, nesse julgamento não se trabalhou com presunções ou suposições, o que se repudia veementemente nesse trabalho. Depois da problematização do caso, o ilustre Ministro assim rebateu a tese de direito:

Os que entendem de modo contrário argumentam que o preço depende das condições do mercado. Portanto, argumentam, se o *solvens* conseguiu vender a mercadoria mais caro, computando o valor do imposto devido, maior teria sido o seu lucro, se não houvesse feito esse pagamento. O argumento, data venia, é de todo vulnerável. Do ponto de vista econômico, porque, em regra, os consumidores só concordam em pagar preço mais alto em vista das condições gerais do mercado. Considera-se, pois, implicitamente integrante do preço, o tributo que então é ordinariamente cobrado, seja ele controvertido ou não, mas que somente mais tarde vem a ser declarado indevido. Se não fora essa convicção, não conseguiria o vendedor elevar o preço das mercadorias, porque os fregueses, convencidos da extorsão, haveriam de procurar outros fornecedores. Isso é o que ocorreria em circunstâncias normais, com as quais haveremos de argumentar.

Havia ainda questão controvertida na demanda, acerca do fato de que o produtor deixou de lucrar o valor referente ao tributo que teve que supostamente suportar. Tal tese também não ofereceu maior resistência à clareza do voto:

Também não pode prevalecer, do ponto de vista jurídico, o argumento de que divergimos respeitosamente. O raciocínio, em que ele se baseia, leva à conclusão de que o contribuinte teve lucro menor do que teria se não houvesse pago o imposto devido; em outras palavras, deixou de lucrar o equivalente ao imposto que pagou sem causa legítima. É sabido, porém, que a ação de repetição do indébito não se equipara à de indenização, por isso não compreende lucro cessante, visando apenas à recuperação do que foi pago indevidamente, no pressuposto de ter havido igual desfalque no patrimônio do autor. Ficando comprovado que não houve prejuízo, a procedência da ação de repetição, cujo fundamento moral é a condenação do enriquecimento sem causa, teria por consequência, paradoxalmente, proporcionar enriquecimento sem causa justamente ao autor da demanda.

Diante dessa exposição, reitera-se o questionamento: diante de uma perspectiva da análise econômica do direito, cujo objetivo é a maximização da eficiência, é desejável que o consumidor seja onerado duas vezes com a cobrança do tributo?

Acredita-se que não. Adotando-se os critérios de eficiência de Kaldor-Hicks, segundo o qual a decisão mais eficiente é aquela que maximiza a riqueza de um modo que os benefícios para uma das partes sejam maiores que os prejuízos para a outra, não há dúvidas de que uma vez assumido pelo consumidor o pagamento dos tributos, não se revela eficiente que se aloque mais riqueza para reverter aos produtores, sem que esses tenham sofrido qualquer prejuízo justificável.

A conclusão do julgamento acima foi justamente no sentido de que não se deve reparar um indébito, quando não houve empobrecimento daquele que recolheu o tributo, sendo preferível que seja mantido o valor com o Estado que já o aplicou em seus fins institucionais:

Seria menos justo proporcionar-lhe (ao contribuinte de direito) um sobrelucro sem causa, para seu proveito pessoal, do que deixar esse valor em poder do Estado, que presumivelmente já o terá aplicado na manutenção dos serviços públicos e na satisfação dos encargos diversos que oneram o tesouro em benefício da coletividade. Se o dilema é sancionar um enriquecimento sem causa, quer a favor do Estado, com a carência ou improcedência da ação, quer em favor do contribuinte, se for julgado procedente o pedido, não há que hesitar: impõe-se a primeira alternativa, pois o Estado representa, por definição, o interesse coletivo, a cuja promoção se destina, no conjunto da receita pública, a importância reclamada pelo particular para sua fruição pessoal. Essa solução é que corresponde à equidade, fundamento básico da ação proposta.

Quando o eminente Ministro menciona o Estado como representante do interesse coletivo, em verdade, guardadas as devidas proporções, poderia ser justificado o voto com a defesa dos interesses dos consumidores, pois sobre eles que recai o ônus tributário pleiteado pelo produtor e não seria eficiente uma segunda oneração em defesa do “interesse coletivo”.

Por fim, é indispensável que se faça um alerta: no julgado paradigma mencionado houve a necessária dilação probatória para se averiguar o fenômeno da repercussão, o que merece destaque, porque para os fins desse trabalho a questão do indébito tributário não pode ser resolvida com a rigidez da antiga súmula nº 71 do Supremo Tribunal Federal, tampouco com as “vistas grossas” defendidas pela majoritária doutrina tributária, que simplesmente desconsidera o fenômeno da repercussão econômica dos tributos.

Não se desconhece as críticas baseadas no fato de que ao Direito Tributário não importam as convenções (e realidades) particulares, conforme está previsto no artigo 123 do Código Tributário Nacional, segundo o qual “salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”. Como exemplo desse ponto de vista, vale a citação de Sousa (1975 apud KNOEPFELMACHER, 2005, p. 185):

Alegando que os impostos indiretos (especialmente o de consumo e de vendas e consignações) são pagos pelo contribuinte, os suportados em definitivo por outra pessoa, a qual aquele os transfere por acréscimo no preço, o fisco recusa a restituição ao contribuinte, sob o fundamento de que este o receberia duas vezes. [...] Esse ponto de vista nos parece errado, porque o contribuinte legalmente obrigado ao pagamento ao tributo é que tem juridicamente direito à sua restituição; o fato de já ter recuperado de terceiro o respectivo montante, além de ser um fato econômico e não jurídico e por isso mesmo impossível de apurar com segurança, daria, quando muito, ao terceiro o direito de pleitear por sua vez do contribuinte a reposição de parte do preço: este aspecto, evidentemente, é estranho ao direito tributário e configura questão de direito privado entre o contribuinte como vendedor e o terceiro como comprador. De resto, se se admitisse a teoria do fisco, estaria o direito tributário reconhecendo a existência de dois contribuintes, o de direito e o de fato, o que, como já vimos, não é exato.

Nesse mesmo sentido, a obra de Oliveira (2001, p. 360):

A assunção do custo tributário é matéria estranha à relação jurídica tributária, atendo-se à relação jurídica diversa, de direito privado, e entre

partes também diversas, das quais apenas uma integra a relação jurídica tributária juntamente com o sujeito ativo desta. Por isso mesmo, o art. 123 do CTN estatui como regra a inoponibilidade ao fisco das convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento dos tributos.

Embora a validade lógica da construção do argumento, acredita-se não ser invocável o artigo 123 do Código Tributário Nacional na questão, porque o dispositivo veda que disposição particular altere disposição legal. Revela-se até desnecessária tal previsão diante da forma como é construído o ordenamento jurídico, regido pelo princípio da legalidade - ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei - e de sua consequência – ninguém se escusa de cumprir a lei – ou seja, a ninguém é permitido recusar o cumprimento da lei por vontade própria, portanto, nenhuma convenção particular, em qualquer seara jurídica, poderá tolher os efeitos de norma impositiva.

Ademais, o artigo não é aplicável porque, quando se trata de tributo declarado como inconstitucional ou ilegal, o que importa é reparar o direito de propriedade daquele que foi onerado com uma cobrança indevida, devendo ser ressarcido aquele que realmente foi prejudicado, não havendo que se falar em convenções particulares, como pretendem os autores.

Portanto, como o foco do trabalho é a aplicação das premissas da Análise Econômica do Direito à questão da repetição do indébito tributário, a solução mais eficiente para litígios dessa natureza são aquelas que privilegiam a realidade em detrimento das presunções, para alcançar a otimização na alocação dos recursos.

Não se olvide que é possível se invocar o princípio da eficiência para a interpretação de questões tributárias, pois esse norte encontra previsão constitucional. Diante disso, com vistas à eficiência e melhor alocação dos recursos e em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário da doutrina majoritária, entende-se como correta a direção seguida pelo artigo 166 do Código Tributário Nacional com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a súmula nº 546 daquela Corte.

Apesar da classificação dos tributos em diretos e indiretos, na realidade, são em regra repercutidos no preço dos bens e serviços, onerando o consumidor. Ou seja, ao pagar um tributo declarado posteriormente inconstitucional, o produtor não sofreu empobrecimento, porque não arcou com o custo tributário.

A devolução seria ineficiente, porque seria onerado o mercado consumidor (mediante captação de receitas tributárias) pela segunda vez. Entretanto, garantindo-se ao contribuinte de direito a ampla dilação probatória, uma vez comprovado que suportou o custo do tributo, o produtor faria jus à repetição do indébito. Essas conclusões estão de acordo com os princípios constitucionais de proteção ao direito de propriedade (consequentemente, a vedação ao enriquecimento ilícito) e ao princípio constitucional da ampla defesa.

Há um último ponto a se analisar, envolvendo o ordenamento jurídico-tributário brasileiro. A conclusão poderia facilmente sucumbir caso confrontada isoladamente com o artigo 165 do Código Tributário Nacional que, em seu texto, garante a repetição, independentemente, de outras providências ou condições. Entretanto, a leitura desse artigo se faz em conjunto com o artigo 166 do mesmo Código, que condiciona a repetição à prova de que o encargo tributário não foi repassado a terceiro.

3.4.4 A Possibilidade de Mitigar a Repetição do Indébito Tributário: Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade

Expostas as razões acima, questão que pode ser levantada refere-se à possibilidade de se declarar um tributo inconstitucional e na mesma decisão se mitigar a repetição do indébito tributário no sistema jurídico brasileiro.

Essa providência encontra previsão na Lei Federal nº 9868/1999, que prevê a possibilidade de fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – *ex tunc* ou *ex nunc* – diante de relevantes razões e de quórum qualificado no Supremo Tribunal Federal, conforme expõe Araújo (2006, p. 49):

a lei n. 9.868/99 tratou, em seu art. 27, de permitir, pelo quórum de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, fundando a decisão em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, possa a Corte decidir com efeito *ex nunc* ou ainda a partir do momento em que achar necessária a produção dos efeitos. A regra, portanto, é *ex tunc*. Mas pode-se declarar com efeito *ex nunc* ou então a partir de determinado período, sempre pelo quórum de 2/3. Imaginemos uma hipótese de lei de criação de cargos públicos julgada inconstitucional depois de providos e depois de seus ocupantes entrarem em exercício. Foram praticados atos que seriam, pelo efeito *ex tunc*, julgados inexistentes e, portanto, nulos. Com a decisão de efeito apenas *ex nunc*, os atos praticados ficam validados e as verbas recebidas são mantidas – pois houve trabalho -, produzindo efeitos a partir da decisão, com o reconhecimento da inexistência dos cargos públicos. Em resumo: os atos praticados e as verbas pagas foram válidos, mas os

funcionários perderão seus cargos a partir do trânsito em julgado do acórdão.

O instituto da nulidade da lei inconstitucional é tema presente em grande parte dos países que adotam o controle de constitucionalidade. Foi analisada já na origem oficial do controle de constitucionalidade das leis pela Suprema Corte americana por meio do caso *Marbury versus Madison*, na inteligência célebre do então Juiz Marshall (1997, p. 26), que consagrou:

Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que não aplicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, os Tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam. Aqueles, pois, que contestam o princípio de que a Constituição deve se ter e havida no Tribunal como lei predominante, ficam reduzidos à necessidade de sustentar que os juizes e os tribunais devem fechar os olhos para a Constituição e só fitá-los na lei. Assim a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que, os Tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento. A notificação deve ser declarada e sem nenhum efeito.

A decisão de Marshall trouxe para o controle de constitucionalidade o princípio de que toda a lei incompatível com a Constituição é nula desde o início, pois isto decorre da preservação da supremacia constitucional. O dogma da nulidade da lei inconstitucional, assim, permite afirmar que a norma é absolutamente nula desde sua edição, tendo a decisão de inconstitucionalidade caráter puramente declaratório, ou seja, a sentença que declara a inconstitucionalidade reconhece uma nulidade preexistente *ab initio*, operando retroativamente e, portanto, reconhecendo que a lei não poderia gerar efeitos.

A doutrina brasileira clássica, com base nos ensinamentos norte-americanos, passou a admitir a nulidade da lei inconstitucional como algo inerente ao controle de constitucionalidade, considerando que a admissão de eficácia do ato nulo poderia comprometer sobremaneira a supremacia da Constituição Federal.

Contudo, conforme Mendes (1996, p. 95-99) a teoria não surtiu efeitos práticos relevantes em um primeiro momento. Até 1934, não se contava com nenhum instrumento efetivo que proporcionasse observação obrigatória para as decisões de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso. A decisão não se mostrava apta a retirar o ato inconstitucional de circulação, possuindo apenas efeitos obrigatórios *inter partes*. Com o advento da Constituição de 1934, passou-se a utilizar o instituto da suspensão de executoriedade de atos inconstitucionais pelo Senado Federal. Com previsão em todas as Constituições posteriores, com exceção da Carta de 1937, a suspensão acabava por sustar a vigência do ato inconstitucional apenas quando o Senado se manifestasse. Desta forma, ainda se mantinha um grau de fraqueza nas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à ilegitimidade constitucional de atos.

Tal problema só veio a ser superado na segunda metade do século passado, quando a Corte passou a utilizar a eficácia *erga omnes* nas decisões proferidas em controle abstrato de normas. Com isso, a suspensão pelo Senado passou a ter importância tão só no controle difuso, estando as decisões de inconstitucionalidade realizadas no modelo concentrado preenchidas de eficácia *erga omnes*, obrigando todos a se comportarem de acordo com o teor do julgamento (MENDES, 1996, p. 98).

Assim, a idéia norte-americana da nulidade como fundamento de inconstitucionalidade passou a nortear o pensamento da doutrina brasileira. A lei contrária a Constituição é inválida, írrita, nula absolutamente. A decisão que assim reconhece, retroage até a data de edição do ato inconstitucional, declarando algo que já era natimorto.

Não obstante, outro posicionamento foi defendido inicialmente na Europa. A idealização kelseniana acerca da criação de um Tribunal Constitucional para a defesa da Constituição implicou na formulação de um novo modelo de controle de constitucionalidade, diverso do norte-americano caracterizado tipicamente como difuso a todos os órgãos do Poder Judiciário. Kelsen, então, propôs um sistema onde o controle de constitucionalidade das leis seria função atribuída a apenas um órgão, independente do Poder Judiciário e dos demais poderes políticos do Estado (KELSEN, 1999). O modelo austríaco, então, é baseado na afirmação de que a garantia objetiva da Constituição resulta na anulação do ato inconstitucional. Kelsen sustenta que o ato que se mostra viciado de inconstitucionalidade não será nulo,

mas simplesmente anulável. Para tal entendimento, se o controle de constitucionalidade é exercido por um único Tribunal, este tem a competência para anular a lei para todos os casos a que ela se refira, vale dizer, com eficácia *erga omnes*. Até a pronúncia da Corte, contudo, a lei permaneceu válida e aplicada por todos os poderes políticos do Estado. A projeção dos efeitos da anulação da lei inconstitucional ocorre somente para o futuro, de maneira que os efeitos produzidos no pretérito permanecem intocáveis.

No Brasil, após o advento da Constituição de 1988, houve algumas decisões de inconstitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispondo de eficácia *ex nunc*, como, por exemplo, o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 122.202, em que houve declaração de inconstitucionalidade de norma que concedia aumento para servidores públicos, mas foram preservados todos os pagamentos concedidos com base na lei inválida até a data da decisão. Mendes (1996, p. 98), ao comentar esta decisão, faz crítica veemente ao posicionamento adotado pela Corte, sustentando que:

em face de todas estas considerações, a tentativa desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de preservar as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos com base numa lei posteriormente declarada inconstitucional parece carecer de qualquer fundamentação jurídica mais consistente. Certamente, o princípio da irredutibilidade de vencimentos não se presta para conferir sustentação à tese adotada, uma vez que [...] o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem, também, hierarquia constitucional. Não é preciso dizer, outrossim, que os vencimentos irredutíveis são apenas aqueles lícitamente percebidos.

Não obstante as restrições por parte da doutrina, um dos principais fundamentos de aceitação do posicionamento visualizado se deve à idéia de preservação do princípio da boa fé e da segurança jurídica, pois as relações estabelecidas sob o império da lei atacada, seja entre particulares ou entre estes e o Poder Público, restariam abaladas caso a lei fosse declarada nula desde o seu nascimento. As relações criadas sob a supremacia da norma ilegítima foram firmadas na boa fé dos participantes, bem como os pactos foram estabelecidos na certeza de seus cumprimentos. A eliminação de certos atos constituídos sob a égide da lei inconstitucional poderia resultar em graves conseqüências no mundo jurídico, ferindo interesses e valores consagrados.

Para os fins do presente trabalho, o artigo 27 da Lei 9868/99, quando enuncia a possibilidade de manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, condicionando a decisão à existência de razões de segurança jurídica ou relevante interesse social, em verdade, autoriza a possibilidade de ponderação dos efeitos econômicos de uma repetição de indébito tributário.

Na hipótese tratada nesse ponto, a situação é a seguinte: a procedência do pedido declaratório do produtor em ver declarada inconstitucional a previsão exacional; a improcedência do pedido ressarcitório do fornecedor contra a Fazenda Pública, tendo em vista a repercussão do tributo.

A previsão legal acima mencionada concilia perfeitamente a procedência e a improcedência, porque dissocia a condenação da declaração de inconstitucionalidade.

Para ilustrar a situação, tome-se uma demanda condenatória de ressarcimento por ato ilícito civil. Uma vez declarada a culpa exclusiva, decorre naturalmente a responsabilidade do culpado em ressarcir. A concepção clássica de inconstitucionalidade (efeitos *ex tunc*) também aponta no sentido de que a devolução do tributo decorre naturalmente da declaração pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, como foi exposto acima, apesar de um tributo ser inconstitucional (e tanto o contribuinte de fato quanto o de direito têm legitimidade para discutí-lo), não se exige que o autor da demanda tenha legitimidade para a repetição, pois só terá direito subjetivo se ficar provado que não fez repercutir a exação¹¹².

¹¹² Na seara processual, poder-se-ia questionar se o consumidor teria legitimidade para propor demanda de repetição de indébito em face da Fazenda. O ponto de vista exposto no trabalho não pode indicar outro caminho senão a resposta afirmativa, pois se foi o consumidor que arcou com a repercussão econômica do tributo, é ele o legitimado para obter o ressarcimento por parte do erário. Seria essa solução não eficiente, uma vez que a fonte para o pagamento dos valores seria a totalidade do público consumidor, partindo do princípio que só parte dos consumidores foi onerada pelo tributo inconstitucional (seja em razão da atividade econômica, especificidade do fato gerador, etc)? A resposta seria não, uma vez que nesse caso estaria havendo a maximização do bem-estar, com a redistribuição da renda, uma vez que parcela dos consumidores que foram privilegiados com o financiamento dos serviços públicos às custas da parcela do público consumidor onerado, participará com parcela de patrimônio, distribuindo assim o ônus da parcela de consumidores afetada com o tributo inconstitucional entre todos aqueles que auferiram vantagem com a receita. Do ponto de vista da eficiência de Kaldor-Hicks, haveria uma melhora para a parcela afetada pelo tributo constitucional com um mínimo de prejuízo da parcela que não foi onerada com tal tributo no início, mas obteve benefícios com a receita utilizada para custeio dos bens (serviços) públicos, e agora só contribui de forma proporcional para o custeio. Para corroborar o entendimento exposto, no sentido do

Assim, essa dissociação necessária é solucionada no ordenamento brasileiro pela aplicação do artigo 27 da Lei Federal nº 9868/99.

Não se desconhece as críticas a aplicação desse dispositivo. Segundo Bichara (2005, p. 72):

Equivalendo a lei inconstitucional à ausência de Lei (na linha do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIn 2-1 DF), correto afirmar-se que, no caso da declaração de inconstitucionalidade de norma pela Corte Suprema, inexistirá a matriz legal indispensável à tributação, nos exatos termos do inciso I do art. 150 da Constituição Federal. Portanto, admitir a possibilidade de incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/99 no âmbito tributário, implicaria não só na negativa do princípio da supremacia da Constituição, mas em violenta afronta ao princípio da estrita legalidade, plasmado no Texto Maior.

De forma mais incisiva, Martins, I. (2001 apud BICHARA, 2005, p. 73) ilustra a hipótese:

Tal entendimento pode gerar, principalmente no campo do direito tributário, a irresponsabilidade impositiva, com a possibilidade de exações inconstitucionais, mesmo após a decisão definitiva da Suprema Corte, terem seus inconstitucionais efeitos perpetrados, entendendo-se o Estado – que violentou a Constituição – autorizado a permanecer com o produto da arrecadação ilegítima, pela eficácia ofertada à decisão definitiva. Seria como permitir ao assaltante ficar com todo o produto do roubo declarado até o momento em que houvesse sua condenação, proibido de voltar a roubar as mesmas vítimas depois de ser condenado.

consumidor deter legitimidade processual para demandar a restituição, veja-se a exposição de Rodrigues, W (2005, p. 93-94), que é aplicável nesse ponto, a despeito de utilizar em sua exposição a figura da substituição tributária: “seria o substituído parte legítima para demandar em face da Fazenda Pública uma restituição da quantia paga a maior quando o substituto repassa-lhe o encargo tributário superior ao devido (por exemplo, quando é inconstitucional o tributo em causa e mesmo assim o substituto recolhe o tributo, repassando ao substituído o encargo)? Preconizam-se soluções diferenciadas para essa questão. Se a hipótese é de substituído sem qualquer responsabilidade supletiva, o que se passa na maioria das vezes, ele deve ser considerado mero contribuinte de fato a quem compete dar autorização ao substituto (CTN, art. 166) para ingressar com a ação de repetição. Como alternativa, deve ficar reservado a ele o direito de obter em ação própria a recuperação do valor que lhe foi repassado, ajuizando-a diante de litisconsórcio passivo necessário a se formar com a citação da Fazenda Pública e do substituto tributário, sendo certo que o fundamento do pedido condenatório visando devolução do indébito é o enriquecimento sem causa. Todavia, se o substituído é figura tratada como responsável em caráter supletivo, é ele co-titular da relação jurídica tributária originária e, bem por isso, deve o substituído ajuizar ação em litisconsórcio ativo necessário com o substituto tributário (ambos figurando na qualidade de autores) em face da Fazenda Pública (réu). Se o contribuinte substituto negar-se a demandar (princípio da disponibilidade da ação), mesmo assim deve ser citado para vir integrar a causa (CF, artigo 5º, inciso LV c/c CPC, artigo 47 § único) nada impedindo que até mesmo conteste a ação de repetição do indébito tributário (por suposto que o contribuinte substituto entenda que o tributo é constitucional e o substituído dele divirja tanto que propôs ação de repetição de indébito!)”.

Com o devido respeito aos entendimentos, mas não se pode desconhecer que a norma, vigente sob o manto da presunção de constitucionalidade, produziu efeitos e que desconsiderar essa realidade traria mais insegurança que segurança jurídica. Outrossim, outros valores poderiam ser consagrados com o respeito aos efeitos produzidos pela norma inconstitucional.

Como leciona Dallazem, não há conflito entre se manter vigente a lei declarada inconstitucional para o fim de se mitigar a repetição do indébito e a supremacia constitucional, porque a decisão com efeito *ex nunc* estará privilegiando outros princípios constitucionais, como a segurança jurídica, por exemplo, ou na hipótese do presente trabalho, o interesse do consumidor:

não vislumbramos a nulidade da lei inconstitucional como categoria principiológica. Pelo contrário, sustentamos o efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em abstrato e da suspensão promovida pelo Senado (que também opera em abstrato). Logo, antes haveria, em relação ao passado, um conflito entre a supremacia constitucional (preferência da Constituição em detrimento da norma que lhe é ofensiva) e a manutenção do vigor da norma no período entre a publicação e a declaração de sua inconstitucionalidade; investigação esta que deverá se operar caso a caso, concretamente, após a decisão de invalidade.

Quando afastarmos, no passado, essa irradiação do vigor, é porque prestigiaremos algum ou alguns princípios constitucionais e estará concretizada a supremacia Constitucional. E quando concluirmos pela sua manutenção, ainda assim estaremos garantindo a supremacia da Constituição, pois estaremos também realizando valores que ela própria visa resguardar. Em qualquer caso, estaremos homenageando a própria Constituição. Em qualquer caso, estarão sendo resguardados direitos protegidos com magnitude. Não se trata, portanto, de preferir a lei em detrimento da Constituição, contrariando a advertência de MARSHALL em *Marbury vs. Madison*; não se trata ainda, como quer Alfredo BUZAID, de ab-rogar o dispositivo constitucional violado; trata-se, e isso deve ser frisado, de resguardar princípios que a própria Constituição consagra, para que ela mesma não resulte desobedecida.

Por fim, muitos doutrinadores, como Martins, I., acima citado, afirmam que seria demasiado arriscado criar-se a tradição de se mitigar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, porque isso seria um incentivo à atividade arrecadatória de forma despropositada. Entretanto, não se pode partir da presunção de “má-fé” do Estado na criação de tributos. O sistema jurídico, seja no campo privado ou no campo público, privilegia as presunções de boa-fé nos atos jurídicos e de presunção de legitimidade dos atos administrativos. Logo, crer na malícia e manipulação por parte do legislador é negar o próprio princípio do ordenamento.

Ademais, tal entendimento desconsidera a dinâmica das relações político-representativas, ou seja, seria presumir que haveria consenso entre os três Poderes e todas as representações populares para se criar “engodos” legislativos com a finalidade exclusiva de prejudicar o contribuinte. Seria simplificar demais a complexa trama da política e do poder.

Dito isso, é possível passar-se à segunda questão que trata da concorrência e do direito tributário. Frise-se que para fins da solução preconizada acima, as condições de mercado – como são mencionadas no julgado paradigma do Supremo Tribunal Federal – eram normais.

A seguir, tratar-se-á da repetição do indébito tributário, quando as condições de concorrência são modificadas pela tributação.

3.5 DA INFLUÊNCIA DOS TRIBUTOS SOBRE A CONCORRÊNCIA E AS CONSEQUÊNCIAS PARA O CONSUMIDOR

3.5.1 Do Problema

Para ilustrar o problema a ser analisado, hipotetiza-se a seguinte situação: diante de um oligopólio¹¹³, duas empresas X e Y propõe demanda visando à declaração de inconstitucionalidade de um determinado tributo T, que vinha sendo cobrado por um período P.

A primeira empresa X obtém decisão deferindo antecipação de tutela, suspendendo o surgimento do crédito tributário e, posteriormente, sentença julgando seu pedido procedente, com trânsito em julgado, pois não admitido o recurso extraordinário da fazenda, em razão de que não se verificaram presentes os requisitos de admissibilidade para tanto.

A segunda empresa Y, cuja demanda tramitava perante outro juízo, não obtém a liminar, tampouco sentença de procedência, sendo que seu recurso extraordinário também não é admitido. Dois anos mais tarde, advém decisão do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucional a lei instituidora do tributo com efeitos *ex tunc*.

Verifique-se a questão econômica das empresas: a empresa X deixou de ter o custo T na formação do preço de seu produto desde o momento do deferimento da liminar. Portanto, sua “mais valia” se formou pela seguinte equação: $\text{Lucro} = \text{Preço} - \text{Custo} - T$ (em relação à empresa Y). De outro lado, a empresa Y obtinha seu lucro pela seguinte equação: $\text{Lucro} = \text{Preço} - \text{Custo} + T$ (em relação à empresa X).

Essa margem T era o diferencial da composição do preço dos produtos de ambas as empresas. A empresa X poderia trabalhar com esse diferencial de três formas: ou reduziria seu preço, atacando de forma predatória a empresa Y, de forma a forçá-la a sustentar o prejuízo para competir no mercado no mesmo percentual de preço de X; ou poderia a empresa X manter o mesmo preço praticado por Y,

¹¹³ “Entre os extremos de concorrência perfeita e monopólio há outros modelos de estrutura de mercado, dos quais o oligopólio e a concorrência imperfeita são os mais importantes. O primeiro é caracterizado pelo domínio do mercado por um número pequeno de empresas cujas decisões dependem da reação que esperam que seus concorrentes venham a ter – por exemplo, se reagirão a uma redução do seu preço também reduzindo os preços. Em face dessa interdependência, a decisão do que é ótimo fazer depende, além dos custos de produção e das preferências dos consumidores, do comportamento das demais empresas” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 60).

auferindo de forma arbitrária o lucro exorbitante T+L; ou poderia aplicar essa diferença como forma de diferencial competitivo para eliminar a concorrência de Y a médio ou longo prazo.

Diante dessas circunstâncias, seria eficiente¹¹⁴ promover a repetição do indébito em prol da empresa Y em qualquer circunstância? Essa é a questão a ser analisada.

3.5.2 Introdução: O Direito de Concorrência e a Proteção ao Consumidor

A defesa da concorrência é tema que importa sobremaneira à Análise Econômica do Direito, sendo que grandes avanços nessa matéria se devem à Escola de Chicago, uma das principais correntes do movimento¹¹⁵. A regulamentação da concorrência fomenta a produção mais eficiente e a melhor alocação dos recursos, para que os fornecedores não exerçam demasiada influência na formação dos preços, em regimes de monopólio, oligopólio e de concorrência imperfeita.

Pinheiro e Saddi (2005, p. 355) explicam da seguinte forma a lógica da defesa da concorrência:

¹¹⁴ Do ponto de vista do princípio da eficiência no campo tributário, o Poder Judiciário tem papel fundamental como instituição. Sua atuação interfere drasticamente sobre o comportamento econômico, conforme preconizam os adeptos da Nova Economia Institucional, como Williamson e North, mencionados no primeiro capítulo da primeira parte. Acerca do princípio da eficiência no direito tributário e o Poder Judiciário, anote-se o seguinte entendimento: “No caso do Poder Judiciário, a eficiência faz-se não apenas pela ágil tramitação dos processos e pela supressão de diligências inúteis ou pelo exacerbado formalismo, senão que também, com ainda mais ênfase, com o atendimento de necessidades urgentes das partes, diante de riscos de perecimento de direitos, prejuízos financeiros, etc. Com efeito, talvez um dos mais nocivos efeitos que se esteja a verificar atualmente no Poder Judiciário consiste na prolação de decisões (liminares ou antecipação de tutela) que – ainda que denotem concordar com o mérito de pretensões que objetivam afastar exações fiscais indevidas – negam o pedido de afastamento imediato da exigência, obrigando a empresa a incorrer em pagamento indevidos, ‘por não evidenciar *periculum in mora* ou risco de irreversibilidade’, nesses vultosos dispêndios ao longo – muitas vezes – de uma década inteira de duração de processo; como se arcar com um ônus indevido não fosse implicar em uma série de medidas restritivas para a empresa, como frustração de investimento, redução de quadro funcional, cortes de despesas, busca de recursos no mercado financeiro, etc” (GOLDSCHMIDT; VELLOSO, 2006, p. 193).

¹¹⁵ “A partir da década de 80, no entanto, atinge seu auge a Escola de Chicago, levado ao poder, nos Estados Unidos, durante o governo de Ronald Reagan. Essa Escola, iniciada pelas lições de Aaron Director e Ronald Coase nos anos 50, tem como principais expoentes Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner. [...] A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficia os consumidores. Esse fato é verdadeiro, esteja o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição. Os principais institutos antitruste passam a ser pensados em termos de ‘eficiência alocativa’” (FORGIONI, 2005, p. 173-174).

A competição reflete a disputa entre as empresas pela possibilidade de vender seus produtos para o maior número possível de clientes. É o principal mecanismo com que uma economia de mercado conta para garantir o seu bom funcionamento. Em mercados competitivos, as empresas precisam manter baixos custos e margens de lucro, oferecer produtos de boa qualidade, e estar sempre inovando e colocando novos produtos à disposição dos consumidores. Caso contrário, correm o risco de serem expulsas do mercado por concorrentes mais hábeis. No longo prazo, a disputa entre empresas em um mercado competitivo leva à maximização das eficiências alocativas, técnica e 'dinâmica' (entendida esta como a resultante do progresso técnico), garantindo uma alocação ótima de recursos e o máximo de bem-estar social.

Os autores esclarecem que a idéia de livre mercado e livre concorrência não se confundem. Esta, erigida à condição de princípio constitucional no inciso IV do artigo 170, tem como objetivo criar estruturas competitivas de mercado para que os agentes possam então exercer sua livre iniciativa, entrando, permanecendo ou saindo do mercado quando esse for seu desejo (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 356).

Pinheiro e Saddi (2005, p. 396) esclarecem que a defesa da concorrência tem como objetivo final a defesa do consumidor:

A Constituição Federal protege a tutela do consumidor, como enunciado nos artigos 5º e 170, nos seus incisos XXXII e V, respectivamente. O primeiro estabelece que o 'Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor' e o faz para a proteção da ordem econômica, segundo artigo aqui cotado, que afirma que 'a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor'. Se existe a obrigação constitucional do Estado em promover a tutela do consumidor, qual é a sua relação com a defesa da concorrência? A concorrência, como vimos, tem o objetivo de dar liberdade de escolha ao consumidor. De nada adiantaria proteger a concorrência se não houvesse mercado; e só há mercado com a existência do consumidor.

A defesa da concorrência está ligada ao interesse dos consumidores, mesmo que de forma mediata. Forgioni (2005, p. 279), em comentário ao inciso III do artigo 20 da Lei Federal nº 8.884/94, afirma que a norma antitruste condena a prática de lucro arbitrário tendo como foco o consumidor, tendo em vista que tal conduta, em princípio, em nada promove a livre concorrência ou livre iniciativa, esses sim os objetivos imediatos da lei:

o inciso III do art. 20 da Lei Antitruste coíbe o aumento arbitrário de lucros do agente econômico, sem qualquer referência a eventual posição dominante por ele detida. Há de se notar que a repressão aos altos lucros, em princípio, não traz incentivo algum à concorrência ou à livre iniciativa, à medida que a possibilidade de sua aferição é um sinalizador para a

concorrência potencial apto a aumentar o grau de competitividade do mercado relevante. Por óbvio, os altos lucros atraem agentes econômicos, incentivados que são pela possibilidade de ganhos. Costuma-se dizer que esses agentes estão prontos a alçar vôo, para entrar naquele setor da economia (*in the wings*). Onde já lucros, se não houver elevadas barreiras à entrada, a concorrência potencial tende a transformar-se em efetiva. Ora, se a repressão ao lucro arbitrário não vai ao encontro dos interesses do mercado, seria mesmo fechar-se em uma teórica torre de marfim não admitirmos que essa repressão visa, precipuamente, à proteção do *consumidor*.

Esclarece a autora que a diferença de tratamento da matéria entre o Brasil e os Estados Unidos faz com que lá não se puna os lucros abusivos, pois o foco de proteção principal da política antitruste é a livre concorrência. Assim, com a defesa de um mercado com muitos participantes, o interesse do consumidor é atendido de forma indireta, tendo em vista que a disputa concorrencial imporá limite aos lucros. (FORGIONI, 2005, p. 282).

A defesa da concorrência e a busca da eficiência são questões intimamente ligadas¹¹⁶. De acordo com Proença (2001), a lei antitruste parte do princípio de que a concorrência tende a maximizar o desempenho econômico, tornando-o mais eficiente, à medida que incentiva a produção, a preços reduzidos, de grandes quantidades e variedades de produtos possibilitando aos consumidores a livre escolha.

Forgioni explica que a Lei Antitruste brasileira (8.884/94) condena a prática de preços excessivos, pois tal conduta indica o abuso de posição dominante. Os preços abusivos, que devem estar ligados aos lucros exorbitantes, não violam de forma direta a livre concorrência ou a livre iniciativa, mas sim o interesse dos consumidores. Por tal motivo, é controverso o interesse da política antitruste pela prática de preços abusivos¹¹⁷. Entretanto, fato é que o artigo 20, inciso III, em

¹¹⁶ “Dentre os diversos objetivos a que se propõe a legislação de defesa da concorrência está o da promoção da eficiência econômica, que resulte na maximização da satisfação dos consumidores, tendo em contrapartida a maximização dos lucros dos produtores, uma vez que o mercado competitivo é o bem jurídico tutelado pela legislação antitruste, que tem sua matriz constitucional no princípio da livre concorrência, harmoniosamente conciliado com o princípio da livre iniciativa” (PROENÇA, 2001 p. 98).

¹¹⁷ “Não obstante, como já apontamos, a prática de preços altos e a auferição de lucros excessivos, em princípio, atuam como sinalizador para os agentes econômicos que exercem uma concorrência potencial, de forma a provocar o estímulo da entrada de novos concorrentes no mercado em questão. Ou seja, os preços (e os lucros) altos fomentariam a concorrência, e sua repressão reverteria em prejuízo para o mercado. Por essa razão, muitos acreditam que, em um mercado competitivo e com barreiras à entrada relativamente baixas, o agente econômico não praticaria o preço excessivo justamente porque a sinalização a novos competidores não seria uma ‘opção racional’. Talvez o fato de que o controle dos preços não implica proteção à livre concorrência seja o motivo não só das conflitantes declarações de especialistas brasileiros, mas também da dificuldade europeia de tratar a

conjunto com o artigo 21, inciso XXIV e parágrafo único, da Lei Antitruste, vedam a imposição de preços excessivos causando o aumento arbitrário dos lucros:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] III - aumentar arbitrariamente os lucros; [...]

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; [...]

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Outrossim, elemento de controvérsia é a própria delimitação do que seja o preço excessivo. Segundo a autora, é de extrema complexidade a determinação do momento em que o preço fixado pelo agente econômico com posição dominante deixa de ser normal para se tornar abusivo.

Tratando da experiência européia, afirma que as autoridades antitruste iniciam tal determinação pela análise do custo do produto e pelo preço de produtos que possam ser tidos como sucedâneos. Tais critérios foram positivados na lei antitruste brasileira, no parágrafo único do artigo 21. Não obstante a suposta objetividade desses marcos, a autora reconhece que são demasiado abertos, sobretudo quando se condiciona a aferição dos preços abusivos em um mercado relevante¹¹⁸, outro critério de extrema fluidez e de difícil determinação (FORGIONI, 2005, P. 353-360).

questão, muito embora a imposição de preços não equitativos seja expressamente reprimida pelo art. 82(1) do Tratado CE” (FORGIONI, 2005, p. 356-357).

¹¹⁸ “O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua delimitação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 20 da Lei 8.884, de 1994. [...] não há uma fórmula matemática para a determinação do mercado relevante, mas apenas métodos que acabam por nos fornecer indicativos que, utilizados de forma conjugada, auxiliam nessa ingrata tarefa” (FORGIONI, 2005, p. 231-232). Veja-se também outra definição: “O poder de mercado de uma

Entretanto, a complexidade, sobretudo de coleta de dados, não é justificativa para que o direito concorrencial deixe de perseguir seu objetivo: estudar e determinar quais são as condutas violadoras da livre iniciativa e livre concorrência. Como esclarece a autora Forgioni - em nota acima - não há uma fórmula matemática para se determinar qual o mercado relevante de um determinado produto, de outro lado, há métodos que permitem algumas conclusões indicativas e, pelo conjunto das conclusões, é possível se determinar com relativa segurança qual o âmbito mercadológico que uma conduta anticoncorrencial pode prejudicar.

De acordo com essa experiência, não se revela condizente com a importância do objeto e com os princípios constitucionais tributários, especialmente no que toca à capacidade contributiva¹¹⁹, a afirmação de muitos tributaristas de que fatos econômicos não importam ao Direito em virtude da complexidade de sua análise.

5.3.3 Os Regimes de Mercado

Feita a breve introdução ao tema do direito da concorrência, passa-se agora à questão dos regimes de mercado ou de organização da concorrência, que está dentre as inúmeras possíveis variáveis que podem influir na repercussão econômica dos tributos.

empresa, isto é, sua posição dominante, conforme detalhado anteriormente, há de ser medido em função do mercado em que atua, ou seja, do seu mercado relevante, terminologia essa usada, em diversas ocasiões, pela Lei n. 8.884/94. [...] O mercado relevante é constituído de um grupo de produtos em uma área geográfica, tendo como principal característica a substitutibilidade, considerando-se a resposta da demanda de cada grupo de compradores e a resposta dos concorrentes. Assim, a definição do mercado parte de dois tipos de respostas: a possível resposta dos clientes (fatores de substituição da demanda) e a possível resposta dos concorrentes (fatores de substituição da oferta)" (PROENÇA, 2001 p. 115-116).

¹¹⁹ Acerca do princípio da capacidade contributiva nos impostos indiretos, afirma Luciano Amaro: "a *personalização* do imposto pode ser vista como uma das faces da capacidade contributiva, à qual, sem dúvida, o imposto pessoal deve ser adequado. Mas os impostos reais (que consideram, objetivamente, a situação material, sem levar em conta as condições do indivíduo que se liga a essa situação) também devem ser informados pelo princípio da capacidade contributiva, que é postulado universal da justiça fiscal. Ou seja, não se pode, na criação de impostos reais (como soem ser os impostos indiretos), estabelecer critérios de quantificação do gravame em termos que ofendam a presumível capacidade econômica do contribuinte, ou do contribuinte 'de fato', em função de que, nos tributos indiretos, deve ser aplicado o princípio. Não há nenhuma razão pela qual pudessem ser desconsiderados, no caso de impostos indiretos, os valores que os princípios em análise buscam preservar, a pretexto de que a capacidade contributiva deva ser a do contribuinte de direito, ignorando-se o contribuinte 'de fato'. Não fosse assim, o princípio poderia ser abandonado, para efeito de tributação de alimentos básicos e remédios, a pretexto de que os contribuintes de direito dos impostos aí incidentes são empresas de altíssimo poder econômico" (AMARO, 2007, p. 148).

Segundo Nusdeo (2005, p. 266), a concorrência é verificada em graus, não bastando a mera preocupação acerca da existência ou não de concorrentes em um mercado. Esses graus podem ser classificados da seguinte forma: concorrência perfeita, concorrência imperfeita, oligopólio ou oligopsônio, monopólio ou monopsônio e monopólio bilateral.

O mercado de concorrência perfeita é uma ficção, pois é impossível sua perfeita verificação na realidade, diante da existência inevitável das falhas de mercado, a despeito de mercados rudimentares possuírem características básicas de concorrência perfeita, como uma feira livre.

A concorrência perfeita pressupõe que haja interação entre grande número de compradores e vendedores; nenhum deles detenha mais influência do que os demais; os produtos postos à venda sejam homogêneos; fácil acesso e retirada do mercado de qualquer interessado; acesso a todas as informações (ausência de simetria de informações); ausência de economia de escala e de externalidades (NUSDEO, 2005, p. 266-267). Nesse modelo, o preço é obtido pela interação de compradores e vendedores e não há lucro, porque os preços são fixados no limite do custo marginal de produção. Caso algum vendedor tente maximizar seu rendimento, será imediatamente excluído do mercado, pois os compradores – que gozam de plena informação – adquirirão o produto homogêneo de outro vendedor.

O regime de concorrência imperfeita também pressupõe vasto número de vendedores e compradores, entretanto, não estão mais presentes os demais requisitos do regime anterior, em especial, por não haver homogeneidade dos produtos e serviços oferecidos, via de consequência, os concorrentes já não têm iguais influências na fixação dos preços. O autor afirma que a procura passa a ser viscosa ou grudenta, uma vez que adere a um determinado vendedor, seja em razão da publicidade, qualidade do produto, benefícios agregados, de modo que ocorrem certas segmentações no mercado. Já não há mesma simetria de informações para os compradores, de modo que não se presume que possam sempre conhecer qual o menor preço (NUSDEO, 2005, p. 269-270).

O oligopólio, segundo Nusdeo (2005, p. 271), “é o regime no qual a oferta está concentrada nas mãos de poucos. Do grego *oligos* (poucos) e *polein* (vender). Isso sucede não apenas quando os vendedores formam realmente um pequeno grupo, como também quando, muito embora em grande número, há profunda diferença de envergadura econômica”. Com poucos competidores, é possível que se

unam e formem um monopólio ou que travem competição acirrada. A Teoria dos Jogos tem grande serventia para se interpretar a relação entre os oligopolistas, em especial, os jogos de cooperação. O oligopsônio, por sua vez, trata-se de regime em que são poucos os compradores para um grande número de vendedores.

O monopólio é a estrutura de mercado em que só há um vendedor para determinada mercadoria, enquanto o monopsônio caracteriza-se pela existência de apenas um comprador. Como é o monopolista que domina o mercado, tem absoluta influência sobre a composição do preço e pode praticar o aumento arbitrário dos lucros segundo seu desejo. Difere e muito do regime de concorrência perfeita, em que o preço era igual ao custo total, não havendo excesso do produtor. O monopólio absoluto, tal qual o regime de concorrência perfeita, conforme esclarece Nusdeo (2005, p. 273-274), “é um caso também relativamente raro, pois o poder de monopolista estará sempre limitado pela possibilidade de entrada no mercado de novos agentes econômicos, atraídos justamente pelos altos lucros gerados pelo monopólio ou então, o que dá na mesma, pelo surgimento de produtos sucedâneos”. No regime do monopólio ainda se conhece sua modalidade “natural” que é aquela em que o alto custo da produção só é compensado pela produção em grande escala, não havendo possibilidade de que duas firmas produzam em regime de concorrência sem que não atuem em prejuízo. Esse modelo foi verificado por grande período no Brasil em relação a serviços de telefonia. Entretanto, com uma política de regulação diferente, foi alterada a estrutura do mercado para se permitir a entrada de concorrentes (NUSDEO, 2005, p. 275).

Por fim, Nusdeo (2005, p. 276-277) trata do monopólio bilateral que é o extremo oposto do regime de concorrência perfeita. Trata-se da existência de apenas um fornecedor e um comprador, relação essa que só guarda característica de mercado em razão da possibilidade de entrada de terceiros no mercado.

Troster (2006, p. 191), por sua vez, classifica as estruturas básicas de mercado em três grupos: estruturas clássicas básicas; outras estruturas clássicas; e modelos marginalistas de oligopólio. No primeiro grupo, o autor posiciona a estrutura de monopólio e de concorrência perfeita. No segundo, a concorrência monopolista – que é chamada por Nusdeo de concorrência imperfeita – o oligopólio, o monopólio bilateral, o monopsônio e o oligopsônio. Acerca do terceiro grupo, que chama de modelos marginalistas de oligopólio, o autor apresenta alguns modelos de

interpretação dos oligopólios, quais sejam: o modelo de Cournot, o modelo de Sweezy, o cartel perfeito e o modelo de liderança-preço.

Tendo em vista que os modelos dos primeiros dois grupos já foram definidos com base na obra de Nusdeo, necessário tratar apenas das espécies que o autor elenca no terceiro grupo.

Segundo Troster (2006, p. 199), “o modelo de Cournot, de 1838, é um modelo de duopólio (duas empresas produtoras no mercado), um dos modelos pioneiros a mostrar como as empresas são dependentes da ação de outras no oligopólio”. O autor apresenta exemplo de dois exploradores de um mercado de água mineral em que já há um primeiro produtor e qual seu comportamento após a entrada do segundo produtor. Cournot foi quem demonstrou como o equilíbrio de preços ocorre, mesmo acreditando as partes que são independentes.

Quanto ao modelo de Sweezy, Troster (2006, p. 199-200) assim o explica:

o modelo de Sweezy também é conhecido como *modelo da demanda quebrada*. Foi desenvolvido buscando explicar por que os preços dos oligopólios são relativamente estáveis, isto é, permanecem constantes por longos períodos de tempo, mesmo quando os custos mudam. O modelo supõe que cada oligopolista tenha uma curva de demanda ‘quebrada’. A curva de demanda é elástica para preços acima do preço de equilíbrio e inelástica para preços abaixo do preço de equilíbrio. A explicação para a curva de demanda ser elástica, para aumentos de preços, seria a de que, se um oligopolista aumentasse seu preço, não seria acompanhado pelos demais oligopolistas, e, dessa forma, perderia parte do mercado para os concorrentes. Por outro lado, todos os oligopolistas reconheceriam o fato de que, se um deles baixasse os preços para aumentar a sua fatia de mercado, provocaria reação idêntica à dos demais, desencadeando uma ‘guerra de preços’. Essa reação idêntica faria não só com que cada um deles permanecesse com a mesma fatia de mercado, como também diminuiria o lucro extraordinário de todos.

Os modelos de cartel perfeito e de liderança-preço (ou cartel imperfeito) tomam como premissa que os oligopolistas conhecem a interdependência entre eles e pactuam um preço (jogo de cooperação), constituindo um monopólio puro (cartel perfeito), ou então, sem haver prévio acordo, os produtores decidem seguir uma empresa líder, que fixará o preço, seja por seu poderio econômico, seja porque tem os menores custos (cartel imperfeito).

Troster (2006, p. 201-202) arremata, afirmando a eficiência do modelo de concorrência perfeita e a ineficiência do modelo monopolista¹²⁰:

¹²⁰ Nesse mesmo sentido Rodrigues, V.: “Uma pequena empresa de concorrência perfeita, como tem a expectativa de que um acréscimo na quantidade que vende não altere o preço de mercado, é

o exame desses modelos mostra que, dada uma estrutura particular, é possível determinar o preço e a quantidade de equilíbrio. Evidentemente, existe uma infinidade de outros modelos. A questão é: comparando-se as estruturas entre si, quais seriam as respectivas vantagens e desvantagens? Sem dúvida nenhuma, comparando-se as diferentes estruturas, verifica-se que, do regime de concorrência perfeita, podemos derivar a noção de eficiência econômica porque, se o mercado estiver em equilíbrio de longo prazo, o preço do produto será igual ao custo total mínimo. [...] Suponhamos que um setor operando em regime de concorrência perfeita seja monopolizado. O efeito da monopolização seria a elevação do preço e a redução da produção. Devido à possibilidade de existência de lucro monopolista no longo prazo, em razão das barreiras à entrada de novas firmas no setor, o preço do produto pode ser superior ao seu custo total médio mínimo. A eficiência econômica sob monopólio não é máxima, porque o monopolista não utiliza necessariamente uma planta de produção ótima ou não produz a quantidade ótima, dada a escala de planta existente. Isso nos leva ao conceito de ótimo ou eficiência de Pareto. Uma alocação de recursos é eficiente, segundo Pareto, quando não é possível melhorar a situação de um setor sem piorar a situação de outro. O monopólio não é eficiente, no conceito de Pareto, pois é possível baixar os preços sem haver impacto em outros setores (o que já não pode ocorrer em concorrência perfeita).

A estrutura dos mercados e a questão da concorrência são de fundamental importância para a promoção do bem-estar social. O interesse dos consumidores será melhor atendido com produtos de melhor qualidade, diminuição de lucros excessivos e a prática de preços condizentes com a lei da oferta e da procura.

3.5.4 Os Tributos e a Concorrência

Apesar de aparentemente inusitada para os juristas, os tributos e a concorrência são temas intimamente ligados.

É o que se vê, por exemplo, com a inserção do artigo 146-A na Constituição Federal por força da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, segundo o qual “lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de

levada a aumentar a produção enquanto o preço exceder o custo marginal. Por este motivo, o equilíbrio de concorrência perfeita corresponde à intersecção das curvas da procura e de custo marginal. O monopolista, pelo contrário, sabe que um acréscimo na sua produção implica uma descida do preço. A opção entre vender cento e uma unidades ou apenas cem envolve a consideração de dois efeitos: por um lado, a venda de cento e uma unidades provoca um aumento da receita por via do prelo recebido pela unidade adicional; mas, por outro, implica uma redução da receita obtida pela primeira centena de unidades, uma vez que estas conseguiriam um preço mais elevado se a centésima primeira não fosse vendida. O acréscimo de receita proporcionado pela venda desta unidade adicional é a diferença entre estes dois efeitos: o preço recebido pela centésima primeira unidade deduzido da quebra da receita da primeira centena. [...] o preço praticado pelo monopolista excede o custo marginal: os consumidores pagam por cada unidade do produto mais do que custa a produção a última unidade vendida. À capacidade para praticar preços acima do custo marginal chamam os economistas ‘poder de mercado’” (RODRIGUES, V., 2007, p. 162-163).

tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”.

Não obstante a iniciativa, os juristas estão atônitos com a inclusão do dispositivo, sobretudo acerca de seu alcance, sendo poucos e reticentes os comentários até agora feitos sobre a questão. Um deles é de Amaro (2007, p. 150) que julga “insólito” o artigo inserido, mas não justifica o porquê da conclusão:

No capítulo “Do Sistema Tributário Nacional”, o insólito art. 146-A (acrescido pela EC n. 42/2003) faculta à lei complementar o estabelecimento de ‘critérios especiais de tributação’ com o objetivo de prevenir desequilíbrios da *concorrência (sic)*, sem prejuízo da competência da União de, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

No mais das vezes, a questão tributária surge como instintiva para fundamentar pareceres e propostas parlamentares. Na exposição de motivos elaborada pelo então Ministro de Estado da Fazenda, Antonio Palocci Filho, que acompanhou o projeto de emenda constitucional nº 41/2003, é afirmada a intenção de se atacar a sonegação, porque causava a concorrência desleal no mercado, conclusão que não merece nenhum reparo: “reduzir a sonegação significa reduzir um dos mais injustos ônus sociais, pois com essa prática surge a competição desleal, trazendo vantagens econômicas para os sonegadores e reduzindo a competitividade dos bons contribuintes”.

Outrossim, a classificação arraigada na doutrina acerca dos tributos cumulativos e não-cumulativos demonstra que não é desconhecido o fato de que a estrutura dos tributos influi na concorrência. Derzi (2007, p. 888), sintetizando a obra de Gomez Sbaini, afirma que tributos cumulativos produzem efeitos danosos, como segue:

distorção da alocação dos recursos econômicos, já que o imposto não é neutro, alterando os preços desde o produtor até o consumidor final; rompe-se com a neutralidade na competitividade; distorção no preço dos bens, maior ou menor, segundo a maior ou menor possibilidade de integração vertical de cada setor; desestímulo à exportação já que não se pode devolver o imposto contido nos insumos e bens de capital, incorporados ao valor do bem exportado. Nessa hipótese ele onera a produção e não o consumo; estímulo à importação de bens, especialmente acabados, já que o tributo incidente sobre a importação alcança apenas a etapa final deles, enquanto os produtos domésticos são atingidos cumulativamente em todas as suas etapas; efeitos nos preços finais de aumento progressivo; administração mais cara, pois exige fiscalização ampla, plurifásica, sem nenhum tipo de vinculação entre contribuintes,

como ocorre no sistema de compensação em que o débito de um contribuinte é o crédito de outro.

Pois bem. Como se viu no primeiro capítulo dessa segunda parte, especialmente na análise da obra de Posner, os tributos, quando recaem sobre atividades, em regra criam efeitos de substituição e de difusão, que acabam por deformar a concorrência. Ademais disso, é antiga a conclusão de que a estrutura tributária influencia na composição dos preços e no desenvolvimento da atividade econômica, como concluiu o economista Arthur Laffer, conselheiro econômico do governo Ronald Reagan¹²¹.

Mankiw (2001, p. 176) esclarece que o tributo poderá onerar mais o comprador ou o consumidor dependendo da elasticidade da demanda ou da oferta. Havendo maior possibilidade do comprador se retirar do mercado ou dirigir sua pretensão a outro concorrente, o vendedor deverá sofrer maior ônus com o tributo – hipóteses de mercado em que haja produtos similares e grande concorrência. De outro lado, havendo menor elasticidade de demanda, ou seja, não havendo grande oferta, o comprador deverá se submeter ao maior sacrifício como, por exemplo, a aquisição de produtos de primeira necessidade fornecidos em sistema de monopólio – água e energia elétrica. Em suas palavras:

o ônus de um imposto recai mais intensamente no lado do mercado que é menos elástico. Por que isto é verdadeiro? Essencialmente a elasticidade mede a disposição de compradores ou vendedores a abandonar o mercado quando as condições se tornam desfavoráveis. Uma pequena elasticidade significa que os compradores não têm alternativas satisfatórias ao consumo do bem em apreço. Uma pequena elasticidade da oferta implica que os vendedores não têm alternativas razoáveis para a produção do bem em pauta. Quando o bem é tributado, o lado do mercado com menos alternativas satisfatórias não pode sair facilmente do mercado e, portanto, deve assumir a maior parte do ônus do imposto.

A partir do que foi exposto, é possível perceber que um desequilíbrio de oneração tributária entre empresas que componham um oligopólio, por exemplo,

¹²¹ “A estrutura de alíquotas é um dos fatores que determinam o impacto dos tributos sobre os preços e o nível da atividade econômica. [...] Existe uma relação interessante entre o total de arrecadação tributária e a taxa (alíquota) de impostos, conhecida como curva de Lafer. Quando a alíquota é relativamente baixa, estabelece-se uma relação direta entre ela e a arrecadação. Contudo, a partir de um determinado nível da alíquota, qualquer elevação dela resultará em uma redução da arrecadação global, devido, de uma lado, à evasão (sonegação) fiscal, e, de outro, ao desestímulo provocado sobre os negócios em geral” (GARCIA, 2006, p. 523-524).

pode e provavelmente irá influir na composição do preço de venda dos produtos, via de consequência, sobre a própria concorrência entre as empresas.

Essa conclusão pode ser obtida em atenção ao teor do Recurso Extraordinário nº 46.450, acima mencionado, quando o Ministro Victor Nunes tratou da formação dos preços e do comportamento dos consumidores diante de preços excessivos. Entretanto, nas condições daquele precedente, o mercado se revelava em condições normais, ou seja, havia concorrência – mesmo que imperfeita – de forma que os produtores podiam embutir seus custos, inclusive tributários, na composição dos preços, de modo que repassavam o ônus para o consumidor.

Mas a hipótese desse momento é o desnivelamento da concorrência por motivos exógenos, como a disparidade de decisões concessivas e negativas de suspensão do crédito tributário. Se integrantes de um regime de oligopólio, que é a regra em modelos de economias como a latino-americana e europeia, a empresa onerada com o imposto ficará em situação desfavorável, caso sua concorrente (desonerada em razão de decisão judicial) deseje diminuir o preço de venda do produto similar. Nessas condições, não haverá possibilidade da empresa Y (de acordo com o exemplo) promover a repercussão do tributo, justamente em razão de condições mercadológicas e concorrenciais.

Situação diversa dessa, mas com efeitos semelhantes foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Aliomar Baleeiro cita em sua obra o voto vencido que proferiu no julgamento de ERE nº 47.624-GB, julgados pelo STF, pleno, em 17 de maio de 1967, quando defendeu a mitigação do rigorismo da súmula nº 71 diante das circunstâncias concretas do caso:

Resta a controvérsia sobre a impossibilidade jurídica da repetição de tributos indiretos, tese que tem amparo da Súmula nº 71. Entendo que essa diretriz não pode ser generalizada. Há de ser apreciada em cada caso concreto, porque, de começo, do ponto de vista científico, os financistas ainda não conseguiram, depois de 200 anos de discussão, desde os fisiocratas do século XVIII, um critério seguro para distinguir o imposto direto do indireto. O mesmo poderá ser direto ou indireto, conforme a técnica de incidência e até conforme as oscilantes e variáveis circunstâncias do mercado ou a natureza da mercadoria ou a do ato tributado. [...] Ora, beneficiando-se da análise econômica mais moderna, dois autorizados mestres de Economia Financeira escreveram a propósito da incidência, que *'il n'est pas de domaine de la théorie fiscale qui soit plus décevant pour le praticien'* (Brochier e Tabatoni, *Économie Financière*, 1959, p. 261). Esses autores recapitulam as condições sem as quais não ocorrerá a transferência do imposto, esclarecendo que a elasticidade da oferta depende da mobilidade e de que *'a firma pode estar à mercê dos compradores'*, isto é, ficará impedida a *'possibilidade de lucro'* (*profitabilité*),

e de majorar o preço com o fim de ressarcir-se do ônus fiscal (p. 271). Além disso, se ela insistir na majoração, poderá haver redução global da produção ou da venda com o aumento de custo, que Marshall batizou de *external diseconomies*. Tanto menos geral o tributo, e '*comme il n'existe pas d'impôt vraiment général, cet argument revient à mentionner un effect de rigidité de l'offre et le fait qu'un impôt particulier est plus faiblement transférable*' (id., p. 271). Acontece que, no caso dos autos, o tributo alvejado é particular (no sentido do oposto ao geral), pois incide apenas sobre aquela parte das operações de café vendido para outros Estados, sendo público e notório que pelo menos cinco Estados (São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Bahia, Espírito Santo) concorrem intensamente no mercado cafeeiro, sem falar na pequena produção de outras unidades federativas. Se o Espírito Santo exige irracionalmente de seus produtores de café um tributo inexistente nos outros Estados competitivos, há discriminação prejudicial àqueles produtores, porque o preço para cada tipo da mercadoria e em cada momento, tende a ser o mesmo para todos os competidores. Não é possível, então, ao vendedor espírito-santense exigir mais para seu café, sob pretexto de que paga taxa da qual estão livres paulistas, baianos e mineiros, pois o comprador tem onde comprar pela cotação do dia na Bolsa de Mercadorias. Ele não se comove porque o Espírito Santo impõe à sua produção uma taxa inconstitucional e ilegítima, desarmando-a na competição interestadual e internacional. Logo, o peso da taxa fica nos ombros do produtor, ou comerciante espírito-santense, que não tem possibilidade ou, pelo menos, probabilidade de majorar o preço do dia no País, único meio de transferir o gravame aos compradores. Mas não se pode negar a nocividade do ponto de vista ético e pragmático, duma interpretação que encoraja o Estado mantenedor do Direito a praticar, sistematicamente, inconstitucionalidades e ilegalidades na certeza de que não será obrigado a restituir o proveito da turpitude de seus agentes e órgãos. Nada pode haver de mais contrário ao progresso do Direito e à realização da idéia-força da Justiça.¹²²

Portanto, percebe-se que nem sempre é possível que o tributo seja repercutido, sobretudo quando, por motivos concorrenciais, o preço do produto deverá se aproximar do custo marginal de produção.

Retornando ao problema acima proposto, uma vez inexistente a obrigação o tributo e partindo-se do princípio de que em regra o tributo repercute por iniciativa do produtor, surgiria para a empresa X três possíveis condutas: primeira, manter o

¹²² Essa tese foi vencedora no julgamento do Recurso Extraordinário nº 45.977 de 27 de setembro de 1966, de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, que foi da seguinte forma ementado: "REPETIÇÃO DE IMPOSTO INCONSTITUCIONAL. EM PRINCÍPIO, NÃO SE CONCEDE A DO TRIBUTO INDIRETO NO PRESSUPOSTO DE QUE OCACIONARIA O LOCUPLETAMENTO INDEBITO DO CONTRIBUINTE DE JURE. MAS ESSA REGRA, CONSAGRADA PELA SÚMULA N 71, DEVE SER ENTENDIDO EM CASO CONCRETO, POIS NEM SEMPRE HÁ CRITÉRIO CIENTIFICO PARA DIAGNOSTICAR-SE ESSE LOCUPLETAMENTO. FINANCISTAS E JURISTAS AINDA NÃO ASSENTARAM UM STANDARD SEGURO PARA DISTINGUIR IMPOSTOS DIRETOS E INDIRETOS, DE SORTE QUE, A TRANSFERENCIA DO ONUS, AS VEZES, E MATÉRIA DE FATO, APRECIÁVEL EM CASO CONCRETO". (RE nº 45.977, DJU 27 de setembro de 1966, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, consultado em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> em 22 de dezembro de 2007.) Aliomar Baleeiro ainda cita mais precedentes em que foi rompido o rigorismo da Súmula nº 71 do Supremo Tribunal Federal e, por consequência, também da própria classificação de tributos diretos e indiretos, como, por exemplo, no Recurso Extraordinário nº 43.323, no Recurso Extraordinário nº 58.290, no Recurso Extraordinário nº 61.664 e no Recurso Extraordinário nº 68.622.

preço até então praticado em igualdade com a empresa Y, de forma a majorar seu lucro na exata medida do tributo que não se recolherá; segunda, manter o preço até então praticado em igualdade com a empresa Y e reverter a exata diferença de custo equivalente ao tributo T como forma de otimização da produção, em forma de diferencial competitivo, eliminando a médio e longo prazo a empresa Y como concorrente do mercado; terceira, reduzir o preço de seu produto na exata medida do tributo T que ainda onerará o custo da empresa Y, de forma que a médio e longo eliminará a empresa Y do mercado.

Na primeira hipótese, do ponto de vista concorrencial, caso a empresa Y agisse repercutindo o tributo e arrecadando o lucro $L + T$, poder-se-ia defender a ocorrência de aumento arbitrário de preços, o que é vedado pelo artigo 21, inciso XXIV e parágrafo único, inciso I, da Lei Federal nº 8.884/94:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; [...] XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço. Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

O paradoxo da situação seria a discussão acerca da eventual infração à ordem econômica, vale dizer, se a manutenção do preço acima dos custos reais experimentados pela empresa Y configuraria aumento arbitrário dos preços e auferimento de lucros excessivos.

Como se observa do texto da lei, a infração prevê que haja aumento arbitrário; na hipótese, estaria configurado o decréscimo de custos por força de liminar confirmada em sentença.

O aumento pressupõe a alteração do preço original, ou seja, a manutenção, para todos os efeitos, não seria passível de reprimenda *a priori*. Outros poderiam argumentar que a empresa estaria em exercício regular de direito, pois uma vez livre do tributo ilegal ou inconstitucional, poderia arbitrar os preços de acordo com o mercado, razão essa que também não poderá ser desconsiderada, sobretudo em razão do princípio constitucional da legalidade, no sentido de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Considerando que a legislação antitruste não apresenta critérios objetivos e válidos para a determinação dos preços, a atividade da empresa X é fruto da livre iniciativa, garantida constitucionalmente (artigo 170, caput).

Acerca do indébito tributário, como não houve redução de preços, não caberá a repetição em prol da empresa Y, em razão da repercussão financeira que praticou. Entretanto, deveria ser concedida uma ampla dilação probatória à empresa Y para que comprovasse em que medida arcou com os custos tributários.

Repita-se que a dificuldade probatória não é justificava para que a empresa se exima do ônus, pois metodologia há, valendo lembrar quão complexos são os estudos concorrenciais, mas que tal argumento não é suficiente para que a autoridade antitruste deixe de atuar.

Na segunda hipótese haverá uma melhora qualitativa para o consumidor no curto prazo, mas que tornar-se-á danosa no médio e longo prazo, pois havendo eliminação de concorrência, formar-se-á monopólio. Esse regime, como foi visto, acaba por ser prejudicial ao consumidor, porque é ineficiente, uma vez que permite a um e certo produtor a decisão sobre os preços, prejudicando a formação do equilíbrio de mercado.

Na terceira hipótese, haverá uma melhora para o consumidor a curto prazo em termos quantitativos (preço), sendo que as consequências a médio e curto prazos são as mesmas da hipótese anterior.

Nas segunda e terceiras hipóteses, em razão do benefício experimentado pelo consumidor no curto período às custas da introspecção do tributo por parte de Y, a repetição do tributo é devida, não sendo óbice a eventual desativação da empresa, quando o crédito poderá ser destinado à eventual massa falida ou aos sócios no caso de distrato de sociedade ou ao empresário individual no caso de desativação das atividades.

Sem dúvida que tal conclusão é superficial. Sua finalidade é ser uma regra geral: a decisão tornar-se-á mais eficiente na medida em que leve em conta todas as variáveis possíveis no âmbito mercadológico: a questão da estrutura do mercado; a elasticidade da oferta e da procura; o exame dos custos e da repercussão dos tributos, etc.

Portanto, se ficar comprovado que a empresa Y não pôde repassar seus custos tributários para o consumidor, então fará jus à repetição, nos mesmos moldes do voto de Baleeiro no ERE nº 47.624-GB, acima citado.

Guardadas as devidas proporções, é aplicável o raciocínio na hipótese. Naquela situação, o produtor do Espírito Santo, estado em que foi instituído tributo que não havia em outros, não havia como repassar esse custo para seu preço, como o faziam seus concorrentes de outros estados. Repita-se o equacionamento de Baleeiro naquele julgamento:

Se o Espírito Santo exige irracionalmente de seus produtores de café um tributo inexistente nos outros Estados competitivos, há discriminação prejudicial àqueles produtores, porque o preço para cada tipo de mercadoria e em cada momento, tende a ser o mesmo para todos os competidores. Não é possível, então, ao vendedor espírito-santense exigir mais para seu café, sob pretexto de que paga taxa da qual estão livres pulistas, baianos e mineiros, pois o comprador tem onde comprar pela cotação do dia na Bolsa de Mercadorias. Ele não se comove porque o Espírito Santo impõe à sua produção uma taxa inconstitucional e ilegítima, desarmando-a na competição interestadual e internacional. Logo, o peso da taxa fica nos ombros do produtor, ou comerciante espírito-santense, que não tem possibilidade ou, pelo menos, probabilidade de majorar o preço do dia no País.

Situações como essas transbordam da classificação taxativa de tributos em diretos e indiretos; contribuinte de fato e de direito. São questões verificadas no âmbito econômico e que não podem passar ao largo da interpretação jurídica.

A Análise Econômica do Direito, seja positiva ou normativa, tem como principal meta a elaboração e a aplicação mais eficiente das normas jurídicas, a fim de maximizar os ganhos da coletividade.

Negar totalmente a repetição do indébito em situações como essa seria ineficiente, pois, uma vez não encerrada a atividade da empresa Y, voltaria a compor o regime de oligopólio, impedindo o monopólio da empresa X, ineficiente por definição. De outro lado, conceder indistintamente a repetição do indébito também não traria solução eficiente, porque acabaria por onerar o setor de consumo por duas vezes, quando pagou o preço do bem e quando foi alvo da majoração da captação tributária para fazer jus à repetição.

A dupla oneração traz prejuízos para o desenvolvimento econômico, pois reduz a entropia do sistema econômico, a despeito da existência de possíveis defesas no sentido de que a “dupla oneração” do consumidor reverteria sempre em prol do setor produtivo. Contra essas colocações, é oponível o fato de que a “dupla oneração” causa distorção na oferta e procura, redundando, em última razão, no desequilíbrio da distribuição de renda.

Uma última questão que se mostra pertinente, a despeito de exigir estudo mais detalhado, refere-se à responsabilização concorrencial da empresa Y nas duas últimas hipóteses: qual a relação entre X e Y, caso esse seja eliminado do mercado? A situação para essa questão se dá no âmbito da responsabilidade civil em combinação com o tratamento conferido à questão pelo direito concorrencial, no Brasil, representado pela Lei 8884/94.

Frise-se que apenas não configura abuso de poder econômico o poder legítimo alcançado mediante mecanismos próprios da atividade mercantil.

A eliminação da concorrência é aceita pela ordem jurídica se decorre de atividade industrial ou mercantil melhor desenvolvida, com oferta de produtos com melhor tecnologia e melhor preço, sem que haja abuso do poder econômico.

Nas palavras de Magalhães e Sampaio (1999, p. 33): “mesmo o monopólio é lícito desde que não resulte de processo, gradual ou não, de eliminação de concorrentes, mediante abuso do poder econômico”.

Cuéllar (1997, p. 22 e 24) define concorrência como sendo “o estado de fato onde os agentes econômicos, detentores de liberdade de iniciativa e atuação econômica, buscam conquistar a clientela em determinado mercado”; e o que seja liberdade de concorrência: “corresponde à faculdade que possui o comerciante de conquistar a clientela, da maneira que lhe for mais conveniente, desde que não através de concorrência desleal. Abrange, igualmente, a proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência e a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes”, considerando que essa liberdade não é irrestrita.

Diante disso, pergunta-se: um exercício de direito chancelado em decisão judicial poderia dar origem a uma conduta ilícita? Por mais paradoxal que possa parecer, acredita-se que sim, primeiro, porque a captura da procura e a eliminação da concorrência não foi alcançada mediante os “instrumentos de mercado”, mas sim valendo-se de subterfugios não disponíveis para o concorrente.

Poder-se-ia argumentar que a perspicácia administrativa da empresa Y em discutir o tributo e obter a decisão favorável é o seu diferencial de mercado. Entretanto, da mesma forma que a concentração vertical (dominação do mercado de fornecedores) que também se dá como reflexo de uma boa conduta administrativa, tais condutas acabam por eliminar a concorrência, a despeito de, num primeiro momento, serem lícitas.

Em segundo lugar, porque a sentença e o direito reconhecido – de não recolher tributo tido como inconstitucional ou ilegal – não autorizam o seu exercício com fins ilícitos. *Mutatis mutandis*, seria como o exercício abusivo da propriedade. Ao praticar intencionalmente preços abaixo do mercado, a empresa X acabou por gerar uma externalidade para a empresa Y, devendo reparar os danos causados.

A situação tratada nesse tópico poderia ser evitada ou ao menos teria seus efeitos minimizados caso houvesse uma atuação mais célere em sede de controle de constitucionalidade abstrato. Caso os legitimados pelo artigo 103 da Constituição Federal de 1988 propusessem, após um juízo seguro e responsável da causa de pedir, a competente Ação Direta de Inconstitucionalidade, pleiteando medida cautelar, poderia e deveria o Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos artigos 10 e seguintes da Lei nº 9.868/99, suspender os efeitos do dispositivo discutido. Essa providência, sem dúvida, minimizaria em muito os efeitos nocivos de um tributo declarado como inconstitucional ou ilegal após razoável prazo de vigência. A decisão com efeitos contra todos (*erga omnes*), mesmo que provisória, evitaria os desequilíbrios concorrenciais advindas de entendimentos judiciais diversos, que para os fins da Análise Econômica do Direito, representam custos de transação para a política e atividade econômicas, conforme expõe Favetti (2003 apud BICHARA, 2005, p. 78-79):

A judicialização das questões econômicas gera, para a política fiscal, um aumento dos custos transacionais para sua implementação, pois a qualquer momento os juízes podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei fiscal. Dessa forma, para se garantir a eficácia de um novo desenho fiscal, há a necessidade de diminuir os custos de transação representados pelos magistrados. Uma maneira eficaz e sensível de se diminuir os custos transacionais é concentrar as ações judiciais em um único órgão jurisdicional. Dessa forma, o controle concentrado de constitucionalidade mostra-se como um dispositivo eficiente de redução de custos transacionais para a implementação de políticas econômicas.

É lícito concluir que a repetição do indébito tributário guarda estrita relação com os sistemas de mercado e com a questão da concorrência, dados que não podem ser deixados de lado numa correta Análise Econômica do Direito tributário¹²³.

¹²³ “A forma como a ciência jurídica é estudada no Brasil merece uma radical reformulação. Um dos primeiros passos é compreender que o direito não é uma ciência acastelada, isolada dos demais ramos do saber. Logo em seguida, deve-se buscar uma eficiente interdisciplinariedade, não só demonstrando conhecimento de complexas técnicas econométricas encontráveis em peso na doutrina norte-americana, mas essencialmente refletindo sobre todos os entraves, jurídicos, econômicos e sociais, que devemos remover para que ganhe corpo um projeto de construção de um

A situação discutida nesse tópico serve para demonstrar como a realidade econômica é bastante complexa e não pode ser desconsiderada pelo Direito. Partir do princípio que todo tributo indevido deve ser restituído para o contribuinte de direito sem analisar as vicissitudes do caso concreto gera decisões ineficientes, o que deve ser evitado como forma de se maximizar o bem-estar.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo o tratamento da Análise Econômica do Direito e a aplicação de suas conclusões ao Direito Tributário, especialmente à questão da repetição do indébito tributário.

Conforme foi exposto, o movimento conhecido como *Law and Economics* teve origem com os trabalhos *The Nature of the Firm* e *The Problem of Social Cost*, de R. Coase, principal expoente da Escola. Teve seu desenvolvimento na Universidade de Chicago. Entretanto, não se desconhece as importantes contribuições de precursores de Coase na mesma Universidade. A partir de Coase, o Direito e Economia passou a chamar a atenção tanto de economistas, quanto de juristas. Na seara do Direito, surgiu como reflexo do Realismo Jurídico, fruto do Pragmatismo Americano, cuja preocupação maior é a aplicação concreta do Direito em contraponto à construção teórica. Vê-se claramente esse interesse pelos resultados em obras como as de R. Posner que, antes de teórico, era magistrado, e de seus julgamentos extraía os problemas e deduzia as soluções baseadas na Análise Econômica do Direito.

A partir da prática jurisdicional americana, o Direito e Economia alicerçou suas bases empíricas. Em vista disso, questão que pode ser levantada se refere à possibilidade da adaptação da Análise Econômica do Direito a sistemas jurídicos de *civil law*, tendo em vista que o movimento teve início em países de tradição jurídica baseada na *common law*, como foi mencionado na introdução. Não se vê problema na abordagem econômica do Direito em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, de cunho romano-germânico, assim como na Europa Continental. Em verdade, além de ser possível, é tema de densa pesquisa a questão acerca de qual é o sistema que pode ser considerado o mais eficiente do ponto de vista econômico, havendo argumentos favoráveis para ambos os lados¹²⁴.

Quanto às críticas ao movimento Direito e Economia, não há dúvidas que foram e são volumosas, sobretudo contra as obras mais exacerbadas nos conceitos econômicos, causando a repulsa dos doutrinadores que vêem a Análise Econômica

¹²⁴ “A criação da *stares decisis* e o processo de codificação foram diferentes respostas dadas pelos sistemas jurídicos para o problema de consecução de maior previsibilidade e estabilidade. Entretanto, tais processos ensejam benefícios e custos, que devem ser sopesados de acordo com as particularidades de cada ambiente institucional, para avaliação da sua eficiência. A análise da eficiência das normas jurídicas deve englobar fatores jurídicos e extrajurídicos, de acordo com as particularidades de cada ambiente institucional”. (GORGA, E., 2005a, p. 185).

do Direito como uma releitura um pouco mais sofisticada do utilitarismo de Bentham. A aplicação indiscriminada dos instrumentos econômicos ao Direito cria algumas conclusões chocantes, ultrapassando tradições jurídicas. Por exemplo, o simples fato de se considerar que os contratos podem ser cumpridos ou não, desde que o não cumprimento seja mais eficiente – gere maior maximização de bem-estar – causa repulsa para os defensores de brocardos como o *pacta sunt servanda*. Outrossim, quando os integrantes da *Law and Economics* defendem, ou se põem a estudar, a descriminalização de substâncias entorpecentes, independentemente de questões morais ou éticas, mas apenas do ponto de vista da maximização da riqueza, também causam aversão àqueles mais apegados a conceitos jurídicos tradicionais.

Foi alertado que o título “Análise Econômica do Direito”, não obstante ter sido utilizado de forma generalizada, abrange muitas divergências pontuais – como foi retratado na discussão acadêmica entre R. Posner e O. Williamson - mas mantêm um cerne comum: o reconhecimento de que Direito e Economia, em muitos aspectos, são ciências diretamente relacionadas e que não podem ser estudadas isoladamente de forma satisfatória.

Adotar medidas com amparo em substrato econômico geralmente gera resultados que maximizam a riqueza. Por exemplo, pode ser citada a nova regulamentação de recuperação de empresas no Brasil, que tem apresentado resultados bem sucedidos, podendo ser citados casos como os das empresas Parmalat e Varig. Para engrossar esse rol de situações, cite-se a mudança na legislação processual civil que ao facilitar e incentivar o uso da penhora *on line*, seguida da adoção do procedimento pelos órgãos jurisdicionais, tem revelado uma crescente celeridade e, por conseguinte, eficiência, na resolução de execuções judiciais¹²⁵.

Além de relações empresariais e processuais, em matéria de contratos com efeitos patrimoniais, é fundamental que se considerem os efeitos econômicos. O arranjo institucional e a forma como são tuteladas as relações contratuais na

¹²⁵ A dinamização do uso da penhora *on line* através do sistema conhecido como Bacen-Jud é uma realidade: perante a Justiça do Trabalho, os acessos ao sistema passaram de 0 em 2001 para 1.415.027 em 2007; a Justiça Estadual, por sua vez, utilizou-se do sistema em 1.234.733 ocasiões em 2007 contra apenas 165 em 2001; o uso do sistema pela Justiça Federal foi de 123.700 vezes em 2007, sendo que em 2001 foi de apenas 359. O uso do instrumento tem mudado o comportamento dos devedores, sendo certo que o número de composições a partir do bloqueio *on line* tem crescido significativamente, conforme constatação das principais bancas de advocacia do país. (TEIXEIRA, F., 2008, p. E1).

atualidade representa a decisão se haverá investimento externo no país ou não, o que gera consequências sobre o desenvolvimento econômico. Assim, decisões tidas como jurídicas, porém completamente anti-econômicas, devem ser evitadas ao máximo.

A limitação de juros para instituições financeiras, por exemplo, é uma medida que pode parecer “social” *a priori*, uma vez que significaria a “democratização” do acesso ao crédito e a vedação à usura. Note-se que tal conclusão sempre parte da má-fé nas relações de crédito, em contradição com o alicerce do sistema jurídico brasileiro que está calcado no princípio da presunção da boa-fé. Sendo o objetivo empresarial das instituições financeiras o recebimento de lucro baseado no *spread* bancário e sendo a taxa de juros baseada em um complexo número de variáveis (risco-país, oferta e procura do crédito, relações internacionais, regulamentação do setor, etc.) subverter a realidade econômica ao texto de lei (no caso brasileiro, a Constituição Federal) é tentar conciliar o inconciliável, é simplificar o emaranhado mais complexo, é tentar contar nos dedos das mãos todos os astros do universo...

Some-se a essas condutas legislativas, as judiciais que permitem as revisões judiciais de contratos sem que haja a menor verossimilhança das alegações da parte autora, como invariavelmente acontece no foro, em que diariamente são propostas demandas ainda baseadas no artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, a despeito da relação mutuária ter sido firmada após sua revogação!

Do ponto de vista econômico, essas decisões são como “externalidades”: com o objetivo de proteger um determinado cidadão, que se entende excessivamente onerado e alega em seu favor as mais exóticas teses jurídicas, os provimentos judiciais cada vez mais numerosos acabam por prejudicar os demais consumidores, pois é a praxe que o custo judicial das demandas seja repassado para o preço dos produtos bancários. Descumprir um contrato torna o cumprimento de tantos outros mais oneroso, em virtude da lógica de mercado. Veja-se, não se advoga a mitigação dos poderes do Juiz, mas apenas o agir responsável, pois, voltando ao tema, o Direito (legislação e jurisdição) produz efeitos econômicos que acabam repercutindo na sociedade.

Portanto, as premissas da Análise Econômica do Direito só vêm contribuir para a elaboração de normas mais eficientes e para decisões menos danosas do ponto de vista econômico. Em nada prejudicará ao legislador e ao juiz considerar

critérios de eficiência como o Ótimo de Pareto – de difícil observação empírica – e o de Kaldor-Hicks como justificativa dos projetos de lei e como razão de decidir das sentenças. Outrossim, devem ter conhecimento que o mercado nem sempre é o local perfeito para a maximização da riqueza, de modo que naquelas ocasiões em que ocorram falhas, e só nesses casos, é que deve haver intervenção regulatória e jurisdicional. Ademais, as leis e decisões devem reduzir ao máximo o custo das transações, pois a dinamicidade das relações induz o desenvolvimento econômico. Por fim, para que certas condutas sejam incentivadas e outras reprimidas, é possível que juiz e legislador se valham das conclusões da teoria dos jogos, que oferece interessantes conclusões sobre o comportamento humano.

Entretanto, é importante esclarecer que essa ligação umbilical que permite a aplicação de instrumentos econômicos no Direito nem sempre pode ser considerada possível. O preliminar entusiasmo que as premissas da *Law and Economics* podem causar ao leitor recém-apresentado à matéria deve ser posto à prova dos princípios jurídicos do ordenamento.

A título de ilustração, apesar do fato de que um mercado de crianças para adoção aparentemente possa parecer eficaz do ponto de vista econômico – uma vez que maximizaria o bem estar da criança, dos pais naturais e dos adotivos - condutas como essas são repelidas pelos preceitos constitucionais brasileiros, que elevam à condição de “princípio dos princípios” a dignidade da pessoa humana, por conseqüência, a condenação contra possibilidade de se estabelecer uma relação monetária de transferência de pátrio poder.

Portanto, o que se sugere é a parcimônia, bem como que seja considerada e condenada a torpeza dos meios a despeito dos fins parecerem nobres. A Análise Econômica do Direito antes é a sugestão de conclusões econômicas dentro da esfera do Direito que podem ser acolhidas ou não de acordo com a lógica e princípios do sistema e não a subjugação do Direito aos fins economicamente mais apreciáveis.

Sendo assim, em algumas searas jurídicas os apontamentos da *Law and Economics* são mais bem-vindos, porque essas matérias são mais afetas a questões econômicas, dentre elas, o Direito Tributário.

O Direito Tributário envolve basicamente uma obrigação de direito público para que um cidadão contribua em pecúnia para o sustento do Estado. Nesse ponto vale relembrar o interessante ponto de vista de R. Posner que considera a prestação

do serviço obrigatório gratuito também como uma espécie de tributo, mas ao invés de pecuniária a contraprestação é a própria força de trabalho do agente. Essa perspectiva básica de que o tributo é a prestação em prol da coletividade não corresponde à complexidade da questão, porque os institutos tributários podem produzir muitos efeitos indiretos além da mera arrecadação: podem incentivar consumo de determinados produtos, desincentivar o de outros; podem induzir a indústria a atender o público interno ou a atender às exportações, desnivelando a balança comercial em prol do país; podem ainda causar diferenças concorrenciais.

Diante desse contexto, não há como negar que o Direito Tributário está intimamente ligado à Economia. Os tributos causam efeitos microeconômicos inegáveis. O aumento de carga tributária sobre determinado produto, em regra, causa o efeito de substituição na procura, dependendo da elasticidade da demanda, de modo que, se o produto não se revela suficientemente indispensável ou se há outra forma de atender a demanda, a procura será reduzida, aumentando a oferta, reduzindo, via de conseqüência, o preço.

Por razões como essa, o Direito Tributário é um dos campos onde se visualiza mais facilmente a influência das normas e decisões jurídicas sobre o comportamento econômico dos indivíduos.

Foi por esse motivo, que no presente trabalho foi eleito esse ramo do Direito como substrato para a aplicação da Análise Econômica do Direito e, em especial, um problema específico: a repetição do indébito tributário.

Como primeira interação entre a *Law and Economics* e o Direito Tributário, é necessário afirmar que a ordem constitucional brasileira eleva a eficiência ao nível de princípio, expressamente no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Doutrinadores de renome defendem que a previsão não se limita aos lindes da Administração Pública, mas sim abarca todos os três Poderes e todos os ramos do Direito, inclusive o tributário. Portanto, acredita-se que há chancela constitucional no Brasil para que se defenda uma posição em relação à devolução de tributos que vise à solução mais eficiente.

Partindo do princípio de que a obrigação tributária tem origem na lei, a partir do momento que se constatar a ausência de previsão legal ou mesmo que tal previsão era inválida (inconstitucional), de acordo com as lições de Pompônio, decorre daí uma obrigação em sentido contrário, do Estado para o cidadão, para que esse seja ressarcido pelo que despendeu indevidamente. Deve ser recomposto o

patrimônio em nome do princípio da defesa da propriedade, pois do contrário estaria configurado o enriquecimento ilícito, uma vez que houve transferência de propriedade sem uma causa legítima que justificasse esse trespasse.

A primeira pergunta que pode advir dessa exposição é: a repetição do indébito tributário deve ser sempre garantida, inclusive do ponto de vista econômico? A resposta é sim. Não há razão jurídica ou econômica válida que justifique o empobrecimento de uma parte e o enriquecimento de outra sem que haja uma causa válida. Justificar a mitigação do direito de propriedade com base em “razões de Estado”, como parece ser a intenção dos defensores da cláusula da reserva do possível, é tão perigoso quanto a supressão de garantias fundamentais como o devido processo legal, a legalidade e a isonomia.

Justamente em defesa do princípio que veda o enriquecimento ilícito, ou seja, de que o direito subjetivo de ressarcimento pertence àquele que teve sua propriedade dilapidada por uma prestação sem causa, surgiram as controvertidas súmulas nº 71 e nº 546 do Supremo Tribunal Federal e o artigo 166 do Código Tributário Nacional. Em suma, prescrevem que a repetição do indébito tributário será deferida àquele que comprovar que realmente suportou o encargo tributário, ou seja, que não se valeu da repercussão econômica do tributo nos preços de produtos e serviços e diante da ilegalidade ou inconstitucionalidade pretende a repetição.

Contra a previsão legislativa e jurisprudencial, voltou-se a maioria da doutrina tributária, com as mais variadas críticas, desde o argumento de que o artigo 166 do Código Tributário Nacional é impreciso ao referir-se a “repercussão financeira”, pois “financeiro” está ligado ao sistema bancário, até a questão de sua inconstitucionalidade, pois torna inviável o exercício da repetição, uma vez que condiciona o pedido à autorização de todos (consumidor, em regra) os que sofreram o ônus tributário nos preços de produtos e serviços. Outrossim, são quase uníssonas as críticas acerca da indevida inserção no Direito Tributário de uma realidade que é econômica e que não se confunde com a natureza da obrigação tributária.

Entendem os autores, portanto, que para a aplicação do artigo 166 do Código Tributário Nacional deve ser extraída do ordenamento jurídico a definição de quais são os tributos que repercutem: alguns entendem que repercutem apenas os tributos sujeitos aos princípios da seletividade e não-cumulatividade, como o IPI e o ICMS; outros entendem que os tributos recolhidos em regime de substituição

tributária também repercutem. Fora dessa dualidade de situações, o fenômeno da repercussão econômica deve ser desconsiderado pelo Direito.

Dito isso, apresenta-se a pergunta: de um ponto da Análise Econômica do Direito, a repetição do indébito tributário deve ser concedida nos moldes preconizados pela doutrina exposta? Com o devido respeito aos que entendem em contrário, a resposta é não: deve-se averiguar a situação concreta para que se possa determinar a devolução ou não do valor recolhido. Até mesmo os autores que criticam as súmulas e o artigo acima citados afirmam que a repercussão econômica dos tributos sobre os custos da produção é uma realidade. Portanto, cabe àquele que pleiteia, de acordo com a natureza do tributo alegado como ilegal ou inconstitucional – vale dizer, se é previsível que o requerente o tenha feito repercutir sobre o custo do produto ou serviço – provar que assumiu o respectivo encargo. Em outras palavras, a repetição do indébito tributário deve ser analisada a partir da realidade econômica, para que ocorra a decisão mais eficiente perante o ordenamento posto.

Acredita-se ser ineficiente impor ao consumidor assumir o encargo tributário por duas vezes: da primeira vez, quando suportou a repercussão financeira do tributo e, pela segunda vez, quando é dele que provém o valor suficiente para indenizar os eventuais ofendidos pela cobrança do tributo sem justa causa.

Reforce-se essa idéia: como foi dito no transcorrer do trabalho, a despeito da classificação dos tributos em diretos e indiretos, na realidade, são em regra repercutidos no preço dos bens e serviços, onerando o consumidor, de modo que ao se recolher um tributo declarado posteriormente inconstitucional, o produtor não sofreu empobrecimento, porque não arcou com o custo tributário. Entretanto, garantindo-se ao contribuinte de direito a ampla dilação probatória, uma vez comprovado que suportou o custo do tributo, o produtor faria jus à repetição do indébito. Essas conclusões estão de acordo com os princípios constitucionais de proteção ao direito de propriedade e ao princípio constitucional da ampla defesa.

Existem situações tais em que não é possível ao produtor repassar seu ônus tributário sobre o preço final, por exemplo, como pode ocorrer na execução de um contrato de franquia em que a franqueadora inclua na circular de oferta e posteriormente no contrato uma obrigação para que o franqueado obedeça a uma tabela de preços, a fim de que não haja concorrência predatória entre os membros franqueados. Em hipóteses como essa, fica claro que cabe ao franqueado

internalizar o custo tributário, pois não tem possibilidade de variar seus preços em razão da obrigação contratual assumida. Não há dúvida que nessas condições, o direito à repetição cabe ao franqueado.

Outro exemplo dessa impossibilidade de repercussão financeira dos tributos foi tratado como o segundo problema proposto: a questão tributária e a concorrência. O tratamento dessa relação (tributo x concorrência) é muito incipiente no Brasil, como pode se perceber pelos parcos comentários da doutrina acerca do artigo 146-A constante da Constituição Federal de 1988 – que retrata a relação entre equilíbrio concorrencial e critérios de tributação.

Foi pressuposta uma “externalidade” que decisões judiciais divergentes possam ocasionar, quando em regime de oligopólio, duas empresas discutem a legalidade ou constitucionalidade de um determinado tributo e apenas uma delas é bem sucedida. Em situações tais, três condutas poderiam ser adotadas pela empresa que não mais estivesse onerada pelo tributo: em primeiro lugar, poderia manter o preço até então praticado em igualdade com a outra, de forma a majorar seu lucro na exata medida do tributo que não se recolherá; em segundo lugar, poderia manter o preço até então praticado em igualdade com a outra empresa e reverter a exata diferença de custo equivalente ao tributo como forma de otimização da produção, em forma de diferencial competitivo, eliminando a médio e longo prazo a outra empresa como concorrente do mercado; em terceiro lugar, poderia reduzir o preço de seu produto na exata medida do tributo que ainda onerará o custo da outra empresa, de forma que a médio e longo eliminará a outra empresa do mercado.

Do ponto de vista da repetição do indébito tributário, caso a empresa que não obteve decisão favorável deseje concorrer com a empresa “favorecida”, deverá fatalmente internalizar o custo tributário e reduzir seu preço ao patamar praticado pela outra. Numa situação como essa seria perfeitamente lícito que obtivesse a repetição do indébito em razão de posterior reconhecimento de inconstitucionalidade ou ilegalidade e do ponto de vista econômico seria perfeitamente justificável.

Por fim, acerca da possibilidade de se mitigar a repetição do indébito em casos de declaração de inconstitucionalidade da lei exacional, vale a referência à previsão contida na Lei Federal nº 9868/99. A possibilidade de manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal se revela de grande importância, uma vez que pode autorizar a mitigação da repetição do indébito – com a prolatação de decisão com efeitos ex

nunc – desde que verificado relevante interesse público e a imperativo para defesa da segurança jurídica. Esse entendimento é bastante combatido pelos doutrinadores quando cogitado em questões tributárias.

Como último comentário, vale estampar que interpretada a repetição do indébito tributário com a orientação dada pela escola *Law & Economics*, que lastreia suas conclusões nos efeitos econômicos que as normas jurídicas e as decisões judiciais podem causar, sempre considerando a regra da maximização da eficiência, em certas circunstâncias deve ser mitigada a devolução do tributo, pois se é fato que o consumidor já suportou a repercussão financeira do tributo, não deve ser o apenado com a captação para custeio da repetição.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Júlio César de. Abordagem Econômica do Direito: Aspectos Epistemológicos. Lusíada – Revista de Ciência e Cultura. Coimbra, nº 1 e 2, 2003.

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. In: WAHL, J. (Org.). **Economic Analysis of Contract Law, Antitrust Law, and Safety Regulations**. New York: Garland Publishing, Inc., 1998.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O Princípio do Poluidor Pagador – pedra angular da política comunitária do ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos – Uma perspectiva econômica. In: STAJN, R.; ZYLBERSTAJN, D. (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BAETA, Zínia. Estudo mostra que União deve R\$ 45 bi a 7,5 mil exportadoras. **Valor Econômico**, São Paulo, 17 dez. 2007. Caderno Legislação & Tributos.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª edição. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Flores e Mano.

BERLIRI, Luigi Vittorio. **El impuesto justo**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1986.

BICHARA, Luiz Gustavo A. S. A Possibilidade de o Supremo Tribunal Federal atribuir efeitos *Ex Nunc* ou *Pro Futuro* à Decisão que Considera Inconstitucional Lei Tributária. In: CEZAROTI, G. (org.). **Repetição do Indébito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 10 dez.2007.

_____. Exposição de Motivos para a Proposta de Emenda Constitucional nº 41/2003, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 19 dez.2007.

_____. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 26 dez.2007.

_____. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 24 dez.2007.

_____. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 19 dez. 2007.

_____. Proposta de Emenda Constitucional nº 2006. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getHTML.asp?t=7741>>. Acesso em: 27 de dez. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn. nº 1851. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 28 dez.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 46.450. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 dez. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 45.977. Acesso em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 dez. 2007.

BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. In: MORRIS, C. (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BUSTOS GISBERT, Antonio. Análisis económico de la legalización de las drogas blandas. In: SÁNCHEZ MACÍAS, J. I. **Economía, Derecho y Tributación – Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón**, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2005.

CABANELLAS, Guillermo. El análisis económico del Derecho. Evolución Histórica. Metas e Instrumentos. In: KLUGER, V. (org.). **Análisis económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Constituição Dirigente**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARLOS, Américo Fernando Brás. **Impostos – Teoria Geral**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

CASANA MERINO, Fernando. **La Devolución de Ingresos indebidos em matéria tributaria**. La Coruña: Distribuciones de La Ley, 1992.

CASSONE, Vittorio. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, I. (org.). **Princípio da Eficiência em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CASTELLANO, Andrea. El Análisis Económico del Derecho del Consumidor: Información, Garantías y Daños por Productos Elaborados. In: KLUGER, V. (org.). **Análisis económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

COASE, Ronald. El problema del Costo Social. In: ROEMER, A. (org.). **Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura**. México D. F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COLOMA, Germán. Análisis Económico de los derechos de Propiedad. In: KLUGER, V. (org.). **Análisis económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

COOTER, Robert D. Las Mejores Leyes Correctas: Fundamentos Axiológicos del Análisis Económico del Derecho. In: ROEMER, A. (org.). **Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura**. México D. F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, 2000.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

CORDOBERA, Lidia María Rosa Garrido. La Negociación Contractual y El Análisis Económico. In: KLUGER, V. (org.). **Análisis económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

CORRAL GUERRERO, Luis. **El Derecho del Contribuyente a la Devolucion de Impuestos – Introducción a uma teoria general**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S. A., 1978.

COSTA, José Augusto Fontoura. Análise Econômica do Direito: Entre a Segurança e a Adaptação. **Revista da Faculdade de Direito de Sorocaba**. Sorocaba, nº 1, 2001.

CUÉLLAR, Leila. **Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro**. Curitiba, 1997. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

DALLAZEM, Dalton Luiz. **A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos sobre as relações jurídicas tributárias**. Curitiba, 2003. Tese (Doutorado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

DE LUCCA, Newton. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XII: dos atos unilaterais; dos títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito Tributário Brasileiro. In. BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINIZ, Marcelo de Lima Castro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. A Regra do Artigo 166 do Código Tributário Nacional e a sua Aplicação à Cofins Não Cumulativa e ao PIS Não Cumulativo. In: CEZAROTI, G. (org.). **Repetição do Indébito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 23ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Pós-contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FEIJÓ, Ricardo. **História do Pensamento Econômico: de Lao Tse a Robert Lucas**. São Paulo: Atlas, 2001.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar M. A desregulação dos mercados e as recentes crises econômicas: questionamentos acerca da teoria das expectativas racionais no âmbito da *Law and Economics*. **Boletim de Ciências Econômicas**. Coimbra, v. XLIX, 2006.

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema Financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito**. São Paulo: Textonovo, 2004.

FLORIANO CORRALES, Carlos. **Derecho y Economía – Una aproximación al análisis económico del derecho**. Cáceres: Universidad de Extremadura, 1998.

FOGARTY, Michael P. Introdução. In: RICARDO, David. **Princípios de Economia Política e de Tributação**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.

FORGIONI, Paula Andrea. Análise Econômica do Direito: Paranóia ou Mistificação? **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, nº 77, maio/junho 2006.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDMAN, David. Direito e ciência econômica. **Revista Sub Judice**, Lisboa, nº 2, janeiro-abril 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARAVANO, Germán C.; GERSHANIK, Martín. **Análisis Económico de la Justicia Criminal**. In: KLUGER, V. (org.). **Análisis económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

GARCIA, Manuel Enriquez. O Setor Público. In: PINHO, Diva Benedines; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. (org.). **Manual de Economia**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA NOVOA, Cesar. **La Devolucion de Ingresos Tributários Indebidos**. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S/A, 1993.

GARÓFALO, Gilson de Lima. **Considerações sobre a Microeconomia**. In: PINHO, Diva Benedines; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. (org.). **Manual de Economia**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, nº 51, ano 13, julho-setembro 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Economia: introdução ao movimento *Law and Economics***. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10255>>. Acesso em: 13 out. 2007.

GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular: 2006.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun; VELLOSO, Andrei Pitten. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, I. (org.). **Princípio da Eficiência em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, José Artur Lima; MARQUES, Márcio Severo. O Direito è Restituição do Indébito Tributário. In: MACHADO, H. (org.). **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

GORGA, Érica. *Common Law* é mais eficiente do que a *Civil Law*? Considerações sobre tradições de Direito e Eficiência Econômica. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GORGA, Érica; STJAN, Raquel. Tradições do Direito. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GUESTRIN, Sergio. G. **Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho – de las fallas del mercado al sistema jurídico**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2007.

HUGON, Paul. **História das Doutrinas Econômicas**. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 1984.

KELSEN, Hans. **¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. 2ª edição. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

KNOEPFELMACHER, Marcelo. O artigo 166 do CTN e a Repetição do Indébito do ISSQN. In: CEZAROTI, G. (org.). **Repetição do Indébito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LEMKE, Gisele. **Imposto de Renda – os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica**. São Paulo: Dialética, 1998.

LIEBIG, Thomas; SOUSA-POZA, Alfonso. The Influence of Taxes on migration: evidence from Switzerland. **Cambridge Journal of Economics**. Oxford, vol. 30, nº 2, mar. 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, I. (org.). **Princípio da Eficiência em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Jônatas E. M. **Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**. Volume I - The History and Methodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000.

MAGALHÃES, José Carlos; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 113, jan./mar 1999.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Brasília : Ministério da Justiça, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, I. (org.). **Princípio da Eficiência em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Repetição do Indébito Tributário. In: CEZAROTI, G. (org.). **Repetição do Indébito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINS, Victor. Ronald Coase: Na fronteira da Economia e do Direito. **Revista Sub Judice**. Lisboa, nº 2, jan.-abr. 1992.

MATTEI, Ugo A.; ANTONIOLLI, Luisa; ROSSATO, Andrea. Comparative Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**. Volume I - The History and Methodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000.

MEDEMA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. **Economics and the Law from Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Nulidade da Lei Inconstitucional e seus efeitos: Consideração sobre a decisão do STF proferida no RE n.º 122.202. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, volume 11, 1996.

MERCADO PACHECO, Pedro. **El Analisis Economico del Derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MISES, Ludwig von. **As Seis Lições**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

MORSCHSBACKER, José. **A Restituição dos Impostos Indiretos**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1976.

MOURA E SILVA, Miguel. Law and Economics in Portugal. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**. Volume I - The History and Metodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000.

MUELLER, Bernardo; STAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos Direitos de Propriedade. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 1998.

NEVES, João César das. Memorial: O ovo de Coase. **Economia**. Coimbra, volume XV, nº 1, 1991.

NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição dos Tributos Indevidos, Seus Problemas, Suas Incertezas**. São Paulo: Resenha Tributária, 1983.

NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Repetição do Indébito, Compensação e Ação Declaratória. In: MACHADO, H. (org.). **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO. Estudo OAB/SP – Comissão de Assuntos Tributários. Disponível em: <http://www.oab.org.br/pdf/ESTUDO_OABSP.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2007.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Britto repudia jejum do governo na hora de pagar precatórios**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=12052>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

PALMA, Clotilde Celorico. **Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2006.

PAMPLONA, Gustavo. Uma Aplicação da Teoria dos Jogos ao Direito – Os cartéis, a licitação e a Teoria dos Jogos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PASCUAL GARCIA, José. Limites jurídicos al volumen del gasto publico. In: **Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Publica**. Madrid, número 259, jan.-mar. 2001.

PASIN, João Bosco Coelho. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, I. (org.). **Princípio da Eficiência em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PASTOR PRIETO, Santos e PINTOS, Jesús. Law and Economics in Spain. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**. Volume I - The History and Metodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Econômica da Litigância**. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

PEARSON, Heath. **Origins of Law and Economics – The Economists New Science of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHO, Diva Benevides. Aspectos da Evolução da Ciência Econômica – Da Economia da Informação às Raízes do Pensamento Econômico. In: PINHO, Diva Benedines; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. (org.). **Manual de Economia**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

PINTO, José Aparecido Alves. **Restituição do Indébito Tributário – A obrigação da Restituição do Indébito, em face da atual ordem jurídico-tributária**. Várzea Grande: Albuquerque Editores, 2003.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. A Teoria dos Jogos e o Processo de Recuperação de Empresas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, ano 9, nº 31, jan.-mar. 2006.

POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. Usos y Abusos de La Teoria Económica en el Derecho. In: ROEMER, A. (org.). **Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura**. México D. F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, 2000.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito de Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**. São Paulo, vol. 2, abril/junho de 2000.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Belknap University Press, 1999.

REDUÇÃO de carga tributária é fundamental para o país. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/28050,1>>. Acesso em: 24 dez. 2007.

RICARDO, David. **Princípios de Economia Política e de Tributação**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.

RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. Introdução à Economia. In: PINHO, Diva Benedines; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. (org.). **Manual de Economia**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, I. (org.). **Princípio da Eficiência em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 28ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

RODRIGUES, Walter Piva. A Regularidade da Legitimação do Contribuinte no Ajuizamento da Ação de Repetição do Indébito Fiscal. In: CEZAROTI, G. (org.). **Repetição do Indébito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ROSSETTI, João Paschoal. **Introdução à Economia**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 1991.

ROMERO, Marcos Augusto. **Aspectos jurídicos concernentes ao uso e preservação do meio ambiente**. João Pessoa: IBAMA, 1995.

ROTHBARD, Murray N. **O Essencial Von Mises**. 2ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1998.

SANTOS, Hermes dos. Prefácio à edição portuguesa. In: SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

SILVA, Alessandro Alberto da. O depósito em recursos de ações tributárias. **Valor Econômico**, São Paulo, 18 dez. 2007. Caderno Legislação & Tributos.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. As liberdades fundamentais e a Análise Económica do Direito. **Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**. Lisboa, vol. XIX, tomo I, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004.

SZTAJN, Rachel. *Law & Economics*. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. *Direito & Economia*. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STIGLIZ, Rubén S. **Contratos Civiles Y Comerciales**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações**. 34ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Fernando. Penhora on-line de contas bancárias dobra em 2007. **Valor Econômico**, São Paulo, 18 dez. 2007. Caderno Legislação & Tributos.

_____. TRF reduz base de cálculo da Cofins. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 dez. 2007. Caderno Legislação & Tributos.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais & sua Concretização**. Curitiba: Editora Juruá, 2002.

TOKARS, Fábio. Por uma *law and economics* tupiniquim. **Estado do Paraná**, Curitiba, 13 jan. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Os Direitos Humanos e a Tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, I. (org.). **Princípio da Eficiência em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Restituição dos Tributos**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TROSTER, Roberto Luis. Estruturas de Mercado. In: PINHO, Diva Benedines; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. (org.). **Manual de Economia**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

VARGAS, Jorge de Oliveira. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, I. (org.). **Princípio da Eficiência em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3ª edição. São Paulo, Atlas, 2003.

VUCHELEN, Jef. Taxation: Macro Aspects. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**. Volume IV - The Economics of Public and Tax Law. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000.

WEIGEL, Wolfgang. Law and Economics in Austria. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**. Volume I - The History and Metodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley, el derecho y la Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, sep.-dic. 2004.

ZANNONI, Eduardo A. El Análisis Económico del Derecho y Los Límites Cuantitativos de La Reparación de Daños. In: KLUGER, V. (org.). **Análisis económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006.