

A PROBLEMÁTICA DA CORRIQUEIRA POLÍTICA DE REFINANCIAMENTO DAS DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS POR UM PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE PROBLEM OF ORDINARY POLITICAL REFINANCING OF TAX DEBTS BY THE LAW AND ECONOMICS

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça*¹

Saulo Nunes de Carvalho Almeida**²

RESUMO

No ano de 2009, oriundo da conversão da MP 449/2008, a União, sob o fundamento de amenizar os reflexos da crise econômica mundial sobre as empresas, lançou seu mais novo programa de refinanciamento das dívidas tributárias, o chamado “Refis da Crise”. Trata-se do quarto programa de refinanciamento dentro do período de uma década. Esse fato demonstra que a União tem utilizado corriqueiramente de uma política de realização de programas de recuperação fiscal, os chamados “Refis”, concedendo diversos benefícios aos contribuintes que se encontram em situação de inadimplência. Logo, o presente estudo buscará realizar uma análise desse cenário, utilizando-se como diretriz os conceitos fundamentais formadores da escola da “Análise Econômica do Direito”, para refletir acerca das problemáticas que cercam a abusiva utilização desse instrumento excepcional que é o parcelamento tributário, como uma política fiscal ordinária.

PALAVRAS-CHAVES: REFIS DA CRISE; ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; INCENTIVO À INADIMPLÊNCIA.

ABSTRACT

In 2009, coming from the conversion of MP 449/2008, the federal state, under the ground to mitigate the consequences of the global economics crisis over companies, launched its newest program of refinancing tax debts, the so-called “Refis da Crise”. This is the fourth program of refinancing within the period of a decade. This fact shows that the Union has used a policy of routinely carrying out programs of fiscal recovery, the so-called “Refis”, providing many benefits to taxpayers who are in a debt situation. Thus, this study will seek to carry out an analysis of this scenario, using as guidance the fundamental concepts of the school knowing as “Law and Economics”, to reflect on the issues surrounding the improper use of this exceptional instrument as a common fiscal policy.

KEY-WORDS: “REFIS DA CRISE”; LAW AND ECONOMICS; ENCOURAGEMENT OF DEFAULT.

INTRODUÇÃO

Aparenta ser ponto de consenso geral entre os contribuintes brasileiros que a carga tributária imposta pelo Estado se encontra em patamares que ultrapassam os limites do tolerável. Esse senso de frustração dividido entre os contribuintes alcança patamares ainda mais significativos frente ao fato de que o motivo fundamentador pelo qual se pagam tributos,

¹ * Doutora em Direito pela UFPE. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

² ** Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

ou seja, a troca por serviços públicos de qualidade, não é oferecida pelo Estado como contrapartida proporcional³.

Estudos demonstram que no ano de 2010⁴, a carga tributária no Brasil representou 35,04% de seu PIB, sofrendo um aumento no montante de R\$ 195,05 bilhões em relação ao ano anterior.

No entanto, a problemática do Sistema Tributário Brasileiro não se limita apenas a sua elevadíssima carga tributária. Trata-se, também, de um dos sistemas mais complexos e caóticos existentes no mundo contemporâneo. Estudos⁵ apontam a presença de um emaranhado de normas que representam cerca de 61 tributos (entre impostos, taxas, contribuições especiais, etc) que devem ser absorvidos por uma empresa em funcionamento no Brasil, além da necessidade do cumprimento de 95 obrigações tributárias acessórias⁶ para que o contribuinte pessoa jurídica possa estar “em dia” com o Fisco.

Nesse sentido, torna-se compreensível o aumento crescente do debate entre os defensores de uma reforma tributária nacional, tanto objetivando diminuir a irracionalidade e complexidade do sistema atual, como buscando uma melhor divisão dessa carga tributária entre as distintas classes da sociedade, tributando proporcionalmente o poder aquisitivo de cada um, evitando a existência de cargas insuportáveis que leve a inadimplência. Afinal, uma carga tributária elevada e confusa acaba por coibir o contribuinte em realizar sua arrecadação, o que influencia diretamente em uma diminuição da receita fiscal, resultando em uma economia instável e que falha em alcançar todo seu potencial.

Esse sistema arcaico, composto por intermináveis e ineficientes burocracias, atua, também, como uma barreira a dificultar a competitividade dos produtos nacionais no exterior, limitando sua capacidade de competir em nível mundial com produtos oriundos de outros sistemas tributários existentes, problema, esse, que, em se tratando de uma economia globalizada, marcada pela acirrada concorrência e competitividade nos negócios, resulta em significativa perda de recursos oriunda do impacto negativo existente em tais transações.

³ Conforme dados do IBPT <www.ibpt.com.br>, o Brasil ocupa a 54ª posição entre os países que oferecem maior retorno aos cidadãos pelos seus tributos. Sua carga tributária fica atrás apenas da Suécia, Noruega, França e Itália.

⁴ http://ibpt.com.br/home/publicacao.list.php?publicacaotipo_id=2

⁵ www.ibpt.com.br

⁶ Corresponde às ações dos contribuintes, estabelecidas pela legislação tributária, de ação, omissão ou tolerância. Logo, são todas as demais obrigações que não correspondam ao pagamento de pecúnia ao Estado.

Como uma tentativa de “mascarar” os graves problemas estruturais presentes no atual Sistema Tributário Nacional (elevada carga tributária e irracionalidade do Sistema) a União tem-se utilizado, corriqueiramente, de uma política de realização de programas de recuperação fiscal, os chamados “Refis”, concedendo diversos benefícios aos contribuintes que se encontram com dívidas tributárias abertas com a União.

Nesse passo, o presente estudo buscará realizar uma análise desse cenário, utilizando como diretriz os conceitos fundamentais formadores da escola da “Análise Econômica do Direito”, para refletir acerca das problemáticas que cercam a abusiva utilização desse instrumento excepcional que é o parcelamento tributário, como uma política fiscal corriqueira e ordinária. Visão, essa, que não aparenta ser objeto de análise daqueles que tem estudado as diversas versões do “Refis”, existindo, assim, espaço para as perquirições que serão realizadas no presente artigo.

No entanto, para que haja uma correta compreensão dessa ligação entre os fundamentos oriundos da AED à política de refinanciamento de débitos tributários, o conhecimento de algumas “teorias básicas”⁷ formadoras da escola “Law and Economics” devem ser visitadas, sob pena de sua aplicação prática ser incompleta ou, pior ainda, equivocada.

Nesse sentido, passa-se para o exame desses relevantes conceitos, para que se possa partir para uma exploração das conseqüências de sua aplicação em face da política de banalização do parcelamento de créditos tributários.

2. DIREITO E ECONOMIA – NOÇÕES FUNDAMENTAIS

A relação entre economia e direito tem experimentado vertiginoso crescimento nos últimos tempos, resultando no desenvolvimento de inúmeros estudos científicos que buscam aprofundar a área de correlação existente entre esses dois prismas, alargando os fundamentos de comunicação existentes entre as duas disciplinas, ficando, dessa forma, conhecida como “Law and Economics”, ou Análise Econômica do Direito.

⁷ Afinal, conforme alertava o professor José de Albuquerque Rocha (2002, p. 17): “Teoria é um corpo de conceitos sistematizados que nos permite conhecer um dado domínio da realidade. A teoria não nos dá um conhecimento direto e imediato de uma realidade concreta, mas nos proporciona os meios (os conceitos) que nos permitem conhecê-la”.

Apesar de seu estudo no Brasil ter-se firmado apenas durante a década de 1980, a verdade é que essa visão do direito é estudada pela escola de Chicago em períodos significativamente anteriores. Esse novo prisma acerca do pensamento econômico/jurídico possui como marcos⁸ as obras publicadas por Ronald Coase intituladas: “The Nature of the Firm” de 1937 e “The Problem of Social Cost” de 1960, bem como pela obra de Richard Posner - “Economics Analysis of Law”⁹, ambos professores da “Chicago Law School”.

No Brasil a Análise Econômica do Direito (AED), frente a sua vinculação aos fundamentos oriundos da Universidade de Chicago, possui expressões sinônimas como “Escola de Chicago”, “Direito e Economia” ou simplesmente “Law and Economics” (LAE), correspondendo apenas a rótulos distintos para uma mesma linha de pensamento, qual seja, a possibilidade da aplicação de conceitos de economia em distintas relações jurídicas.

Enfatizando a relevância acerca do reconhecimento que vincula os sistemas econômicos, jurídicos, políticos, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p.8) apregoam:

(...) Quer pela justificativa da estabilidade econômica, hoje reconhecida como imprescindível a um sistema legal eficiente, quer por meio da estabilidade das normas e do respeito aos contratos, igualmente reconhecidos como fundamentais ao desenvolvimento econômico, é preciso por mãos à obra e aproximar as duas áreas. Por óbvio, ainda restam muitas arestas a ser aparadas, e as dificuldades de comunicação a que se refere Stigler mostram a extrema dificuldade com que confluem os significados e os institutos jurídicos, assim como os conceitos de economia.

Ao analisar o pensamento de uma Análise Econômica do Direito, atentando para o aparente antagonismo existente entre as duas ciências, tendo em vista as preocupações essenciais para os juristas ser a justiça, enquanto que os economistas favorecem outros valores como maximização da eficiência, Rachel Sztajn (2006, p. 222) salienta certas premissas desenvolvidas pelo “Law and Economics” como sendo nada mais do que uma técnica de interpretação das normas jurídicas. Nesse caso, o direito, como ciência aberta que é, tende a ser influenciado por tais teorias.

Law and Economics ou Direito e Economia, pretendem oferecer esse instrumental teórico à partir de uma diferente abordagem da leitura das normas jurídicas, semelhante ao método ou modelo funcionalista tal como proposto por Norberto Bobbio. Por que fugir da idéia de que norma deve seguir a função, deixando de privilegiar o formalismo? Importa o que se pretende, de meta eleita e dos meios

⁸ Apesar de tais marcos, é correto afirmar que o estudo da intercessão entre Economia e Direito é bem mais antigo que o Século XX. Afinal, os próprios estudos de Adam Smith no Século XVIII já introduziam essa visão multidisciplinar, delimitando os efeitos das normas jurídicas sobre a economia mercantilista de um Estado.

⁹ Sua 8ª edição foi publicada em 2011.

disponíveis, chegar ao melhor resultado. Assim, a proposta de Law and Economics, ou ao menos uma das propostas, é utilizar procedimentos baseados em modelos econômicos para avaliar as relações entre pessoas que vivem em sociedade, bem assim as instituições sociais vigentes.

Nesse sentido, a evolução do diálogo entre Direito e Economia deve ser visto como algo positivo, correspondendo a mais uma ferramenta que possa auxiliar o direito na eterna busca de uma sociedade mais justa e igualitária, permitindo que haja um aumento da produtividade e, por consequência, uma maior circulação de riquezas.

O referencial teórico introduzido pela Economia, ao ser aplicado ao Direito por meio de uma abordagem interdisciplinar, pode contribuir na evolução das relações sociais como um todo. Assim como o direito interage com a Filosofia, Antropologia, Sociologia, o estreitamento na relação entre Direito e Economia poderá resultar na formulação de novas possibilidades de alcançar uma maior efetivação das normas jurídicas, identificando seus efeitos sobre o comportamento dos indivíduos, considerando que os mesmos são racionais e que suas condutas se direcionam para as opções que lhes tragam maiores vantagens.

Logo, o direito passa a ser visto como um sistema aberto, encontrando-se diretamente afetado por incentivos externos a essa ciência, sendo os conceitos de economia poderosos instrumentos para sua observância, frente à possibilidade de concessão de incentivos positivos ou negativos que influenciariam o comportamento dos agentes envolvidos nas mais distintas relações jurídicas¹⁰. Entre as relevantes teorias desenvolvidas, de grande destaque é o Ótimo Paretiano¹¹, bem como a teoria da eficiência de Kaldor-Hicks, comentadas por Decio Zylberstajn e Rachel Sztajn (2005, p. 76):

No que diz respeito à eficiente circulação de riquezas, 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 atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior. (...)

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.

¹⁰ Entre as questões que tem ocupado ponto de maior relevância quanto a aplicação dos conceitos de economia no direito, certamente se localiza o debate acerca dos possíveis campos jurídicos em que essa aplicação não iria de encontro com os pressupostos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Logo, áreas vinculadas a contratos, direitos antitruste, operações financeiras e de mercado, propriedades, aparentam possuírem espaço mais evidente para sua análise econômica.

¹¹ Frank H. Sefen (1989, p.41) explica que o Teorema de Pareto se encontra vinculado à idéia de distribuição eficiente de recursos. “De acordo com o critério de Pareto, uma distribuição de recursos é eficiente se não for possível distribuir recursos de forma que pelo menos uma pessoa tenha sua situação melhorada e nenhuma outra pessoa tenha sua situação piorada. Uma distribuição eficiente de recursos é chamada de ótima de Pareto”.

Assim, tem-se o surgimento da idéia de que para que as normas jurídicas possam alcançar um patamar máximo de eficiência, torna-se necessário analisá-las também por uma percepção econômica, reconhecendo que as pessoas tendem a agir de forma racional, realizando as escolhas que lhes forem mais benéficas, mediante uma análise das vantagens e desvantagens, prêmios e sanções, resultantes de suas escolhas.

Analisando-se o conceito e o objetivo de uma empresa, partindo da fórmula de custos de transação elaborada por Coase, Cassio Machado Cavalli (2005, p. 253) afirma que a organização econômica de uma empresa tem uma única finalidade, a diminuição dos custos de transação referentes à atuação em certa atividade econômica. Para o autor, “a empresa se apresenta como um método de organização da produção pelo qual o empresário adquire o poder de gestão ou controle sobre os fatores de produção com a finalidade de diminuir os custos de transação para a obtenção de um resultado destinado à satisfação de necessidades alheias”.

Nesse sentido, é de grande relevância para a manutenção do Ordenamento Jurídico e o respeito às suas normas a instituição de sanções severas o suficiente para coibir uma possível escolha pela sua inobservância, sob pena de o indivíduo decidir pela violação do direito, tendo em vista que suas punições são mais compensadoras que as restrições de sua observância.

Essa caótica hipótese aparenta corresponder ao atual cenário no que se refere aos créditos tributários da União, frente à banalização de programas de refinanciamento das dívidas, conforme será demonstrado a seguir.

2. PARCELAMENTO E A SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Insta, a priori, estabelecer algumas informações conceituais acerca dos efeitos oriundos do parcelamento do débito tributário para o contribuinte inadimplente.

Como regra, uma vez realizado o lançamento e a notificação do Contribuinte acerca do crédito tributário, a Fazenda Pública poderá exigir seu adimplemento, podendo-se utilizar das vias administrativas e judiciais para executar a dívida, tendo em vista se tratar de crédito dotado de liquidez e certeza. No entanto, o art. 151 do CTN traz certas hipóteses em que mesmo a Fazenda já tendo realizado o lançamento tributário, não poderá exigir o

adimplemento da dívida pelo sujeito passivo. Arrolada entre tais hipóteses, encontra-se o parcelamento tributário.

Para que se possa compreender a relevância da concessão de parcelamento dos créditos tributários, torna-se oportuna uma análise do citado artigo 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o mesmo demonstra que, entre as implicações do parcelamento tributário, encontra-se a suspensão de sua exigibilidade pelo Estado:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

VI – o parcelamento;

Ao analisar o parcelamento como hipótese de suspensão do crédito tributário, Hugo de Brito Machado (2005, p.247) diz se tratar, inclusive, de previsão desnecessária, tendo em vista que a expressa referência do CTN à moratória já incluiria a citada causa de suspensão:

O parcelamento é a última das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, arroladas pelo art. 151 do Código Tributário Nacional. O inciso VI do art. 151 foi a este acrescentado pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, desnecessariamente, aliás. Realmente, o inciso VI, ao incluir o parcelamento entre as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, “choveu no molhado”. O parcelamento nada mais é que uma forma de moratória.

Vittorio Cassone (2004, p. 325) segue o mesmo entendimento defendido por Hugo de Brito Machado, asseverando que “o parcelamento é hipótese de moratória, em que não se verifica novação em relação ao título executivo”.

O destaque dado aos conceitos de parcelamento e suspensão do crédito tributário justifica-se por corresponderem a duas relevantes conseqüências usufruídas pelos contribuintes que decidem aderir ao chamado “Refis da Crise”. Logo, tais devedores ao parcelar suas dívidas, suspendem a execução de seu crédito tributário, o que lhes permite retirar a tão sonhada “Certidão Negativa de Débitos” (CND), responsável por demonstrar que o contribuinte se encontra em um estado de “regularização temporária”, que lhe trará diversos benefícios, como a possibilidade de participar de licitações, contratar com órgãos da Administração Pública e até retirar seu nome do CADIN.

Ou seja, o contribuinte inadimplente, pelo simples fato de aderir ao programa de financiamento, usufruirá de todos os benefícios das empresas que tempestivamente quitarão todos os seus tributos. Logo, deve-se questionar qual o incentivo que o contribuinte tem em quitar os débitos tributários da União em dia?

Os reflexos negativos dessa política fiscal serão analisados no tópico a seguir.

3. OS PROGRAMAS DE REFINANCIAMENTO DA UNIÃO NA ÚLTIMA DÉCADA E SEUS EFEITOS NEGATIVOS

A última versão do “Refis” lançado pela União, prescrito na Lei nº 11.941/2009, oriunda da conversão da Medida Provisória nº 449/2008, responsável por introduzir um novo programa de parcelamento do crédito tributário, entre outros benefícios, aos contribuintes que encontram-se em situação de inadimplência.

Batizado de “Refis da Crise”, o programa utiliza como fundamento para a concessão de tais benefícios os efeitos que a crise global econômica de 2008 teve sobre as empresas em solo nacional.

Logo, utilizando-se do argumento de que a citada medida seria uma forma de amenizar o impacto sofrido pelos contribuintes da União, a Lei nº. 11.941/2009 trouxe diversas vantagens para as empresas que possuem débitos tributários já inscritos em dívida ativa da União e que decidiram aderir ao programa. Entre as mais vantajosas medidas, destaca-se:

- Parcelamento da dívida em até 180 parcelas (as demais opções de parcelamento são 30, 60 e 120 parcelas)¹²;
- Redução das multas e dos Juros de mora¹³ (que será proporcional ao número de parcelas escolhidas pelo contribuinte)¹⁴;
- Isenção total dos encargos legais (valores pagos à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, e que em regra correspondem a 10% do valor da dívida executada)¹⁵;
- Suspensão do Crédito Tributário¹⁶.

¹² Artigo 1º, da Lei nº. 11.941/2009.

¹³ Explicando a distinção existente entre multas por infração e multas de mora, na seara tributária, Zelmo Denari (2002 ,p.243) afirma que “Para distinguirmos uma da outra, basta considerar que as multas por infração são apuradas e regularmente constituídas por meio de auto de infração, enquanto as multas de mora são sanções previstas na legislação ordinária dos entes políticos que derivam do inadimplemento puro e simples de obrigação tributária no respectivo vencimento”.

¹⁴ Artigo 1º, §3º, I a V da Lei nº. 11.941/2009.

¹⁵ Artigo 1º, §3º, I a V da Lei nº. 11.941/2009.

¹⁶ Artigo 151, VI, CTN.

Não aparenta haver dúvidas de que as vantagens para as empresas inadimplentes são formidáveis e que, para os menos atentos ao histórico das políticas de refinanciamento da União, aparentam ser condizentes com os quesitos de proporcionalidade, tendo em vista a intensidade com que a crise econômica de 2008 influenciou no vigente mercado globalizado sendo, inclusive, comparada por muitos especialistas à histórica crise de 1929¹⁷.

No entanto, conforme salientado nos traços introdutórios do presente estudo, faz-se necessário analisar não apenas o programa intitulado “Refis da Crise”, e sim um histórico mais preciso das políticas tributárias da União na última década. Ao se realizar tal reflexão, percebe-se que a União tem, frequentemente, utilizado esse benefício tributário extraordinário de forma inapropriadamente corriqueira, sendo frequentes programas que se assemelham àquela concedido pela Lei nº. 11.941/2009.

Ao se analisar a concessão de parcelamento tributário no campo dos débitos federais, percebe-se que, apesar da “justificativa” para a utilização desse complexo sistema legal de refinanciamento ser a crise econômica de 2008, essa não é a primeira vez que a União se utiliza desse sistema nos últimos anos. Na verdade, analisando a última década, o “Refis da Crise” corresponde ao quarto programa de recuperação fiscal instituído pela União.

Suas “primeiras versões” foram o “Refis” (Programa de Recuperação Fiscal – 2000), “Paes” (Parcelamento Especial – 2003), “Paex” (Parcelamento Excepcional – 2006) e, claro, o “Refis da Crise” de 2009.

Não há, portanto, dúvida, ao considerarmos que o “Refis da Crise” corresponde ao 4º programa de parcelamento especial instituído pela União dentro do período de uma década, que o real intuito do Governo Federal não tem justificativa no espírito solidário inicialmente alegado, sendo apenas “formal” o fundamento de auxiliar o Mercado nacional em um ambiente de intensa crise econômica.

A verdadeira motivação que tem levado a União a essa constante política de concessão de parcelamento para os débitos tributários, corresponde a sua equivocada visão que tal política permite uma arrecadação de maiores recursos para os cofres do Estado.

¹⁷ Ao analisar o impacto econômico da quebra da Bolsa de Nova York em 1929, Sandra Barbon Lewis (2005, p. 237) afirma que em certos pontos do globo, seus efeitos perduram até os dias atuais: “A crise de 1929 trouxe uma série de efeitos interessantes tanto no plano econômico como no social. Em um primeiro momento, verificase um monstruoso aprofundamento da pobreza e da desigualdade social em todos os países, sendo especialmente dramática nos países industrializados”.

Conforme será demonstrado a seguir, quando de uma análise mais precisa dos nefastos efeitos oriundos do abuso dessa política, essa visão limitada e imediatista do Governo Federal se encontra equivocada e, ao contrário do que pode aparentar quando de uma rápida análise, na realidade, acaba-se perdendo mais do que arrecadando com banalização da concessão de refinanciamentos. Perdas, essas, que, infelizmente, não se limitam apenas aos valores destinados aos cofres públicos. Seus piores efeitos incidem mais severamente sobre terceiros que se encontram excluídos dos benefícios oriundos de tais financiamentos. Esses terceiros são os Contribuintes adimplentes.

3.1. Danos à concorrência

A livre concorrência corresponde a um antigo sistema que, em grande parte dos países ocidentais, ainda continua a vigorar, atuando, especialmente, no campo da economia, permitindo a competição entre aqueles que oferecem o mesmo produto no mercado. Sobre as raízes históricas desse relevante princípio, Américo Luís Martins da Silva (2003, p.123) explica:

(...) pioneiramente, na França, o Decreto de Allarde, de 2 e 17 de março de 1791, depois a Lei de Chapelier, de 14 e 15 de junho de 1791, substituíram os dogmas corporativistas dirigistas e fisiocráticos, que dominavam anteriormente a organização da economia francesa, pelo princípio da livre empresa e da livre concorrência. O Decreto de Allarde consagrou, pois, o princípio da liberdade de comércio e da livre concorrência. À partir daquela disposição legal, qualquer um poderia escolher sua profissão à vontade, sem se chocar com o monopólio de corpos privilegiados e decidir sobre seus processos de fabricação e seus preços de venda, sem estar jungido a uma regulamentação corporativa e estatal.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a necessidade de prestigiar tal sistema, elevando-o ao patamar de princípio constitucional, estabelecendo em seu art. 170, IV, a livre concorrência como princípio norteador da Ordem Econômica.

A rigor, o princípio da livre concorrência corresponde a um pressuposto que atua tanto na esfera privada (permitindo às empresas lutarem pela melhoria de suas clientelas) e, em especial para o presente estudo, na esfera pública (estabelecendo que o Estado deverá adotar um posicionamento de neutralidade, assegurando, assim, uma igualdade de condições entre as empresas concorrentes).

Partindo dessas noções, é indiscutível que o funcionamento de um mercado livre e globalizado esteja ligado ao mais alto grau de concorrência entre seus agentes, onde as empresas buscam sempre melhorar sua situação, utilizando-se das vantagens e evitando as

desvantagens concedidas pelo sistema jurídico. Analisam como é possível ganhar mais que seus concorrentes, procurando alcançar um grau máximo de eficiência dentro de suas relações econômicas.

Aqui já se manifesta o primeiro obstáculo. A verdade é que a manutenção de um sistema tributário como o Brasileiro certamente incentiva um cenário de instabilidade econômica, pois a elevada carga tributária freia o crescimento dos empreendimentos que escolhem se manter em dia com a irracionalidade normativa que é o sistema tributário nacional.

Tal problemática aparenta alcançar patamares ainda mais graves frente ao atual clima econômico, ligado a certa escassez de recursos disponíveis para investimentos no desenvolvimento de algumas atividades econômicas. Adotando os princípios estabelecidos pela “Escola de Chicago”, se os recursos são escassos, a necessidade de sobrevivência no mercado obrigará seus atores a utilizarem todas as opções disponíveis pelo atual sistema que mais sirvam para atender suas necessidades.

Afinal, para o sucesso de qualquer empresa é crucial a identificação da escolha mais vantajosa que possibilitará uma maximização de recursos. Esse controle preciso e objetivo é o que garante a sobrevivência de uma empresa na acirrada economia atual. Dentro dessa complexa análise, certamente estarão incluídos os valores gastos com a quitação em dia dos tributos, bem como a contrapartida oriunda do Estado frente a essa sua “pontualidade”.

Logo, para as empresas que decidem, simplesmente, pela não quitação dos tributos, bem como pela inobservância das complexas (e onerosas) obrigações tributárias acessórias, restará uma quantidade significativamente maior de recursos para serem investidos na empresa, concorrendo em condições desleais com as outras que decidem pela manutenção regular de seu recolhimento, indo de encontro ao princípio da livre concorrência, tendo em vista que o Estado sai de sua postura neutra e beneficia os contribuintes inadimplentes.

Frente à impossibilidade de manter seu negócio pela elevada carga tributária absolvida apenas por uns, e não por outros, as empresas anteriormente adimplentes, para que possam concorrer em patamar de igualdade com aquelas inadimplentes, são levadas, pelo próprio sistema, à sonegação. E, como resultado do aumento da inadimplência, o Estado, na tentativa de recuperar a receita perdida, passa a tributar ainda mais onerosamente aqueles que quitam os tributos, o que inevitavelmente os leva à inadimplência, escolhendo, assim, matar

as poucas “galinhas dos ovos de ouro” ainda existentes, formando um ciclo vicioso e insustentável, vantajoso apenas para os “free riders” que “se utilizam dos esforços e recursos de outros, sem dever incorrer, eles próprios, em gastos e custos, desestimulando a boa atuação e o nível eficiente de investimento dos agentes econômicos”¹⁸.

Logo, quando se está diante de um sistema em que inexistem incentivos para os contribuintes adimplentes, e para os contribuintes inadimplentes as vantagens são significantes, não há como desconhecer a associação entre os índices de sonegação fiscal e a constante concessão de refinanciamentos da dívida tributária pela União.

Afinal, tem-se um programa que atribui largas vantagens às empresas que falham em quitas suas obrigações tributárias, tornando-se claros os reflexos negativos que incidem sobre as empresas adimplentes, que, para evitarem naufragar ante às forças do mar da concorrência, são forçadas a navegarem sobre as mesmas águas da inadimplência, criando um perigoso ciclo vicioso alimentado pelo próprio Estado.

3.2. Afronta à isonomia

O princípio da isonomia, diferentemente dos “princípios-regras” vinculantes do direito tributário¹⁹, possui um alto grau de abstração, o lhe possibilita um maior campo de abrangência no mundo dos fatos, atuando como diretriz a ser observada não apenas na aplicação de normas jurídicas, mas também quando do momento de sua elaboração, impondo limites à atuação do legislador ordinário. Acerca da interpretação e aplicação de Direitos Fundamentais, Cristina M. M. Queiroz (2002, p.177) determina: “Daqui resultam dois aspectos a assinalar: primeiro, que é a autoridade habilitada a interpretar que determina a norma que aplica; segundo, que isso não diz respeito unicamente ao juiz, mas a toda a autoridade com competência para aplicar o direito”.

Essa limitação constitucional se encontra genericamente prevista no art. 5º da vigente Constituição. No âmbito específico do direito tributário, o princípio da igualdade é estabelecido pelo art. 150, II, da Carta Magna, proibindo ao Estado instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Esse relevante

¹⁸ Paula A. Forgioni (2005, p.246). **Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação?** Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro. v. 44, n.139, JUL/SET, 2005, Editora Malheiros: São Paulo.

¹⁹ Reza o princípio da anterioridade, noventena ou legalidade, que não há maiores espaços para flexibilização e ponderação conforme o caso concreto, atuando como um verdadeiro “tudo ou nada” a ser observado pelo Estado.

princípio representa uma garantia fundamental a ser preservada como uma das mais elevadas características que qualquer sistema democrático de direito deve ter.

No entanto, o grande empecilho no caminho da efetivação da igualdade, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho (1993, p. 92) dar-se pelo fato de que “o conceito de igualdade não é de fácil determinação (...). Em função de sua plasticidade, almoda-se diferentemente aos múltiplos campos de incidência material das regras jurídicas, o que torna penosa a indicação precisa de seu conteúdo”.

A vinculação de uma igualdade real com aspectos econômicos e financeiros e dívidas perante o Estado provavelmente não corresponde a uma ideia nova, sendo resultado de uma construção que pode ser identificada em diferentes momentos da história da humanidade. Nesse sentido, João Batista Herkenhoff (1994, p.124) afirma que “Na antiguidade grega, Sólon²⁰ viu a inutilidade da igualdade meramente formal, se fatores econômicos subjogam alguns em proveito de outros. Por esta razão, aboliu as dívidas que privavam os pobres de seus direitos, sujeitando-os às ordens dos ricos”.

A vigente política pública de refinanciamento do crédito tributário, ao instituir um tratamento desigual entre contribuintes que dividem a mesma ocupação empresarial, estabelece, com certeza, uma discriminação tributária. Como uma tentativa de alcançar maior arrecadação, afronta-se o princípio maior da isonomia, privilegiando aqueles que não merecem maiores vantagens, já que sequer arcam com o ônus de pagar seus tributos, e excluindo de quaisquer benefícios os contribuintes que quitam, tempestivamente, suas obrigações tributárias.

Não se pode tolerar a defesa dessa política fiscal sob a justificativa de igualdade material ou proporcional, ou seja, sob a alegativa de que “deve-se tratar diferente aqueles em situações diferentes”. Afinal, conforme destaca Vittorio Cassone²¹ (2004, p. 188) por qualquer critério de comparação razoável, percebe-se que o tratamento desigual, aqui, impõe

²⁰ Sólon (638-559 A.C.) tem seu nome vinculado até os dias atuais como sinônimo de “legislador”, sendo o primeiro grande responsável pela estruturação política e legal de Atenas. Nesse sentido, Carol Devine et all (2007, p.15): “Com sua codificação das leis, lhe é creditada a edificação da base da primeira democracia na cidade-Estado de Atenas. (...) Por volta de 458-457 a.C., todos os cidadãos, com exceção da classe proprietária mais baixa, podiam votar, e até mesmo o posto mais alto da cidade estava aberto a mais da metade dos cidadãos”.

²¹ Vittorio Cassone explica que “atualmente, a versão mais comum de igualdade proporcional é a seguinte: uma regra de distribuição é igualitária se, e apenas se, as diferenças na distribuição correspondem a diferenças relevantes das características pessoais; por outras palavras, se a característica especificada é relevante em relação ao gênero de benefícios ou encargos a distribuir”.

custeios mais elevados às empresas que atuam em ramos iguais e idênticos, não justificando o tratamento diferenciado estabelecido.

Nesse passo, considerando tratar-se de programas marcados pela inexistência de vantagens para o “bom contribuinte”, privilegiando apenas as empresas inadimplentes, gerando uma clara situação de desigualdade para contribuintes que se encontram em uma mesma atividade econômica, aparenta ser justificável qualquer impugnação daqueles contribuintes que realizam o recolhimento regular de seus tributos, que venham a pleitear uma devolução proporcional dos valores concedidos aos contribuintes “maus-pagadores”, evitando, dessa forma, uma violação também ao princípio da generalidade dos tributos, estabelecendo que todo aquele que pratica certo ato tributável será obrigado a pagar seus tributos.

3.3. Incentivo ao inadimplemento

O Direito deve ser utilizado como uma potente ferramenta de indução comportamental, influenciando nas escolhas a serem seguidas pelos agentes que a ele se sujeitam. As normas tributárias não são exceção. Muito pelo contrário, graças à elevada e complexa carga tributária nacional, as empresas contribuintes tendem a agir com racionalidade, analisando os custos-benefícios de suas atitudes, por uma perspectiva de eficiência econômica.

Se as normas jurídico-tributárias instituem comportamentos humanos que levarão, inevitavelmente, à inadimplência, resta claro que está se moldando um sistema que coloca em cheque as noções e princípios mais básicos da tributação, difundindo e fomentando uma política de incentivo ao contribuinte inadimplente, desrespeitando o contribuinte pontual, e estabelecendo uma ordem jurídica pautada na desobediência das obrigações tributárias.

Nesse sentido, oportuna a reflexão realizada por Paula A. Forgioni (2005, p. 243):

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

À luz de critérios econômicos, a União erra em seu diagnóstico. Sua vigente política fiscal abala as estruturas básicas do sistema tributário, sob uma concepção errônea de maior

levantamento de recursos, recompensa-se a inadimplência, desenvolvendo um sistema que apenas pode ser sustentado por meio do aumento da carga tributária de forma geral, a ser suportada somente pelos contribuintes adimplentes, atuando como segundo fator a convidá-lo à inadimplência, quando o mesmo analisar racionalmente que o ônus incidente sobre ele para a realização em dia de suas obrigações tributárias não são proporcionais aos seus custos.

3.4. Perda de recursos pelo Estado

Enfim, no tocante ao montante de recursos injetados nos cofres públicos oriundos dessa distorcida política fiscal, percebe-se que a visão que se pode ter em um momento inicial de maior arrecadação corresponde a uma equivocada ilusão. Na verdade, em uma análise macro desse sistema, percebe-se que a utilização constante dessa política resulta, na verdade, em grandes prejuízos econômicos para a União.

Afinal, o Estado, ao perdoar as infrações e multas existentes, parcelando os débitos referentes às obrigações tributárias, não apenas incentiva o recolhimento extemporâneo dos tributos, mas, na verdade, perde cifras elevadíssimas sobre os débitos que já se encontravam devidamente constituídos, em fase final de cobrança judicial.

Além disso, considerando os relevantes pilares da Análise Econômica do Direito, a previsibilidade dessa política fiscal, que tem se repetido constantemente com um período de intervalo de três em três anos entre uma e outra medida, permitindo que contribuintes que se inscreveram em programas de refinanciamento passado e falharam em cumprir suas obrigações possam se inscrever novamente nos novos programas, incentivando o contribuinte a falhar no cumprimento das parcelas ajustadas, aguardando sempre os novos programas de parcelamento da União, que acabam realmente por vir.

A grande problemática de uma política pública tributária que resulta na perda de recursos pelo Estado corresponde ao fato de que diversos benefícios sociais que seriam repassados para a população em geral deixam de ser efetivados em razão da eterna falácia de “inexistência de recursos”.

Por fim, deve-se enfatizar que a visão contemporânea do direito apenas tolera que um sistema jurídico seja concebido de modo igualitário, distribuindo os benefícios e encargos igualmente para todos. Logo, torna-se claro que o atual sistema de banalização na concessão

de refinanciamentos corresponde a um ciclo vicioso atuando como sério obstáculo na efetivação de qualquer Justiça Fiscal.

4. ANÁLISE DA ATUAL POLÍTICA FISCAL DA UNIÃO FRENTE À TEORIA DA AED

Conforme se demonstrou no presente artigo, o direito não pode mais ser visto como uma ciência fechada às relações sociais, econômicas, políticas que se encontram ao seu redor. Tais áreas se relacionam com o direito, interagindo com ele constantemente. O fenômeno conhecido como análise econômica do direito procura promover a idéia de um diálogo entre o direito e a economia, na busca de respostas mais eficientes para os problemas atuais.

Nesse diapasão, torna-se relevante uma análise sistemática da influência dos atuais programas de refinanciamento tributário sobre o comportamento das empresas contribuintes, ao se depararem com os incentivos legais corriqueiramente concedidos pelo Estado para aqueles que falham em quitar seus tributos em dia. Tal reflexão permitirá uma avaliação mais precisa de seus resultados sobre os comportamentos dos sujeitos passivos da relação jurídico tributária.

O atual sistema vinculado à constante concessão de benefícios aos agentes envolvidos com externalidades, possibilitando-os negociar e renegociar (tendo em vista que o “Refis da Crise” permite a adesão de contribuintes que já haviam participado dos “refis” anteriores) suas dívidas tributárias, influencia negativamente as escolhas racionais que serão feitas pelas empresas contribuintes.

A ineficiência desse programa tende a distorcer as mais basilares noções que devem compor a espinha dorsal de qualquer sistema tributário, qual seja, a de garantir a eficiência e a celeridade na arrecadação dos recursos, quesito basilar para o funcionamento de qualquer Estado. Uma política pública que influencia negativamente o levantamento de tais recursos, possibilitando transações extremamente vantajosas para aqueles que falham em observar as obrigações legais tempestivamente, não resulta em uma maior obtenção de recursos para o Estado, ao contrário, acaba por influenciar as ações dos agentes econômicos de forma negativa, levando-os rumo à inadimplência tributária.

Analisando a dinâmica do comportamento das empresas contribuintes como indivíduos, que atuam respeitando as premissas da maximização racional, percebe-se que as

decisões exercidas por tais agentes somente serão da quitação de todos os tributos em dia se os benefícios dessa escolha forem maiores que os prejuízos de sua inadimplência. Hipótese, essa, que não corresponde à realidade tributária atual.

Nesse passo, conforme restou demonstrado pelos pilares formadores das teorias da AED, os custos de transação ligados à quitação em dia de todos os tributos são bastante elevados, logo a existência de leis posteriores anistiando ou parcelando débitos tributários desempenham um papel de suma relevância quanto à influência exercida sobre os contribuintes, que agirão racionalmente ao analisar os custos-benefícios de sua quitação em dia, bem como a probabilidade e vantagens oriundas das posteriores normas de refinanciamento da dívida tributária, considerando que as mesmas tendem a ocorrer constantemente, tornando-se de fácil previsibilidade.

Se as vantagens oferecidas para a quitação das obrigações tributárias não forem proporcionais aos seus elevados custos, óbvio que mais vantajoso será para a maximização dos lucros de qualquer atividade econômica o seu inadimplemento. Afinal, conforme o raciocínio demonstrado pela AED, em um cenário de concorrência de mercado, as decisões individuais no plano econômico tendem a ser egoístas, objetivando apenas a satisfação de suas necessidades, sendo esse o parâmetro adotado para as preferências em cada situação, seja ela de compra e venda, seja ela de pagamento ou inadimplência dos débitos tributários.

CONCLUSÃO

Percebe-se que ao invés de buscar uma reestruturação gradual do sistema tributário nacional, na tentativa de evoluir para um novo sistema que se destine à contenção da carga tributária atual, bem como de um sistema pautado na simplificação, evitando que empresas sejam levadas à inadimplência, insolvência ou mesmo falência, o atual modelo de política fiscal adotado pela União é maléfico e de pouquíssima eficiência, sendo capaz de provocar nefastas conseqüências à ordem econômica e financeira do país, incluindo um fomento à cultura do inadimplemento, danos à concorrência, perda de recursos para os cofres públicos e uma afronta direta ao princípio fundamental da isonomia.

Um sistema tributário eficiente deve buscar alcançar o crucial ponto de equilíbrio entre a maximização de recursos, com o menor impacto tributário sobre seus contribuintes. Infelizmente, o vigente modelo de política fiscal da União que foi construído, marcado pelo exagero na concessão de refinanciamentos, corresponde a uma névoa que procura encobrir os

graves problemas teóricos e práticos que se encontram encravados em nosso Sistema Tributário.

O conjunto de postulados e teorias compartilhadas no presente estudo demonstrarão a capacidade que o Estado, por meio das normas tributárias, tem de influenciar o comportamento dos contribuintes. Tais ferramentas podem atuar gerando incentivos positivos ou negativos para seu cumprimento.

Nesse passo, considerando as premissas formadoras do Teorema de Pareto, as empresas tenderão sempre a buscar a máxima efetividade em todas as suas relações, em especial nas que envolverem gastos financeiros elevados, como são os custos de transação de natureza tributária. Logo, tais obrigações somente serão adimplidas pelas empresas se as vantagens desse ato forem consideradas financeiramente proporcionais em comparação com as sanções de sua inobservância.

As noções da AED possibilitam compreender que, via de regra, as pessoas sempre atuarão de forma racional e de acordo com a satisfação de seus interesses. Essa escolha racional para uma empresa contribuinte será sempre referente à opção que melhor lhe proporcione uma maximização dos benefícios econômicos oriundos de tal escolha.

O problema patológico-tributário brasileiro, oriundo da elevada carga tributária e do ineficiente emaranhado de normas existentes, certamente não pode ser resolvido pela simples instituição de programas de refinanciamento dos débitos tributários, responsável, apenas, em estabelecer um perigoso “ciclo vicioso” tendente ao aumento nos níveis de inadimplemento das obrigações tributárias²².

No final as conseqüências dessa política é que os custos para o Estado são bem maiores que os benefícios usufruídos. Apesar da momentânea e imediata injeção de recursos oriundos dos parcelamentos, a realidade é que o impacto econômico das pessoas que se tornam inadimplentes frente ao corriqueiro perdão Estatal é elevadíssimo, indo de encontro com quaisquer noção de eficiência econômica, critério que deve ser respeitado pelo Estado.

²² Vale destacar que as obrigações tributárias não se limitam apenas aos recolhimento de valores dos tributos. Na realidade, exige das empresas alocação de recursos em grande quantidade para contratação de pessoal especializado necessário para o atendimento de todas as obrigações tributárias acessórias, que incluem desde escrituração de livros contábeis até o preenchimento de declarações para o Fisco.

Nesse sentido, como forma de amenizar a problemática apresentada no presente estudo, apresentam-se as seguintes soluções/conclusões:

(I) – Parcelamento como política excepcional: o parcelamento necessita deixar de ser utilizado como uma política governamental ordinária, justificando-se, apenas, em um contexto de excepcionalidade, correspondendo à exceção e não à regra. Afinal, restou demonstrado que sua concessão indiscriminada introduz incentivos negativos que desestimulam o pagamento tempestivo dos tributos.

(II) – Término do parcelamento “automático”: o parcelamento deverá ser pautado em um sistema que passe a levar em consideração a capacidade de pagamento de cada contribuinte, não sendo concedido indiscriminadamente a todos que desejarem participar. Trata-se de uma solução que preveniria maiores danos à concorrência e à isonomia, pois passaria a analisar a situação econômica e financeira de cada devedor individualmente e o refinanciamento somente poderia ser aderido pelos contribuintes que, realmente, não possuem condição de quitar toda a dívida de forma imediata.

(III) – Desenvolvimento de políticas de incentivo aos “bons pagadores”: Por fim, para evitar a manutenção e desenvolvimento de um sistema que incentivasse os contribuintes ao inadimplemento, melhor seria o desenvolvimento de políticas tributárias que fomentasse um comportamento positivo dos contribuintes. Assim, ao invés de incentivar os “maus pagadores” a perpetuarem sua inadimplência, seriam criados mecanismos que incentivassem o pagamento do tributo tempestivamente, beneficiando o contribuinte adimplente.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 1993.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 16. ed. Atlas: São Paulo, 2004.

CAVALLI, Cássio Machado. Reflexões Sobre Empresa e Economia: O Conteúdo Jurídico da Empresa sob uma Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 44, n. 138, abr/jun, 2005. Malheiros: São Paulo.

DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**. 8. ed. Atlas: São Paulo, 2002.

DEVINE, Carol. HANSEN, Carol Rae. WILDE, Ralph. **Direitos Humanos: Referências Essenciais**. USP: São Paulo, 2007.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação? **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 44, n. 139, jul/set, 2005. Malheiros: São Paulo.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos – vol. 01**. Acadêmica: São Paulo, 1994.

LEWIS, Sandra Barbon. A Íntima Relação Entre o Direito e Economia. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 44, n. 138, abr/jun, 2005. Malheiros: São Paulo.

MACHADO, Hugo de Brito. A Norma Antielisão e Outras Alterações no CTN. **Repertório IOB de Jurisprudência** nº 7/2001, 1ª quinzena, abril/2001. Atlas: São Paulo, 2005.

PINHEIRO, Jairo Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Editora Campus: Rio de Janeiro, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais – Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 2002.

SILVA, Américo Luís Martins. **A Ordem Constitucional Econômica**. 2. ed. Forense: São Paulo, 2003.

STEPHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito**. Makron Books do Brasil: São Paulo, 1993.

SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 45, n. 144, out/dez, 2006. Malheiros: São Paulo.

ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Campus: Rio de Janeiro, 2005.