

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 13

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2013

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Caroline Da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 13 (Julho/Dezembro de 2013)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2015.

O FENÔMENO DOS CICLOS ECONÔMICOS NO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO PELO INTERVENCIONISMO ESTATAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONCEITO DE INSUMOS PARA A COMPENSAÇÃO DO PIS E DA COFINS¹

THE PHENOMENON OF ECONOMIC CYCLES AT THE BRAZILIAN BUSINESS LAW BY THE STATE INTERVENTIONISM: AN ANALYSIS FROM THE CONCEPT OF INPUTS TO TAX OFFSET.

*Eduardo Goulart Pimenta
Raphael Alves Machado*

Resumo: Busca-se retroceder aos conceitos dos ciclos econômicos elaborados pela Escola Austríaca de Economia com a finalidade de contextualizar o mercado empresarial brasileiro no exemplo dos mecanismos de indução do direito econômico e ainda nos recentes julgados sobre a conceituação de insumos para compensação do PIS e da COFINS.

Palavras-chave: Ciclo Econômico. Intervencionismo. Compensação Tributária. Insumos.

Abstract: Set back to Cycle Economic developed for Austrian School of Economics in order to place the Brazilian business market in the example of induction mechanism of economic law and yet in recent judgements of tax offset.

Keywords: Economic Cycle. Interventionism. Tax offset. Input.

¹ Artigo recebido em 20.02.2015 e aceito em 02.03.2015.

Sumário: 1. Introdução. 2. Ciclos econômicos e direito empresarial, um retorno a escola austríaca. 3. Do ambiente empresarial brasileiro. 4. A conceituação de insumo para a compensação da PIS-COFINS pela AED. 5. Conclusão.

1. Introdução.

Objetiva-se com o presente trabalho estabelecer uma colaboração para o relevante estudo do Direito empresarial.

Mas, o corte epistemológico aqui optado não partirá para a questão microeconômica dos aspectos endógenos que permeiam as previsões normativas deste ramo jurídico.

Para o direito empresarial florescer é necessário que haja um ambiente econômico próspero, pronto, para a instalação dos agentes de mercado, estruturas societárias, formações de clientela, aviamento, etc.

Sabedores de que o Estado é um forte interventor no domínio econômico, sendo os pilares da Livre Iniciativa e da Valorização do Trabalho Humano são diretamente afetados por ambiente inseguro e imprevisível, buscar-se-á no presente trabalho estabelecer uma correlação entre tal intervenção e a higidez do mercado para que os agentes privados atuem.

Assim, o trabalho será conduzido, primeiramente, pelas relevantes considerações sobre a Escola Austríaca de Economia, em seus percussores como Carl Menger, Frederick Rayek e Ludwig Von Mises, e de como uma intervenção excessiva gera o ciclo econômico da crise de mercado, contrapondo-se a filosofia econômica intervencionista da “nova esquerda”.

A partir daí, será dissecado, ainda que em modelo simples, os diversos agentes que compõem o mercado brasileiro e a interação

destes com o Agente Privado, para se visualizar a complexidade do processo de tomada de decisão deste.

Com premissas no Direito Econômico e na Análise Econômica do Direito, será por fim analisado como esta pode auxiliar na evolução conceitual dos insumos para a compensação do PIS/COFINS.

A conclusão buscará afastar os credos do intervencionismo excessivo como correlativo de um mercado mais justo, pois, no fim, todos pagarão pelo benefício de alguns.

2. Ciclos Econômicos e Direito Empresarial. Um Retorno À Escola Austríaca.

Atualmente, têm se destacado no universo econômico ideias modernas de viés socialistas, como a redistribuição de Thomas Piketty², para quem, em última análise, o estabelecimento de um imposto global traria uma maior igualdade.

O Autor francês tem seus méritos, como um judicioso trabalho empírico e uma escrita coerente. Mas, nem por isto, sua obra deve ser tida como inquestionável.

Algumas das premissas levantadas por Piketty partem para o chamado jogo de soma-zero, em que o tanto a mais que uma parte da população é detentora do capital de uma comunidade, é o mesmo tanto que a outra parte da população é deste esalojada, é o que se vê no gráfico 8.6, da obra *Capital no Século XXI*.

² Como já vimos, a instituição ideal que seria capaz de evitar uma espiral infundável de aumento da desigualdade e também retomar o controle da dinâmica em curso seria um imposto progressivo global sobre o capital. Um instrumento como esse teria ainda o mérito de gerar a transparência democrática e financeira dos patrimônios, o que é uma condição necessária para a regulação eficaz do sistema bancário e dos fluxos financeiros internacionais. O imposto sobre o capital faria prevalecer o interesse geral em detrimento do interesse privado, preservando, a um só tempo, a abertura econômica e as forças da concorrência. (PIKETTY, Thomas. *Capital no século XXI*. 1ª ed. São Paulo: Intrínseca, 2014. p. 589).



Outro pensador de grande influência na pós modernidade é o esloveno Slavoj Žižek, participante ativo de movimento como o *Occupy Wall Street*, que, com ideais de uma nova esquerda, tem se destacado. A profundidade e densidade da obra De Slavoj Žižek³ merecem uma reflexão apurada, certamente que de abrangência superior ao espaço permitido por este trabalho. Mas, a questão aqui posta em debate não necessita de tamanha meditação, e sim enxergar como estes movimentos da nova esquerda corrompem os credos do Direito empresarial.

Quando se pensa o Direito empresarial, além das relevantes estruturas societárias, fusões, aquisições, *holdings*, acordo de

³ Os manifestantes são violentos? Sim, a própria linguagem deles pode parecer violenta (ocupação e tudo mais), mas só são violentos no sentido em que Mahatma Gandhi foi violento. Eles são violentos porque querem dar um basta no modo como as coisas funcionam, mas o que significa essa violência quando comparada à violência necessária para sustentar o funcionamento constante do sistema capitalista global?

Eles são chamados de perdedores, mas os verdadeiros perdedores não são os que estão em Wall Street, os que se safaram com a ajuda de centenas de bilhões do nosso dinheiro? Eles são chamados de socialistas, mas nos Estados Unidos já existe socialismo para os ricos. Eles são acusados de não respeitar a propriedade privada, mas as especulações de Wall Street que levaram à crise de 2008 eliminaram mais propriedades privadas conquistadas a duras penas do que se as estivessemos destruindo agora, dia e noite – basta pensar nas centenas de casas cuja hipoteca foi executada. (ŽIŽEK, Slavoj. *O Ano que sonhamos perigosamente*. São Paulo: Zahar, 2012. p. 72).

acionistas, é necessário pensar um ambiente de liberdade e confiança que este possa florescer.

Alguns países Sul Americanos, como a Argentina e a Venezuela, tem ido na contramão deste caminho libertário, para, no ambiente de estatização e interferência, buscar uma maior justiça social.

Este movimento espiralado de ir e vir do Estado no domínio econômico é observado historicamente com marcos bem definidos, como a política do *New Deal* após a grande depressão de 1929, ou mesmo o retorno de tais ideais após a crise do *subprime* em 2008, e assim sucessivamente.

A questão que se põe a pensar não é sobre a adequação ou não destas intervenções, mas o oportunismo com que estas acontecem e com a sedução do seu discurso, como se a crise fosse algo remediável ou a depressão um sintoma do anacronismo de uma sociedade *hobbesiana*.

A primeira questão aqui posta, e que para o entendimento do trabalho é fundamental, diz respeito ao equilíbrio do mercado. O mercado não pode ser visto como uma equação, que estará em equilíbrio de demanda e oferta, em verdadeira convergência. O mercado deve ser visto como processo de incessante ação humana dos agentes econômicos.

Três características são básicas para entender a economia segundo a chamada Escola Austríaca⁴, uma diz respeito à praxilogia que é a ação humana voltada para a mudança de um estado insatisfatório para um satisfatório, outro fator é o tempo, visto como fator que altera a manifestação humana, já que com o passar deste acumulamos experiência e conhecimento, mudando nosso jeito de agir e, por fim, a limitação do conhecimento, sendo impossível prever todos os efeitos decorrentes desta ação.

⁴ Termo aqui designada a análise da Economia a partir do foco na pessoa, no indivíduo, constituindo a partir daí questões como a Utilidade Marginal. Tem o nome Austríaco pela naturalidade de grandes dos seus percussores como: Carl Menger, Böhm-Bawerk, Von Mises e Rayek.

A partir destas três pedras angulares da Escola Austríaca, parte-se para entender seus elementos de propagação que são: Utilidade Marginal, conceito este que aponta que o valor de um bem derivará de sua necessidade para o agente- incluídos aí os aspectos subjetivos desta valoração; Subjetivimos, conceito este sobre o verdadeiro cipoal de questões internas que levam o agente a manifestar um desejo econômico; Ordem espontânea, conceito este ligado à crescente realidade que se manifesta pela ação dos homens, mas, sem refletir uma atitude discernida destes perante a situação, trata-se assim de um contraste nascida do acaso com a deliberação.

Entender o mercado a partir dos citados vetores é essencial para a compreensão do empreender e do designo que deve resguardar o direito empresarial.

Neste sentido, etimologicamente empreender e agir tem sentido histórico semelhante, sendo impensável o Direito empresarial dissociado da capacidade criativa e econômica do homem racional:

De fato, tanto a expressão portuguesa e espanhola empresa como as expressões francesa e inglesa entrepreneur procedem etimologicamente do verbo latino in prehendo-endi-ensum, que significa descobrir, ver, compreender, dar-se conta de, apanhar; e a expressão latina in prehensa implica claramente a ideia de ação, significando tomar, agarrar, segurar. Em suma, empresa é sinônimo de ação e, na França, o termo entrepreneur é utilizado desde a alta Idade Média para designar as pessoas encarregadas de ações importantes, geralmente relacionadas com a guerra, ou de conduzir os grandes projetos de construção de catedrais.⁵

Este sentido de agir empresarial está impregnado em toda a sociedade, e não somente nos 'empresários'⁶. Quando um empregado decide mudar de posto de trabalho, ele está empreendendo, assim

⁵ SOTO, José Huerta do. *Socialismo, Cálculo, Econômico e Função Empresarial*. 1ª ed. São Paulo: Instituto Von Mises, 2013. p. 36.

⁶ Expressão utilizada em sua conotação vulgar, com a finalidade de conceituar empreendedores ou sócios.

como uma pessoa larga a iniciativa privada para prestar um concurso público, pois tais condutas são maximizadoras de riqueza e buscam um melhor estado de satisfação pessoal⁷.

Neste aspecto, para que surja e se solidifique a atividade econômica organizada dos fatores de produção que vise à prestação de serviço ou fabricação de produtos, é necessária a criação pelo Estado de um ambiente minimamente favorável, com os riscos inerentes ao mercado e que tragam ao empreendedor o maior grau de certeza possível sobre os desígnios da política monetária⁸.

É comum, após ou durante o momento de uma crise econômica, o Governo de momento inundar o mercado de dinheiro, na expectativa que a ampla disponibilidade deste abaixe o valor do crédito, favorecendo uma tomada de empréstimos e o reaquecimento da economia.

Também é comum a utilização dos chamados mecanismos de indução, como na redução de um imposto (IPI por exemplo), com o objetivo de favorecer a manutenção deste ou daquele mercado. Porém, a teoria dos ciclos econômicos da escola austríaca explica que este fenômeno mais se adéqua ao fomento de uma nova crise, do que a uma solução duradoura. Da mesma forma, pode-se destacar os

⁷ GRAU, Eros Roberto. *Comentários à Constituição do Brasil*. Brasília: Saraiva, 2014. p. 1793: Importa deixar bem fíncado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A constituição, ao contemplar livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a “iniciativa do Estado”; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa. É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho. Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional- de um lado- enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e - de outro – o seu artigo 170, caput coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando tudo no sentido de que o primeiro seja valorizado.

⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 266: “O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última.”

subsídios canalizados a uma estatal como meio de maquiagem os prejuízos⁹.

Basicamente no livre mercado, o valor da taxa de juros de um crédito estaria associado à quantidade de reservas existentes para o Banco, sendo que a taxa de empréstimo estaria cambiante à poupança ou ao gasto.

Se o Banco possuísse um valor elevado de reservas, significaria para o mercado que os clientes deste estão poupando, logo possuem numerário para gastar no futuro. Tal fato indicaria ao empresariado a oportunidade de pegar este empréstimo por dois motivos: a) A taxa está baixa e b) Os consumidores possuem dinheiro para gastar no futuro, pois estão poupando.

Isto levaria a um instantâneo aquecimento da economia, com a contratação de mão de obra, contratação com fornecedores, haja vista o cenário favorecido deste mercado.

Mas, com a redução das taxas de juros feitas pelo Banco Central, via a vasta disponibilização de moeda no mercado, como a emissão de papel ou mesmo criação da moeda escriturária, também levam aquele efeito.

Este efeito, porém, não está lastreado na existência das reservas, levando os empreendedores a tomar o empréstimo, com base em falsas premissas, sendo que, no futuro próximo, ao ser o bem disponibilizado para consumo este não ocorrerá, o que levará ao efeito de quebradeira.

⁹ As empresas estatais, como compradoras de matéria-prima, bens semiacabados e mão de obra e como vendedoras de bens e serviços também têm que se adequar ao funcionamento da economia de mercado; também estão sujeitas às leis do mercado. Para não perder posição, precisam ter lucro ou, pelo menos, evitar perdas. Quando o governo tenta atenuar ou eliminar essa dependência cobrindo seus prejuízos com a concessão de subsídios, está apenas transferindo o problema. Os recursos necessários para a concessão de subsídios precisam ser obtidos de alguma forma. Podem ser obtidos com a cobrança de impostos; essa carga tributária produzirá os seus efeitos no mercado; é o mercado, e não o departamento da receita que decide quem irá pagar os impostos e de que maneira a carga tributária irá afetar a produção e o consumo. Não há como escapar das inexoráveis leis do mercado. MISES, Ludwig Von. *Intervencionismo: Uma Análise Econômica*. São Paulo: Instituto Von Mises, 2010. p. 23.

Falar então da escola austríaca e dos ciclos econômicos torna-se essencial para se entender o mecanismo da redução das taxas de juros e disponibilidade excessiva de dinheiro ou crédito (boom), para a drástica formação da bolha e recessão.

3. Do Ambiente Empresarial Brasileiro.

Dentro do cenário empresarial brasileiro há uma série de agentes, *players*, que influenciam na composição de um cenário dinâmico, complexo e tormentoso, trazendo ao empresariado privado a necessidade de dinamismo e compreensão deste.

A legitimidade do uso, da disposição da propriedade privada e de seus fatores de produção então passa a ser vista por vieses utilitários, que adequam os interesses do empresariado (produção lucrativa) aos anseios do consumidor (satisfação de desejos), por meio de políticas intervencionistas (atuação do Estado), formando o ambiente privado brasileiro.

Esta atuação do Estado no ambiente mercadológica pretensamente regulamentaria as supostas falhas de mercado, abuso do poderio econômico ou ainda imposição do uso da propriedade dos fatores de produção.

Basicamente, a estrutura encartada pelo texto Constitucional, há a regulação econômica que é exercida pelo SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência-, lei 12.529/11, composto pelo CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que, por sua vez é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa da Economia, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

O CADE, que é uma autarquia de regime especial vinculada ao Ministério da Justiça, é auxiliado pela SEAE, Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão subordinado ao Ministério da Fazenda.

Ou seja, tanto em caráter de descentralização, Autarquia, como em caráter de desconcentração, Órgão, percebe-se a intervenção do Estado no domínio econômico para corrigir as assimetrias de mercado.

Haverá ainda para cada setor específico uma agência reguladora, como a ANATEL, ANEEL, ANVISA, etc.

Além desta regulação do domínio econômico, há a intervenção direta do estado no domínio econômico na ação de algumas instituições: BNDES, Agência ligada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, com o papel de execução da política de investimento do governo. Segundo os dados coletados por Além & Gambiagi¹⁰, o BNDES investiu em 2010 o valor de R\$ 140.000.000.000,00 (cento e quarenta bilhões de reais), correspondentes à 4,37% do PIB.

Há ainda o Banco Central do Brasil, autarquia criada pela Lei 4595/1964, vinculada ao Ministério da Fazenda, sendo a entidade responsável por garantir o poder de compra da moeda, zelando pela liquidez da economia, manutenção de reservas, estímulo da poupança e o aperfeiçoar o sistema financeiro.

Os órgãos e entidades acima descritos são apenas um pequeno apanhado da estrutura de estado no ambiente econômico, que visa, somente, demonstrar o quão grande é esta intensidade.

Há, de outro lado, as entidades e associações que defendem os interesses particulares, como os sindicatos que, de sua união, formarão uma federação sindical (art. 534 da CLT)., Em Minas Gerais se exemplifica a FIEMG, tendo em seu quadro social: Filiados (os Sindicatos da Indústria com base territorial compreendida no Estado de Minas Gerais) e Beneméritos – sem direito à voto – (os industriais e empresas industriais, agraciados com o título pela Diretoria Executiva, ad referendum, do Conselho de Representantes por terem prestados relevantes serviços à indústria.

¹⁰ ALÉM, Ana Cláudia; GAMBIAGI, Fábio. *O BNDES em um Brasil em transição*. Rio de Janeiro: BNDES, 2010. p. 108.

Já, três Federações formaram uma Confederação, que é o caso da CNI, confederação nacional da indústria.

Há uma sucessão de choques no ambiente que contorna a atividade empresarial, pois a empresa, ao ser vista em seu aspecto dinâmico, terá vários feixes de transações que integram o Estado (tributária), Empregados (trabalhistas), Concorrentes (CADE), Valor de Moeda (Banco Central), Fornecedores (Código Civil), Consumidores.

Assim, o diálogo e a força política das entidades de interesse junto ao Estado é fundamental para se garantir uma maior segurança do empresariado, sendo essenciais a constituição de conselhos legislativos, como já há no CNI, o Conselho para Assuntos Legislativos, uma atuação mais direta no CARF, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e junto à própria estrutura centralizada de Poder.

Isto porque a intervenção do Estado no domínio econômico de maneira tão incisiva é um privilégio, discricionariedade esta que favorecerá a alguns em detrimento de tantos outros¹¹, senão todos.

Pensar então no ambiente do Direito empresarial é prospectar uma interação múltipla existente neste vasto cenário, compreendendo o empreendedor que nem sempre a prosperidade ou o sucesso de sua atividade estarão exclusivamente vinculados a sua atuação.

¹¹ Uma política de medidas restritivas favorece os produtores, enquanto uma política que não interfere no funcionamento do mercado favorece os consumidores. Os que são favoráveis à adoção de medidas restritivas costumam justificar essa política alegando que não cabe ao governo beneficiar aqueles que meramente consomem o produto do esforço alheio; ao contrário, o governo deveria ajudar aqueles que estão ativamente engajados na produção. Mas, num sistema baseado na divisão do trabalho todos são tantos produtores como consumidores. Não há consumidor cuja renda não seja decorrente da produção. O consumidor é ou um empresário, ou um proprietário de meios de produção ou um trabalhador. Ou, como membro de uma família, é sustentado por algum deles. Por outro lado, todo produtor é, necessariamente, um consumidor. É uma ingenuidade imaginar que uma determinada medida ou política possa beneficiar um sem prejudicar o outro. Na realidade, o que se pode afirmar com certeza é que quase toda medida restritiva 1. (VON MISES, Ludwig. *Intervencionismo: Uma Análise Econômica*. São Paulo: Instituto Von Mises, 2010. p. 39).

4. A Conceituação de Insumo para a Compensação da Pis-Cofins pela Aed.

Certamente que a sorte do empresariado não está à mercê do acaso ou das intempéries do destino, tais eventos podem influenciar este ou aquele desfecho, mas o fator decisivo é a proficiência do agente de mercado, sua atenção, dinamismo e reflexão.

Assim, pensar o processo de tomada de decisão dos empreendedores brasileiros e a interação exercida pela intervenção do Estado no domínio econômico, facilitará a compreensão da (in)eficiências existentes.

Pode-se caracterizar que o estudo do *Law and Economics* surgiu a partir do trabalho de Ronald Coase¹², *The Nature of the firm*, identificando-se a existência da Sociedade – *firm*- a partir da essencial redução de custos que o empresariado deve buscar para se realizar no mercado. Neste aspecto, a AED e o Direito Econômico¹³ passam a ocupar papéis atuantes na vida do empresariado, representando este uma das variáveis analisadas pelo empresariado, como custos tributários, estruturação societária ou política pública de investimento.

Assim, o gerenciamento da escassez dos bens de produção e das riquezas geradas pela comunidade são objetos de estudo econômicos, que se planificam no processo de tomada de decisão do empreendedor, estruturando e dirigindo, seu modo de atuação no mercado.

¹² COASE, Ronald. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, Texas, v. 53, nº 4, 1975: “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”.

¹³ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 8: “O Direito, enquanto ciência, se dedica ao estudo das relações intersubjetivas, sob o aspecto material. Mas há ainda um outro aspecto, o formal, a configurar e delimitar cada campo de estudo.” Como visto acima, o Direito pode estudar as normas que regem aquelas relações sob vários prismas. Um deles é o da direção da política econômica pelo Estado. Será este aspecto formal que identificará e distinguirá o Direito Econômico dos demais ramos jurídicos.

Essas trocas de mercado se realizarão até o momento que estas se igualem ao benefício auferido por esta, ocorrendo então o equilíbrio¹⁴.

Pensar então no mercado vai ao encontro de imaginar um espaço social para a troca de bens e serviços, viabilizando que a sociedade consiga algo que não produz isoladamente, por meio daquilo que gera em excedente¹⁵.

Daí a Lei ou a intervenção do Estado no Domínio Econômico comporão um relevante fator a ser levado em consideração pelo empreendedor¹⁶.

Tome-se como exemplo o conceito de insumo pelo CARF e pelo STJ para fins de compensação da PIS e da Cofins como situações atuais do empresariado e o processo de tomada de decisão.

A tributação¹⁷ pode, grosso modo, ser analisada no foco Kaldor-Hicks, em que apesar da perda imediata do valor arrecadado

¹⁴ GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, 2010, p. 33.

¹⁵ TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Direito, Mercado e Função Social*, Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Direito_Mercado_Funcao_Social.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2015. Portanto, ao se falar em mercado, é importante ter em mente que o mercado é – antes de mais nada - um espaço social de troca de bens e serviços que tem uma enorme função social: viabilizar com que os indivíduos (e conseqüentemente a sociedade) possam obter aquilo que necessitam mas que não produzem isoladamente, por meio de um contínuo processo de comercialização daquilo que, pela especialização do trabalho, agora geram de excedentes. Mais, o mercado é um espaço público que gera eficiência, ao ensejar a concentração de agentes interessados em um determinado bem ou serviço, facilitando as trocas.

¹⁶ GICO JÚNIOR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, 2010. p. 23, cita-se: Se pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Uma das funções da jus economia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos.

¹⁷Em outras palavras, o modelo mais social de Estado entrou no meio do confronto entre capital e trabalho, evitando que esse duelo competitivo colocasse em causa a paz social. As fagulhas resultantes do enfrentamento dos dois polos se

pelo contribuinte, isto seria compensado pela prestação de serviços públicos melhores, o que não tornaria esta perda tão ruim assim.

Neste aspecto, seria socialmente desejável a existência da tributação, pois esta garantiria uma maior igualdade de distribuição dos bens de uma comunidade.

Haveria, pela intervenção do Estado na tributação, uma relação em que os ganhos superariam as perdas, afastando-se, eventualmente, do chamado jogo de soma zero.

A Cofins é a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, instituída pela Lei Complementar 70/1991. Como previsto em sua Lei de criação, a Cofins será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza¹⁸.

Já a PIS, Programa de Integração Social, previsto Constitucionalmente no at. 239¹⁹ e criado pela Lei Complementar 7/70 também representa uma dedução do arrecadado pelo empresariado para o município de programas sociais.

Neste aspecto, é a redação do artigo 195 da Constituição:

transformaram em reivindicações (de um) por direitos sociais e (de outro) por menores tributos. O novo pacto social desenhado parte do pressuposto de que o capital deve pagar tributos para que o Estado Tributário Distribuidor preste serviços necessários ao atendimento das necessidades dos trabalhadores. O entrechoque entre capital e trabalho é assim camuflado e, em nome da paz social, esse enfrentamento sé deve se revelar na forma de duas lutas: capital x Estado; Estado x trabalho (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios do Estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.º. 102, p. 318, jan./jun. 2011).

¹⁸ Art. 2º, Lei Complementar 70/1991.

¹⁹ Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Regulamento).

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais²⁰: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro

O ciclo econômico é caracterizado pelos momentos produção, circulação e consumo, destacando-se no direito Tributário o *Estabelecimento produtor ou importador, o Estabelecimento Atacadista e o Estabelecimento Varejista, fases estas que desaguarão no consumidor final.*

A plurifasia, característica inerente dos tributos não cumulativos, indica a incidência da PIS/COFINS (sistema aqui analisado) em todas as etapas do ciclo acima destacado²⁰. Assim, caso não houvesse esta compensação tributária, haveria a incidência repetitiva do PIS e da COFINS várias vezes durante estes momentos.

Primeiramente, a incidência do regime da não cumulatividade ajudaria o empresariado como um todo, evitando-se a aquisição de produtos essenciais à prestação final com a incidência daquela contribuição. Mas, para a concessão de tal benesse, alterou-se as alíquotas do PIS e da Cofins de 0,75% e 3%, para 1,5% e 7,6%,

²⁰ Art. 3 . Do valor apurado na forma do art. 2 a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004).

respectivamente, sendo mantido o coeficiente arrecadatório, o que representou um contrassenso²¹.

Para a conceituação do que vem a ser Insumo, a Receita Federal adotou a conexão direta²² do produto comercializado com aquele adquirido para a sua caracterização como passível de compensação.

Valeu-se aqui o Estado do mecanismo de indução para intervir no domínio econômico, pois ao 'reduzir' a incidência da PIS-COFINS sobre a atividade empresarial atuaria como fomentador daquele ramo, permitindo uma aceleração no crescimento do mercado.

Há algumas situações, essencialmente de direito Tributário que se destacam aqui, sendo relevante destacar que a atividade de industrialização representa, por essência, um refinamento de uma

²¹ LOBATO, Valter de Souza; FONSECA, Fernando D. de Moura; BREYNER, Frederico Menezes. *Revista Eletrônica de Direito Tributário*. Ano 1. 4 ed. 2010. p. 2, cita-se: Todavia, a generalidade dos casos vem demonstrando que os créditos permitidos não são capazes de compensar o aumento das alíquotas, o que implica em aumento da carga tributária efetiva, além do aumento da complexidade, fazendo com que muitos se arrependessem da reivindicação feita naquele momento. Além disso, o perfil de tais tributos, numa base alargada como a de receitas não se coaduna com o perfil dos tributos indiretos, aumentando ainda mais a complexidade e as distorções de tal regime. A Problemática da Conceituação de Insumo para Fins de Tomada de Créditos de PIS e COFINS.

²² Art. 8º, § 4º, NR SRF RFB 404/2004: "Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do caput, entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda:

- a) a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;
- b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto;

II - utilizados na prestação de serviços:

- a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e
- b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

matéria bruta, em uma compatível com seu uso final. Daí o insumo da industrialização ter uma conotação tão restrita.

Ademais, o fato gerador da tributação no regime do PIS/COFINS diz respeito às receitas, enquanto na tributação do IPI, a incidência recai sobre o próprio produto industrializado, o que revela também uma relevante distinção.

Para a contextualização então do correto conceito de insumo a ser aplicada no caso da compensação da PIS-COFINS, cita-se:

*Economics is the study of the operation of economics organizations, and economic organizations are social (and rarely individual) arrangements to deal with the production and distributions of economic goods and services*²³.

A Análise Econômica do Direito é bifurcada como Normativa e Positiva, enfatizando-se aquela *como a lei deveria ser para alcançar a eficiência* e já nesta *como a lei é em termos de eficiência*.

Pois bem, a primeira interpretação do conceito de Insumo para a compensação do PIS e da COFINS provocou uma oneração excessiva do empresariado, fazendo com que a norma não alcançasse sua finalidade pretendida²⁴.

²³ STIGLER, George J. *The Theory of Price*. New York: Macmillan, 1952. p. 1.

²⁴ 2004.71.08.010633-8/RS Juiz LEANDRO PAULSEN, de 25.04.2007. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. REGIME NÃO-CUMULATIVO. PRESTADORA DE SERVIÇOS. DUPLICAÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DA ISONOMIA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

A questão não é de inconstitucionalidade em tese das leis que estabeleceram os regimes não-cumulativos do PIS e da COFINS, mas da sua aplicação a caso concreto quando os seus efeitos implicam violação a princípios constitucionais.

Pretendesse o legislador simplesmente aumentar as contribuições sobre o faturamento/receita, teria elevado as alíquotas anteriormente estabelecidas pelo art. 1º da MP 2.158-3/01 (0,65%) e pelo art. 8º da Lei 9.718/98 (3%). Não foi esta, contudo, a intenção. O estabelecimento dos regimes não-cumulativos visou, isto sim,

A primeira questão aqui a ser caracterizada é que a Recorrente, apesar de possuir em sua atividade principal voltado para o comércio de alimentos, possuía em seu objeto social também a atividade de transporte de mercadorias.

Houve então o embate se a entrega da mercadoria seria um trato, parte da negociação, realizado pelo Vendedor/Comprador ou se esta integrava a cadeia produtiva do Vendedor, integrando-se ao custo bruto do produto e compondo a base de incidência do PIS e da COFINS.

Decidiu-se, ainda que de forma não unânime, que todos os custos e gastos com a entrega do produto compunham a base de faturamento da Recorrente e com a não compensação das

a melhor distribuir a carga tributária ao longo da cadeia econômica de produção e comercialização de cada produto. Daí a elevação da alíquota associada à possibilidade de apuração de créditos compensáveis para a apuração do valor efetivamente devido.

No caso específico da Autora, que tem por objetivo social principal a prestação de serviços, a submissão ao novo regime não-cumulativo implicou um aumento de mais de 100% no ônus tributário decorrente da incidência do PIS e da COFINS. Isso porque, como empresa prestadora de serviços, os créditos que pode apurar não são significativos.

O acréscimo do ônus tributário, não corresponde a aumento da capacidade contributiva da Autora, que não teve alteração.

Implica, ainda, tratamento relativamente aos demais contribuintes, sujeitos ou ao regime comum ou ao regime não-cumulativo em atividade econômica em que a apuração de créditos é significativa.

O critério de discriminação (regime de tributação pelo Imposto de Renda, se pelo lucro real ou não), no caso concreto, mostra-se falho e incapaz de levar ao resultado pretendido de distribuição do ônus tributário ao longo de uma cadeia de produção e circulação, comprometendo a própria função do regime não-cumulativo, o que evidencia violação não apenas à isonomia como à razoabilidade.

Por fim, também cria obstáculos à livre concorrência, porquanto empresas dedicadas à mesma atividade que a Autora continuam submetidas ao regime comum, não tendo sido oneradas pelo advento do regime não-cumulativo.

Direito da autora de permanecer recolhendo as contribuições pelo regime comum (cumulativo) relativamente às suas receitas provindas da prestação de serviços e de compensar os valores pagos a maior.

contribuições de tal incidência. Foi como voto do em. Ministro Relator Mauro Campbell Marques²⁵.

Assim, o conceito de Insumo foi aplicado de maneira ampla, contextualizando o *mens legislatoris* com a realidade de fato, prestigiando-se a correta extensão do PIS e da COFINS e a empresa²⁶.

5. Conclusão.

A partir do problema de como a intervenção do Estado no Domínio Econômico pode deflagrar uma crise econômica, viu-se a teoria da Escola Austríaca para os ciclos econômicos, representando os insumos públicos como o evento marcado pelo utilitarismo e pela

²⁵ Recurso Especialº 1.235.979 - RS (2011/0023711-3), julgamento em 19.12.2014. A inserção dentro do objeto social da empresa da atividade de transporte rodoviário de cargas em geral é fato incontroverso contra o qual não houve qualquer impugnação por parte da FAZENDA NACIONAL. Outro fato incontroverso é o de que o valor do transporte da mercadoria vendida está embutido no preço de venda (faturamento), como custo que é da empresa, ingressando assim na base de cálculo das contribuições ao PIS/COFINS (receita bruta). Com custo do transporte e o correspondente aumento do preço de venda há evidente agregação de valor, pressuposto da tributação e também da aplicação da não-cumulatividade. (...).

Dessa forma, considero que todos os pressupostos para o creditamento estão presentes: trata-se de combustíveis, lubrificantes e peças utilizados na prestação de serviços de transportes, serviços estes componentes do objeto social da empresa e cujo custo é transferido para o elo subsequente na cadeia econômica e cujo faturamento sofre a tributação pelas contribuições ao PIS e COFINS não-cumulativas.

²⁶ A empresa é, tanto para a Economia quanto para o Direito, um fenômeno que está longe de encontrar uma única, apreensão. Ao contrário, a empresa se revela, tanto aos economistas quanto – e talvez principalmente – aos juristas, um fenômeno essencialmente poliédrico, ou seja, apto a ser observado e analisado sob diferentes pontos de vista conforme o aspecto dela ao qual se dê maior relevância sem que, entretanto, uma aproximação seja necessariamente incompatível com outras. É nosso intuito, com este estudo, contribuir para a melhor compreensão deste fenômeno de importância fundamental no atual estágio de civilização. PIMENTA, Eduardo Goulart. *Teoria da Empresa em Direito e Economia*. Instituto do Direito Brasileiro. São Paulo: Fórum, 2006. p. 1).

proteção, prestigiando-se uma parcela do mercado em detrimento da outra.

As marcas de chamada Escola Austríaca são fincadas no individualismo, no subjetivismo, no fator tempo e na racionalidade limitada do homem. Entendidos estes elementos como caracterizador de um mercado fluido e dinâmico.

Logo, a intervenção do Estado no Domínio Econômico, segundo a escola austríaca, será marcada pelo utilitarismo e pela maquiagem ao real valor do bem, provocando um suposto equilíbrio nas forças que regem o mercado.

A partir daí, buscou-se identificar, em cenário simplificado, os diversos *players* que compõem o cenário empresarial brasileiro e de como o ambiente empresarial é ocupado por interesses multifacetados.

Superando as premissas iniciais, fincadas em caráter teórico, buscou-se com conceitos de Direito Econômico e da Análise Econômica do Direito esclarecer a intervenção do papel no domínio econômico por meio da instituição do PIS e da COFINS e de como os tribunais, por meio da análise econômica do direito normativa, atuaram na definição, caso a caso, do conceito de insumos.

Por fim, conclui-se que o trabalho da compreensão que permeia a atividade jurídica deve se ater aos reflexos também eficientes, evitando-se a formação de bolhas econômicas ou de intervencionismos desbaratados, tão caros à toda sociedade que certamente, um dia, arcará pelo privilégio de alguns.

Isto porque flertar com a restrição do conceito de insumo gerará o efeito deflagrador do ciclo econômico de crise, pois a incidência tributária excessiva e repetitiva da PIS-COFINS sobre o empresariado desencadeará uma alteração no custo final do produto, desequilibrando a possibilidade de compra do consumidor final com este.

Isto, com certeza, levará o consumidor a poupar agora para comprar no futuro, haja vista que a elevação do valor do custo (INCIDÊNCIA PIS-COFINS) mostrará que o valor aqui existente será maior do que em projeção, o que, como nos ciclos econômicos dos

juros, reduzirá a disponibilidade de recursos para a aquisição daqueles bens.

Este evento levará, como tem levado, a criação de insumos, como a redução do IPI, que, assim como a moeda escriturária e a redução dos juros, induz a pensar que há um mercado ávido por aquele produto, o que não será verdade.

Logo, além de desaquecer o mercado e conduzir a uma “quebradeira geral” com prejuízos aos fornecedores, consumidores, trabalhadores e o próprio fisco, embutido valor final do bem uma parcela não condizente com a sua realidade de mercado, essencialmente não revela a o real valor do bem de acordo com os ensinamentos da escola austríaca trazendo um evento deflagrador da crise.

