

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO

TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL
Um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na
busca da redução das desigualdades regionais

ANDRÉ DE SOUZA DANTAS ELALI

SÃO PAULO/SP

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ANDRÉ DE SOUZA DANTAS ELALI

TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL
Um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na
busca da redução das desigualdades regionais

Dissertação apresentada ao Departamento de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico, sob a orientação do Professor Doutor Luís Eduardo Schoueri.

SÃO PAULO/SP

2006

Agradecimentos

O presente trabalho somente se tornou realidade em face do apoio incondicional de algumas pessoas. A elas estarei sempre grato, em especial

Ao meu eminente Orientador, Professor Luís Eduardo Schoueri, pelo estímulo concedido durante todo o programa de mestrado, por suas sempre interessantes lições e pelo longo tempo dedicado à discussão deste trabalho. Meu muito obrigado!

Aos grandes mestres Ives Gandra da Silva Martins, meu maior interlocutor e incentivador, e Alcides Jorge Costa, com quem aprendi a deixar de lado as certezas na ciência do direito!

À minha família, em especial aos meus pais, Sami e Sandra, estrutura das minhas realizações. À Juliana, pelo equilíbrio que me foi propiciado para a dedicação necessária e exclusiva aos estudos em São Paulo. À minha irmã, Marina, por estar sempre na minha torcida!

Aos amigos Marcelo Magalhães Peixoto, Eduardo Borba e Maria Angélica de Souza Dias, pelas discussões de alto valor científico!

Aos meus amigos e colegas de escritório, sem os quais eu não teria tido a oportunidade de cursar o mestrado.

A todos, os meus sinceros agradecimentos!

TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL
Um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na
busca da redução das desigualdades regionais

ANDRÉ DE SOUZA DANTAS ELALI

Dissertação aprovada em / / / pela Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico, sendo a Banca Examinadora formada pelos Professores:

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto o estudo da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. Ao reconhecer como objetivo constitucional do Estado brasileiro o desenvolvimento econômico, examina a função reguladora da tributação. Por meio dos métodos hipotético-dedutivo, bibliográfico e dissertativo-argumentativo, e baseando-se na relação entre o direito econômico e o direito tributário, ainda valendo-se de técnicas e dados da ciência econômica e da análise econômica do direito (*Law and Economics*), no primeiro capítulo o trabalho examina o papel do Estado no momento contemporâneo, em face dos propósitos da Constituição e do federalismo, analisando a relação entre os princípios da ordem econômica, o mercado e a concorrência. Posteriormente, tratando do poder econômico como um dado estrutural, enfatiza a função sócio-econômica das atividades econômicas. Na terceira parte, o trabalho cuida da tributação e dos seus aspectos fiscais e extrafiscais, demonstrando as formas de intervenção do Estado no processo econômico, com ênfase para o regime jurídico das normas tributárias indutoras, especialmente aquelas que concedem incentivos fiscais. Analisa, também, os princípios da tributação vinculados ao tema do desenvolvimento econômico regional. Demonstra, em seguida, a realidade dos incentivos fiscais na busca da redução das desigualdades na região nordeste do país. A última parte é dedicada à síntese conclusiva do trabalho de pesquisa.

Palavras-chave: Estado; Constituição; federalismo; sistema jurídico; sistema econômico; ordem jurídica; ordem econômica; princípio; tributação; regulação; indução; equilíbrio; desenvolvimento econômico; desigualdade regional.

ABSTRACT

On this legal research the objective is to demonstrate as object of the study the taxation as an instrument of regulation in the search of the reduction of the regional inequalities. It recognizes as an objective of the Brazilian State the economical development. Through the hypothetical-deductive, bibliographical and argumentative methods the research bases on the relation between the economical law and the tax law. It considers important some techniques and information imported from economics and economical analysis of law - the *Law and Economics*. In the first chapter the study examines the State in face of the purposes of the Constitution and of the federalism. Analyses also the relation between legal system rules, market and competition. It establishes the power of economics as a structural base of the social system and emphasizes the socioeconomic function of the economical a 1 D / function. It is demonstrated how may State regulate private activities in order to reach development and to reach the regional and social inequalities. It also studies the importance of tax expenditures. The last part is dedicated to the conclusive synthesis of the research.

Key-words: State; Constitution; federalism; juridical system; economical system; juridical order; economical order; law principles; taxation; regulation; induction; balance; economical development; regional inequality.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

I. PROPOSIÇÕES PRELIMINARES

- I. 1. Delimitação do tema e objetivos do trabalho
- I. 2. Justificativas para a escolha do tema
 - I. 2. 1. A linha de pesquisa do programa de pós-graduação
 - I. 2. 2. Uma visão interdisciplinar dos elementos examinados
 - I. 2. 3. O uso constante de normas tributárias indutoras
- I. 3. Metodologia da pesquisa e plano do trabalho

II. ESTADO FEDERAL, CONSTITUIÇÃO E ORDEM ECONÔMICA – ASPECTOS FUNDAMENTAIS

- II. 1. Constituição e ordem econômica a Constituição Econômica
- II. 2. A relação entre o sistema jurídico e o processo econômico
- II. 3. Normas jurídicas, regras e princípios breves anotações
- II. 4. Domínio econômico, mercado e concorrência
- II. 5. O poder econômico um dado estrutural da ordem econômica na busca do desenvolvimento econômico
 - II. 5. 1. Uma breve digressão sobre a noção de poder
 - II. 5. 2. Poder econômico

III. A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS COMO PRINCÍPIO E COMO OBJETIVO DO ESTADO BRASILEIRO – SUA RELAÇÃO COM A ORDEM ECONÔMICA NORMATIVA

- III. 1. Desenvolvimento econômico
- III. 2. Redução das desigualdades regionais e sociais
- III. 3. A redução das desigualdades regionais e sociais e os demais princípios da Constituição Econômica brasileira
 - III. 3. 1. Soberania nacional a soberania econômica
 - III. 3. 2. Propriedade e sua função social
 - III. 3. 3. Livre iniciativa e livre concorrência
 - III. 3. 4. Tutela do consumidor
 - III. 3. 5. Tutela do meio ambiente
 - III. 3. 6. Busca do pleno emprego
 - III. 3. 7. Tratamento favorecido para empresas de menor porte
 - III. 3. 8. Vedação de benefícios às empresas públicas e de economia mista
- III. 4. A interpretação sistemática dos princípios da ordem econômica em torno da busca da redução das desigualdades regionais e sociais a questão dos direitos fundamentais (a cidadania e a dignidade humana)

IV. A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA – AS NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS

- IV. 1. As formas de intervenção do Estado e as normas tributárias indutoras
- IV. 2. A questão da divisão de competências na Federação o pacto federativo
 - IV. 2. 1. A competência para tributar
 - IV. 2. 2. A competência para regular
- IV. 3. Incentivos fiscais e elementos afins
 - IV. 3. 1. Incentivos fiscais e relações internacionais

- IV. 3. 2. Incentivos fiscais e pacto federativo
- IV. 4. Imunidades
 - IV. 4. 1. Sentido, origem e importância das imunidades: breves anotações
 - IV. 4. 2. As imunidades como mecanismos de políticas fiscais
 - IV. 4. 3. Imunidades e normas tributárias indutoras
- IV. 5. Exame de caso: o estímulo ao desenvolvimento econômico por meio de incentivos fiscais - poder econômico e desenvolvimento com a redução das desigualdades regionais
- IV. 6. Incentivos fiscais e princípios da tributação
 - IV. 6. 1. Os princípios da tributação relacionados ao tema da dissertação a tributação como instrumento de regulação da ordem econômica na busca da redução das desigualdades regionais e sociais
 - IV. 6. 1. 1. Isonomia
 - IV. 6. 1. 2. Capacidade contributiva
 - IV. 6. 1. 3. Legalidade e tipicidade
 - IV. 6. 1. 4. Razoabilidade e proporcionalidade
 - IV. 6. 1. 5. Uniformidade
 - IV. 6. 1. 6. Neutralidade

V. SÍNTESE CONCLUSIVA

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. PROPOSIÇÕES PRELIMINARES

A relação entre o direito e a economia tem sido cada dia mais enfatizada. E com razão. Enquanto a ciência econômica tenta encontrar soluções para a carência de recursos para a sociedade, a jurídica deve servir de instrumento de harmonização das relações sociais, limitando as liberdades, tutelando os direitos e garantias individuais e os interesses coletivos. Em outras palavras, as ciências jurídica e econômica, que são indissociáveis, devem se auxiliar mutuamente para a busca de soluções para os problemas enfrentados pela sociedade¹.

Robert Cooter e Thomas Ulen² explicam a necessidade fundamental de se relacionar direito e economia. Relatando a evolução histórica, citam a mudança dos conceitos do direito e da economia pela influência mútua de uma ciência sobre a outra. Comparando sanções a preços, os autores provam como a referida metodologia pode auxiliar na solução de problemas econômicos e sociais. E isso porque a economia fornece uma teoria científica para a prevenção dos efeitos das sanções próprias do ordenamento jurídico, já que, para os economistas, as sanções correspondem a preços. Por outro lado, a ciência econômica passa a considerar como o direito afeta a distribuição de riquezas e do lucro dentro das classes sociais.

Uma prova da evidente relação entre direito e economia é a própria realidade dos Estados contemporâneos. O Brasil, como a maioria dos países que visam ao

¹ / / nto de elementos descontínuos mas análogos, embora possam estabelecer entre eles relações de causalidade e de imputação, constantes estruturas evidentes ou normativas. Ambas, nesses termos, não captam o ser humano como natureza, mas o homem como positividade (ser que fala, que realiza trocas, que produz, que regula seu próprio conhecimento). Ou seja, seu objeto, enquanto ciências humanas, não é o homem, mas a efetualidade do seu relacionamento, da qual participam e na qual se refletem. E é na intersecção de evidências e normas, / 1 1 1 in Fáblio Nusdeo. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 10.

² São deles as seguintes /

1 / scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like / 1 Cf. Robert Cooter & Thomas Ulen. *Law and Economics*. 4. ed. The Addison-Wesley series in economics, 2004, p. 2-4.

desenvolvimento econômico, segue um movimento de determinar, no plano constitucional, o modo de ser da economia. Diz-se, por tal razão, que há uma Constituição Econômica, uma parte da Constituição que trata do fenômeno econômico³.

Não se trata, portanto, de um Estado neutro⁴, pois tal organização social política prestigia o desenvolvimento econômico⁵, que se expressa através da força da economia. E não obstante seja uma economia baseada no sistema econômico capitalista, impõe-se que se harmonize com valores sociais, pois, dessa forma, se impulsiona o verdadeiro desenvolvimento, consubstanciado no crescimento econômico com a erradicação da pobreza, com a redução das desigualdades sociais e regionais, com a tutela do consumidor e do meio ambiente. Em síntese, objetiva-se a promoção do bem comum, já que o correto conceito de desenvolvimento econômico não pode ser visto como o bem-estar de alguns grupos, de poucos agentes, mas de toda a estrutura social.

Assim, valores antes colocados em vertentes distintas devem caminhar juntos nos sistemas econômicos contemporâneos. A liberdade, a valorização da propriedade, dentre outros valores típicos dos sistemas do capital, devem ser conciliados com a busca do pleno emprego, com a proteção do consumidor e do meio ambiente, com a redução dos problemas sociais, dentre os quais as desigualdades entre as regiões do país. Atualmente, já não se deve falar em contradições entre tais valores, em função da evolução dos próprios sistemas econômicos, que deixaram de se apresentar em suas formas originárias.

³ Cf. André Ramos Tavares. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 74.

⁴ Afirma António Carlos dos Santos, com razão, que a intervenção estatal na vida econômica é, apesar dos tempos de neo-liberalismo, uma realidade incontornável. Cf. António Carlos dos Santos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. D / 5338/ 15: 1 D /

sentido que se afirma que o Estado contemplado pela Carta de 1988 não é neutro. Seguindo a tendência acima, o constituinte brasileiro revelou-se inconformado com a ordem econômica e social que encontrara, enumerando uma série de valores sobre os quais se deveria firmar o Estado, o qual, ao mesmo tempo, se

⁵ Cf. Luís Eduardo Schoueri. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1-2.

/ 4 44/ -se o desenvolvimento como um processo de mudanças endógenas da vida econômica, que alteram o estado de equilíbrio previamente

1 1 E 1 *Constituição Econômica e Desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45

Como consequência, os atuais sistemas econômicos, para harmonizarem as relações econômicas e sociais, dentro de toda a estrutura da sociedade, devem conciliar os valores do capital e das necessidades sociais. Destaque-se, como complemento, o fato de que a concentração econômica é repreendida não apenas pelo direito, mas principalmente pela ciência econômica, que a /
uma evidente ineficiência sistêmica, pois cada problema de escassez gera novos problemas. E quanto menor a distribuição e a circulação de riquezas, menor será a chance de se obter um efetivo desenvolvimento econômico.

Um outro aspecto que merece atenção é que a partir da visão de que o sistema econômico valoriza a força da economia, infere-se a necessidade de se tratar devidamente do poder econômico, muitas vezes mencionado de forma pejorativa, quando, em verdade, constitui um dado estrutural das relações econômicas e sociais. Tratando-se de algo que a grande maioria dos sistemas econômicos de todo o mundo valoriza, representa a força econômica em sua forma legítima, servindo à busca do desenvolvimento, objetivo constitucional do Estado brasileiro. Note-se, então, que o poder econômico deve ser relacionado com a função sócio-econômica da empresa, das atividades econômicas, desde que exercido legitimamente⁶, auxiliando na resolução dos problemas sociais e respeitado o correto funcionamento do mercado e da concorrência.

Sabe-se que o Estado, através da edição de normas jurídicas, detém o atributo da coerção. Pode, então, dirigir os comportamentos da sociedade. Mas além do poder de impor comportamentos, através do que se chama de normas de direção, pode o Estado se

⁶ Sustenta-se que o poder econômico é exercido legitimamente quando não são cometidos abusos e/ou manipulações por parte dos agentes econômicos. Todavia, fala-se também em ilegitimidade no exercício do poder econômico que é justamente a prática de comportamentos abusivos e/ou manipulados. Muitas vezes, os agentes econômicos passam a manipular determinadas atividades quando exercem comportamentos de exclusão, objetivando a dominação dos mercados. E em tais casos, fala-se em abuso do poder econômico, que é também referido como uma patologia do comportamento econômico. Para controlar o exercício do poder econômico, o Estado lança mão de mecanismos para evitar o abuso, tratando-o como ilícito, inclusive de natureza criminal. Caracteriza-se, pois, o abuso do poder econômico infração à ordem econômica. O tema do abuso do poder econômico, que foge do objeto desta dissertação, é muito bem examinado na doutrina nacional, podendo-se citar os seguintes trabalhos a seu respeito: Calixto Salomão Filho. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003; Sérgio Varella Bruna. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; Ricardo Thomazinho da Cunha. *Direito de Defesa da Concorrência – Mercusol e União Européia*. São Paulo: Manole, 2003; Gésner Oliveira & João Grandino Rodas. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

utilizar da ferramenta da indução, muitas vezes mais adequada para a própria prevenção contra o cometimento de ilícitos, por nem sempre se apresentar, a direção, eficaz na busca dos seus objetivos, sendo de grande relevância as suas políticas indutoras. E é nesse âmbito que se insere o tema da tributação, pois constitui de um rico instrumento para a indução dos comportamentos dos agentes econômicos.

É certo também que o Estado, em regra, tem como maior fonte de receitas a imposição tributária. E no Brasil, a Constituição também prevê o modo de ser da tributação, delimitando de forma rígida as competências tributárias e tutelando os direitos do cidadão, através do que se denomina de limitações ao poder de tributar⁷. A tributação, mais do que nunca, é a base financeira do Estado e tem evidentes repercussões sobre a economia, dela nascendo facilidades e/ou dificuldades para o exercício das atividades empresariais. Aliás, não por outra razão chega-se a afirmar que a tributação pode constituir o maior óbice para o crescimento econômico. É a demonstração de que a tributação é também uma forma de intervenção estatal no fenômeno econômico.

A propósito, é de se notar, na doutrina, uma referência ao elemento teleológico ou finalístico dos tributos. Por conseqüência, trata-se dos objetivos fiscais e extrafiscais: os primeiros, relacionados à arrecadação em si, para a manutenção do que se denomina de Estado Fiscal; os segundos, ligados a objetivos de natureza econômica e social. Esses são os pontos altos da pesquisa proposta: os poderes de tributar e de regular, relacionando-se com os objetivos correntemente denominados de fiscais e extrafiscais (ou regulatórios). E nessa parte, torna-se imperiosa uma melhor explanação sobre os referidos objetivos relacionados à imposição tributária.

Para a manutenção do Estado, se faz necessária a arrecadação de recursos financeiros, aí surgindo a figura dos tributos. Nesse desiderato, quando se fala em tais figuras, que servem à transferência de recursos da esfera privada à pública, tem-se a noção

⁷ D
Constituição instituiu para o Poder Legislativo e para o Poder Exec / / /
1 1 1 Sistema
Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

do que seja a fiscalidade. Por outro lado, o Estado pode atuar de forma a impor regramentos ou induzir os agentes a determinados comportamentos, nesse caso, inclusive por meio da tributação. Assim, não se fala apenas no fim da arrecadação de recursos, próprio da fiscalidade, mas sim da própria regulação, daí porque o uso corrente da expressão extrafiscalidade, ressaltando-se a importância de se examinar corretamente o regime jurídico das normas que veiculam tributos, seja com natureza própria da fiscalidade, seja para a função reguladora, extrafiscal, na linguagem corrente. Destarte, infere-se também a distinção entre os poderes de regular e de tributar.

Ruy Barbosa Nogueira⁸ foi quem, no Brasil, melhor explicou a distinção entre os referidos poderes, já que, em razão da soberania, o Estado pode impor tributação sobre as relações econômicas ocorridas em seu território (poder de tributar e soberania fiscal⁹) e, por outro lado, impor regulamentação (soberania reguladora) para garantir o bem-comum. Ademais, o poder de regular é o poder de promover o bem público pela limitação e regulação da liberdade, do interesse e da propriedade. Regular, a partir das lições de Ruy Barbosa Nogueira, pode ser definido como o poder de se estabelecer regras, de dirigir, de governar. Desse modo, como preceituou o ilustre professor da Universidade de São Paulo, quem pode regular, pode impedir, restringir e/ou favorecer, lançando m] TJETBT7/oBT(r)-Pe ro, ref6(

dos instrumentos fiscais com o principal objetivo de obter resultados extrafiscais, em sede

1

/

¹² Ao partir de tal premissa, ele sustenta dois grandes domínios do direito econômico fiscal: os impostos extrafiscais ou os agravamentos com função extrafiscal e os benefícios fiscais¹³. O problema, conforme aponta Nabais, é a suposta existência de tributos extrafiscais em sua total plenitude, pois, em verdade, todo tributo terá, também, uma importância sob a ótica da fiscalidade.

Um fato parece inquestionável entre a maioria dos especialistas: não há tributo exclusivamente relacionado à função extrafiscal, porque sempre haverá um nível, mesmo que mínimo, de fiscalidade¹⁴. Não há que se falar, por tal razão, em tributos meramente indutores, mas em normas tributárias indutoras, expressão muito bem desenvolvida, no Brasil, por Luís Eduardo Schoueri¹⁵.

Assim, como anota Schoueri, não se deve falar em tributos indutores, mas em normas tributárias indutoras, que, não obstante tenham uma função de regulação, são também normas que têm importância sob o aspecto da fiscalidade. Desse modo, conforme lembra o referido mestre, razão assiste a Ollero, quando observa que seria ilusão jurídica e

¹² Cf. José Casalta Nabais. *Direito Fiscal*, cit., p. 401 e ss.

¹³ *Idem*, *ibidem*, p. 401 e ss.

¹⁴ Uma parte da doutrina pátria diferencia os tributos a partir de sua finalidade, classificando-os em tributos fiscais, parafiscais e extrafiscais. Os primeiros teriam função exclusivamente arrecadatória; os segundos, destinar-se-iam ao custeio de atividades paralelas à administração pública; e os terceiros, de natureza não

/

/

1

1

D

1 *Regime Jurídicos dos Incentivos*

Fiscais. Rio: Renovar, 2003, p. 22-23. O autor parte da premissa usada pelo professor José Marcos Domingues de Oliveira, que propõe uma classificação dos tributos a partir da finalidade. Cf. José Marcos Domingos de Oliveira. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. Rio: Renovar, 1999, p. 31.

¹⁵ D

/

/

/

-se à premissa de que as últimas categorias dificilmente se concretizariam, em sua forma pura. De um lado, por mais que um tributo seja concebido, em sua formulação, como instrumento de intervenção sobre o Domínio Econômico, jamais se descuidará da receita dele decorrente, tratando o próprio constituinte de disciplinar sua destinação. Fosse irrelevante ou indesejada a receita -la. Por outro

lado, a mera decisão, da parte do legislador, de esgotar uma fonte de tributação no lugar de outra implica a existência de ponderações extrafiscais, dado que o legislador necessariamente considerará o efeito sócio-

1 D

/

/

/

/ ferindo antes adotar modificações motivadas

1

1

1 *Normas Tributárias*

Indutoras e Intervenção Econômica, cit., p. 16.

financeira desprezar a fiscalidade dos tributos que são veiculados por normas indutoras. E isso porque as funções fiscal e extrafiscal do tributo constituem, nessa perspectiva, dois fenômenos que se apresentam como duas facetas de uma mesma realidade¹⁶.

I. 1. Delimitação do tema e objetivos do trabalho

A Constituição Federal, para que o Estado brasileiro atinja um de seus objetivos primordiais, o desenvolvimento econômico, valoriza o exercício legítimo do poder econômico. Ressalta-se, portanto, a função social das atividades econômicas para que se alcance a ordem econômica prevista no plano constitucional.

Nesse contexto, a tributação surge como alternativa do Estado para fomentar o desenvolvimento nacional, cujo conceito deve abarcar de forma especial a redução das desigualdades regionais e sociais. Através de normas tributárias, pode e deve o Estado induzir os agentes econômicos à prática daqueles comportamentos desejáveis na busca da ordem econômica proposta no plano da Constituição.

Desse modo, a investigação proposta visa a examinar a tributação como instrumento de fomento das atividades econômicas na busca do desenvolvimento econômico regional, com ênfase na redução das desigualdades regionais, reconhecendo-se o poder econômico - na acepção da importância e da função social e econômica da empresa - como um elemento estrutural do sistema econômico. Da mesma forma, objetiva-se estudar os limites das denominadas normas tributárias indutoras, examinando-se os princípios constitucionais que cuidam da tributação e que informam a ordem econômica.

¹⁶ Cf. Gabriel Casado Ollero. *Los Fines no Fiscales de los Tributos. Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*. Libro-homenaje al profesor Sainz de Bujanda. VV.AA. vol. I Madrid: Ed. Instituto de Estudios Fiscales, 1991, p. 103 a 152 (103-104). *Apud* Luís Eduardo Schoueri. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*, cit., p. 14 e ss.

I. 2. Justificativas para a escolha do tema

Justifica-se a escolha do tema por três razões principais, que serão agora expostas¹⁷.

I. 2. 1. A linha de pesquisa do programa de pós-graduação

A primeira justificativa é a linha de pesquisa adotada. O programa de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado em direito político e econômico) da Universidade Presbiteriana Mackenzie possui duas linhas de pesquisa¹⁸: 1) a cidadania modelando o Estado; e 2) o poder econômico e seus limites jurídicos.

Partindo-se dessas linhas de pesquisa, optou-se pela elaboração de um estudo relacionado com o poder econômico e os seus limites jurídicos, justamente para se demonstrar a importância da regulação dos comportamentos econômicos em face dos interesses coletivos e das necessidades sociais. E ao se relacionar a tributação com a busca do desenvolvimento econômico, com todas as suas repercussões, tendo em vista o seu conceito ser bastante abrangente no que se refere aos princípios da ordem econômica, estar-se-á diante de um tema inserido na linha de pesquisa adotada.

I. 2. 2. Uma visão interdisciplinar dos elementos examinados

Uma outra justificativa é a própria iniciativa de se tratar das categorias do direito tributário de forma mais abrangente, considerando-se como fundamental a relação entre o direito e a economia, dentro das várias correntes doutrinárias, em especial a partir do

¹⁷ Registre-se, por oportuno, que o interesse em desenvolver o tema surgiu já há algum tempo, uma vez que se trata de algo multidisciplinar, configurando-se matéria complexa e ao mesmo tempo desafiadora. O estímulo maior se deu com a leitura, no início dos créditos do mestrado, da tese do professor Luís Eduardo Schoueri (*Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica, cit.*) e com a elaboração e a apresentação de um trabalho sobre o poder econômico e seus limites jurídicos, na disciplina ministrada pelo professor José Francisco Siqueira Neto.

¹⁸ Cf. <<http://www.mackenzie.com.br/pos_graduacao/index_stricto.htm>>. Acessado em 22 de outubro de 2005, às 14:08 hs.

próprio direito econômico, dos elementos e técnicas fornecidas pela economia e da análise econômica do direito (*Law and Economics*).

Não obstante se reconheça a importância do positivismo jurídico, até porque é a norma jurídica um elemento fundamental para a sistematização do direito, pretende-se aderir a uma metodologia mais ampla do exame dos assuntos aqui debatidos. Com efeito, se por um lado o positivismo jurídico é algo de grande importância, especialmente nas circunstâncias históricas e culturais em que se desenvolveu no país e no mundo, por outro o momento atual impõe uma reflexão mais abrangente dos problemas que afligem a sociedade. E tal reflexão será feita a partir da máxima valorização da relação entre o direito e a economia, nas suas diferentes acepções.

Não se pretende desenvolver, registre-se logo, um trabalho econômico, filosófico ou sociológico. O que se quer é valorar juridicamente os dados de cada uma das ciências em tela, que podem contribuir para que se encontrem soluções para os conflitos sociais, os problemas do sistema social global. Nesse sentido, considera-se aqui de grande importância a relação entre o direito e a economia, seja no âmbito do próprio direito econômico, disciplina que vem recebendo grande atenção da doutrina nacional e estrangeira, principalmente para regular a intervenção estatal, seja por meio de teorias próprias da denominada escola do *Law and Economics* (análise econômica do direito)¹⁹, que vêm desenvolvendo um campo muito fértil de considerações em torno dos efeitos das normas jurídicas, dos custos de transação e do papel que o Estado deve exercer dentro de uma nova estrutura política.

Destaque-se, a propósito, que as considerações feitas a partir da análise econômica do direito servem apenas para reiterar a importância do correto entendimento e dos efeitos pragmáticos dos princípios que informam a ordem econômica. Não obstante se refira o

¹⁹ Relata Letácio Jansen que antes de 1960, a escola da *Law and Economics* limitava-se a estudar os monopólios e alguns aspectos do direito tributário, do direito empresarial e da regulação dos serviços de utilidade pública. Com o tempo, os seus estudiosos passaram a aplicar suas proposições a vários outros
1 /
econômico [...], a Análise Econômica do Direito, voltada, prioritariamente, para o exame das normas de
conduta, dedicar-se- 1 1 1 *Introdução à*
Economia Jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, pp. 3-4.

presente texto a algumas ferramentas e conclusões obtidas da disciplina em tela, este não é um trabalho inserido na sua metodologia científica. Seus dados serviram apenas para reforçar as conclusões do papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e na redução dos problemas sociais através de normas jurídicas eficientes²⁰: as normas tributárias indutoras que veiculem estímulos à valorização do poder econômico, da livre iniciativa e da livre concorrência, na busca da ordem econômica proposta na Constituição.

Por outro lado, através de técnicas econômicas, examina-se o que deve ser promovido pelo sistema jurídico, visando-se à ordem do processo econômico, a partir de expressões iniciadas com os movimentos do utilitarismo²¹. Veja-se, portanto, que têm grande influência nas atuais concepções da suscitada corrente, que, vale dizer, vem orientando coerentemente as decisões judiciais dos sistemas do *Common Law*, os dados da economia quanto à concorrência, à eficiência dos agentes econômicos, à chamada regulação do mercado e à tributação como instrumento de indução (campo da regulação).

No caso deste trabalho, parte-se da premissa de que o Estado não pode desprezar os custos de transação que acabam sendo criados com os tributos e com os deveres burocráticos das atividades econômicas. E tendo em vista que o Estado não pode quedar-se inerte, deve promover estímulos através da tributação para o fortalecimento da economia, seja por razões eminentemente econômicas, seja porque os dados econômicos acabaram influenciando o constituinte, que, a despeito de adotar uma linguagem jurídica

²⁰ O signo eficiência, no âmbito da dissertação ora apresentada, representará a relação entre um fato e/ou um comportamento e seus efeitos positivos no sistema social. Assim, tanto se pode falar em eficiência econômica em sentido estrito, relacionando-se à relação entre os elementos do sistema e a produção de riquezas, com a respectiva distribuição para fomentar a própria economia, como se pode referir à noção de eficiência do pensamento utilitarista, que não deixa de se aplicar também à economia jurídica, conforme os conceitos de Bentham e Stuart Mill, devendo as ações serem classificadas a partir dos efeitos positivos, julgando-se acertos e erros de determinadas ações em face de suas conseqüências. Aplica-se tal conceito a diferentes esferas e ciências, dentre as quais à moralidade, à política, ao direito, à economia e à sociologia. No sentido econômico em sentido estrito, cf., dentre outros, Paulo Sandroni. *Dicionário de Economia do Século XXI*. São Paulo: Record, 2005, p. 284. No sentido usado pelo pensamento utilitarista, englobando também o aspecto econômico e jurídico, v. Bryan Magee. *História da Filosofia*. São Paulo: Loyola, 1999, p. 77.

²¹ Cf. Richard A. Posner. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 31 e ss. O autor, ao explicar o movimento do *Law and Economics*, explica a influência de Jeremy Bentham e de Gary Becker no desenvolvimento de modelos econômicos eficientes.

evidentemente conservadora²², acabou por aceitar as influências da ciência econômica, concretizando na ordem jurídica normas relacionadas com os problemas econômicos e sociais. D / / 23
do sistema.

Em outras palavras, a Constituição, ao estabelecer os objetivos nacionais, utiliza-se de dados do mundo real, que correspondem ao sistema econômico no sentido de conjunto de elementos da economia. A partir disso, deve o Estado criar facilidades para o desenvolvimento de atividades econômicas consideradas prioritárias, podendo facilmente usar a tributação com tal desiderato. Ela é, portanto, um hábil instrumento de indução econômica, devendo-se analisar, por meio dos instrumentos econômicos, o que é eficiente e o que é ineficiente para o sistema social²⁴.

O estudo, portanto, tende a considerar técnicas da ciência econômica, que enxergam o real, o fato, os efeitos dos comportamentos econômicos. Por outro lado, o estudo utilizará como fonte o direito positivo (e por isso mesmo uma estrutura dogmática), especialmente os dispositivos inseridos na Constituição Federal que tratam da ordem econômica e social, dos objetivos estatais e da tributação.

Assim, tornar-se-á necessário envolver os elementos do direito positivo com os dados que podem ser obtidos de outras ciências, ultrapassando-se a idéia de que, em nome de uma pureza científica, em verdade preconceituosa, se deva evitar o relacionamento entre conceitos, técnicas de solução de conflitos²⁵. Pelo exposto, o trabalho, não obstante seja baseado no direito positivo, considerará os dados econômicos, suas técnicas e os princípios que devem cumulativamente ser observados nos ramos jurídicos da tributação e

22

um meio de comunicação dos demais subsistemas sociais. Em verdade, o sistema jurídico serve de base para os demais subsistemas, havendo, permanentemente, comunicações entre todos eles. Cf. Cristiano Carvalho. *Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 241 e ss.

²³ *Idem, ibidem*, p. 260 e ss.

²⁴ A eficiência, nesse contexto, refere-se à busca da ordem econômica proposta na Constituição.

²⁵ Merece registro a teoria tridimensional do direito muito difundida pelo saudoso professor Miguel Reale, ao se ressaltar a relevância da relação entre o fato, o valor e a norma jurídica, em busca do fim do direito, que seria a Justiça. Cf., dentre os numerosos trabalhos do autor, Miguel Reale. *Lições Preliminares de Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

do direito econômico. Ao mesmo tempo, tende a considerar as preocupações sociais e a própria finalidade do sistema jurídico²⁶.

Registre-se, por oportuno, que em recente tese publicada em Portugal, António Carlos dos Santos aplicou essa mesma metodologia. Tratou o referido autor dos aspectos regulatórios da tributação, ao examinar os possíveis limites à concessão de benefícios fiscais pelos Estados que compõem a União Européia, à luz dos fundamentos do direito econômico internacional, ou seja, assunto relativo à concorrência internacional com a

D²⁷. Pretende-se neste trabalho demonstrar justamente a viabilidade e a importância de tal metodologia de pesquisa, em que se relacionam as categorias tributárias com elementos de outras disciplinas jurídicas, em especial do direito econômico²⁸, além da ciência econômica, que deve fornecer ao jurídico os dados necessários à escolha das políticas de intervenção, próprias da intervenção econômica²⁹.

I. 2. 3. O uso constante de normas tributárias indutoras

Uma outra razão à escolha do tema aqui desenvolvido é a sua importância pragmática, pois é constante o uso, pelo Estado brasileiro, a despeito de outros exemplos

²⁶ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44-45. O insigne professor da Universidade de São Paulo explica de forma aprofundada a importância das disciplinas zetéticas e a sua distinção em relação à dogmática do direito. Demonstra, ao final, como o direito deve se relacionar com os dados do mundo real e os questionamentos da filosofia, da sociologia etc.

²⁷ Cf. António Carlos dos Santos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 35 e ss.

²⁸ Tem enfatizado Luís Eduardo Schoueri a

Tributário, nomeadamente no que concerne ao fenômeno das normas tributárias indutoras como instrumento

1 III D inclusão das normas tributárias indutoras como medida de intervenção do Estado sobre o domínio econômico impõe que a investigação de princípios de Direito Econômico, sejam eles limitadores da intervenção estatal, sejam eles seus propulsores. Tais princípios devem ser aplicados em conjunto com aqueles classicamente identificados com as normas tributárias, qual feixes que se interceptam na norma tributária indutora, cujo regime jurídico 1 1 Eduardo Schoueri. *Direito Tributário e Ordem Econômica*. In: Tratado de Direito Constitucional Econômico estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coordenador: Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 536.

²⁹ Essa é, ressalte-se, a metodologia utilizada por um grupo de estudiosos em trabalho que analisa o impacto da tributação sobre o capital e sobre o trabalho, objetivando levantar sugestões para as políticas públicas em face dos tempos de globalização e de concorrência internacional. Cf. *Measuring the Tax Burden on Capital and Labor*. Cambridge, Massachusetts, USA London, England: The MIT Press, 2004.

internacionais, de normas tributárias indutoras com o objetivo de fomentar e/ou de desestimular determinadas atividades econômicas, visando-se à redução dos problemas econômicos e sociais. Em particular, as normas tributárias indutoras, quando veiculam incentivos, têm uma importância fundamental na redução das desigualdades regionais e sociais. Por isso mesmo, deve-se fomentar o debate, na doutrina, das características e limitações das normas tributárias indutoras, ainda pouco exploradas academicamente.

Assim, apesar de o presente estudo não ser capaz de revelar todo o conteúdo necessário à correta interpretação do tema, é uma forma de valorizar o debate e a construção de uma ciência cada vez mais madura e útil à sociedade³⁰.

I. 3. Metodologia da pesquisa e plano do trabalho

A pesquisa ora apresentada valeu-se dos métodos hipotético-dedutivo, bibliográfico e dissertativo-argumentativo.

Iniciar-se-á o trabalho com o exame do papel do Estado em face dos propósitos constantes da Constituição Econômica, analisando-se a importância do funcionamento do mercado e da concorrência e discutindo-se a relação entre todos os princípios que informam a ordem econômica. Analisar-se-á, ainda, o federalismo brasileiro na busca do desenvolvimento e da redução das desigualdades regionais.

³⁰ A fim de demonstrar a importância do tema, basta serem vistos os seguintes exemplos de situações relacionadas a normas tributárias indutoras: i) Emenda à Constituição n.º 33, de 2001, que instituiu imunidade tributária sobre as receitas de exportação; ii) concessão de benefícios fiscais do imposto sobre a renda das empresas no caso de investimentos e re-investimentos nas regiões nordeste, norte e centro-oeste; iii) tributação progressiva dos imóveis para dar cumprimento à sua função social; iv) tributação seletiva do IPI e do ICMS, que assumem a feição de estimular e desestimular determinadas atividades industriais e comerciais; v) a recente Lei Federal n.º 11.196/2005, que incentiva o investimento nas regiões em desenvolvimento e a importação de produtos industriais; e vi) tratamento simplificado denominado Estados. / / principalmente alguns

No momento subsequente, estudar-se-á a relação entre o poder econômico e o mercado, destacando-se a relevância da concorrência e da função sócio-econômico das atividades exercidas no domínio econômico.

Na parte seguinte, serão vistos a tributação e os seus aspectos fiscais e reguladores (extrafiscais), demonstrando-se as formas de intervenção do Estado e a possibilidade da utilização de normas tributárias com funções indutoras. Do mesmo modo, algumas considerações serão feitas em torno dos princípios da tributação vinculados ao tema, dos incentivos fiscais e o seu regime no sistema jurídico brasileiro.

A última parte é dedicada à síntese conclusiva do trabalho de pesquisa, ressaltando-se a relação entre os aspectos teóricos suscitados e a realidade econômica e social. Tentar-se-á comprovar que o tema, além de atrativo do ponto de vista acadêmico, pode auxiliar na resolução dos conflitos sociais e econômicos do país. Afinal, como já disse Lourival Vilanova, o jurista deve ser o ponto de intersecção entre a teoria e a prática, entre a ciência e a experiência³¹.

³¹ Cf. Lourival Vilanova. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. V. 1. São Paulo: Axis Mundi & IBET, 2003, p. 414.

II. ESTADO FEDERAL, CONSTITUIÇÃO E ORDEM ECONÔMICA – ASPECTOS FUNDAMENTAIS

Apresenta-se majoritária a noção de que o Estado é uma evolução da sociedade, constituindo uma estrutura desenvolvida para ordenar o convívio humano³². Com o desenvolvimento das relações sociais, econômicas e jurídicas, o papel do Estado foi sendo alterado no contexto global. Ao Estado cabe o papel de agente regulador das relações econômicas e sociais, devendo promover o desenvolvimento econômico através da conciliação das forças privadas de produção com a proteção das necessidades de toda a estrutura social. O Estado, ademais, deve exercer o seu papel a partir do que determina a Constituição.

Desde o século XVI, a Constituição passou a representar o corpo de normas que, num âmbito de maior importância hierárquica dentro do ordenamento jurídico, mantém a regularidade ou irregularidade (constitucionalidade ou inconstitucionalidade) das demais normas do sistema³³. Fala-se, portanto, em Constituição para definir o conjunto de normas da mais alta importância que a potência estatal impõe a si mesma, porquanto define as próprias bases sobre as quais se estabelece o estatuto orgânico do Estado. Assim, como advertiu Emmanuel Sieyès, às vésperas da Revolução Francesa, Constituição, é preciso fazer-se- 1³⁴

Veja-se, ademais, que o Estado, enquanto unidade substancialmente política, tem uma existência anterior à Constituição³⁵. E tal unidade, por decisão consciente, cria a Constituição, que é apenas a decisão sobre a forma e o modo da unidade política.

³² São três, segundo Fernando Facury Scaff, as principais teorias que tentam explicar o surgimento do Estado: i) a de que o Estado sempre existiu, tal como a sociedade, sendo esta impensável sem a existência daquele; ii) a de que o Estado é fruto da sociedade (adotada pela maioria dos autores); e iii) a de que o Estado é dotado de certas características que despontam entre o Feudalismo e o Absolutismo, daí a denominação de Estado Moderno. Aqui, concordando-se com o professor da UFPA e da UFPE, adota-

Facury Scaff. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 25-26.

³³ Cf. Simone Goyard-Fabre. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 102.

³⁴ *Apud* Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 105.

³⁵ Cf. Ari Marcelo Solon. *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 91.

Em linguagem bastante peculiar, manifesta-se o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor Carlos Ayres Britto no sentido de que a Constituição é a primeira manifestação objetivo-

1 ³⁶ Ensina ainda o jurista sergipano que a Constituição, na sua redação originária, não é feita pelo Estado, mas sim para o Estado,

mantendo com esse Estado uma essencial relação de *unha e carne*, a ponto de se poder afirmar que **a cada nova Constituição corresponde um novo Estado** [...]. E não é por outra razão que toda Constituição Positiva toma o nome do Estado que ela põe no mundo das positivities jurídicas [...].³⁷

O Brasil, como unidade substancialmente política da sociedade, tem uma Constituição que cuida de muitos assuntos. É considerada uma Constituição dirigente, usando-se a linguagem de Canotilho³⁸, porque determina os objetivos que devem ser buscados pelo Estado.

Aliás, é bom que se destaque o conceito que se adota para Constituição dirigente. Analisando-se os dispositivos do texto constitucional, questiona-se: a Constituição constitui um complexo de normas que define fins e objetivos para o Estado e para a sociedade ou é apenas um conjunto de normas meramente orgânico, estatutário? A partir das lições de Eros Grau³⁹ e de Gilberto Bercovici⁴⁰, infere-se que a Constituição brasileira se configura nos moldes da primeira hipótese, por definir o modo de atuação do Estado e da sociedade, em busca de um modelo individualizado.

A Constituição de 1988, nesse contexto, define a base do sistema jurídico, englobando e concretizando valores que marcam as diferenças próprias de um Estado dotado de desigualdades, objetivando mudanças, que venham a beneficiar a sociedade. Ela

³⁶ Cf. Carlos Ayres Britto. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 32.

³⁷ *Idem, ibidem*, pp. 32-33.

³⁸ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983; *Direito Constitucional, op. cit.*

³⁹ Cf. Eros Grau. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁴⁰ Cf. Gilberto Bercovici. *A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 36, n. 142, abril/junho de 1999.

também estabelece que o Estado brasileiro é uma Federação⁴¹, já que coexistem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, personalidades jurídicas que exercem o poder político.

Ressalte-se que o exame do tema, mesmo que apenas como um referencial, é importante no âmbito deste trabalho em face da relação do federalismo com a busca do desenvolvimento nacional e da redução dos problemas sociais⁴². Num país de grande extensão territorial, com enormes diferenças entre as regiões, sejam elas culturais, econômicas ou sociais, o federalismo é uma ferramenta bastante útil na busca da ordem econômica e social, tratando-se de um movimento baseado na tendência de harmonização, no pluralismo e na solidariedade⁴³.

Com a descentralização do exercício do poder político, torna-se mais fácil a implementação de políticas diferenciadas para cada uma das regiões do país. Sem essa diferenciação, vários dos objetivos traçados na Constituição seriam inviabilizados, haja vista que o ideal de desenvolvimento econômico deve abranger todo o território nacional. Em outras palavras, fosse o Brasil um Estado unitário, muitas outras dificuldades existiriam para a promoção da ordem econômica proposta na Constituição.

Destarte, o poder político, para adequar-se às necessidades da estrutura social, é exercido na Federação de forma descentralizada. Aliás, uma das causas do surgimento dos modelos federalistas foi a preocupação com o controle do poder político, uma vez que problemas com o abuso no seu exercício passaram a levar o homem a buscar novas formas de organização estatal. Por outro lado, foi a necessidade de se desenvolver um método

41

,1 1 D
no Brasil. São Paulo: IPE/USP, 1984, p. 35.

42 Cf. André Elali. *O Federalismo Fiscal Brasileiro e o Sistema Tributário Nacional*. São Paulo: APET & MP, 2005.

43 D

the ideal form of social and political life. It is characterized by a tendency to substitute coordinating for subordinating relationships or at least to restrict the latter as much as possible; to replace compulsion from above with reciprocity, understanding and adjustment, command with persuasion and force with law. The basic aspect of federalism is pluralistic, its fundamental tendency is harmonization and its regulative

1 Cf. Max Hildebert Boehm. *The Riddle of Federalism: Does Federalism impact on Democracy?* In: International Encyclopedia of the Social Sciences. London: Macmillan, 1932, p.169-170.

l e, simultaneamente, a difusão de
1 A *Disputa pela Receita Tributária*

mais eficiente de exercício do poder político em países caracterizados por grandes diferenças entre suas regiões que se motivou a instituição de tal estrutura orgânica. A partir dessa idéia, a Federação deve auxiliar no cumprimento dos objetivos constitucionais, democratizando-se o exercício do poder político.

Ademais, da mesma forma que a Constituição estabelece o modo de ser da ordem jurídica, define como deve ser a ordem econômica⁴⁴, através de comandos com evidente força normativa. A essa Constituição com preocupação com o fenômeno econômico atribuiu-se, na doutrina, a expressão Constituição Econômica.

II. 1. Constituição e ordem econômica – a Constituição Econômica

Depois do final da primeira guerra mundial, a elaboração das Constituições observou algumas características comuns: a declaração dos direitos sociais, a valorização

⁴⁴ É quase generalizada a dificuldade, registrada na doutrina especializada, de se definir o conceito das expressões ordem econômica e ordem jurídica. Como lembra Eros Grau, essa dificuldade surge em face da ambigüidade de todas essas expressões. / / III em si, na sua rica ambigüidade, uma nota de desprezo em relação à desordem, embora esta, em verdade, não exista: a desordem é apenas, como observa Gofredo da Silva Telles Júnior, uma ordem com a qual não estamos de acordo. A defesa da ordem, desta sorte, sobretudo no campo das relações sociais e de sua regulação, envolve uma preferência pela manutenção de situações já instaladas, pela preservação de suas / / 1A *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 51-56). A mesma dificuldade é reconhecida, dentre outros, por Geraldo Vidigal, que sugere a relação entre ordem econômica a um conjunto de normas e princípios que regem a atividade econômica. (Cf. Geraldo Vidigal. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1977, p. 80).

Juridicamente, a expressão ordem econômica tem sido mencionada como a parcela do sistema normativo que trata da regulação das relações econômicas (Cf. André Ramos Tavares. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 86). Assume, nesse sentido, a idéia de ordem jurídica da economia (Cf. Vital Moreira. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973, p. 69-71).

Colocando-se em lados opostos ordem e desordem, tem-se que a ordem econômica é algo abrangente, que é buscado pelo sistema jurídico como um todo. É o modo de ser da economia, do fenômeno econômico, que se baseia num sistema. Como aduz Vital Moreira, a ordem econômica é constituída por todas as normas jurídicas que têm por objeto as relações econômicas. Pode-se, portanto, afirmar que a ordem econômica é o conjunto das relações econômicas, que dentro dos fenômenos sociais, deve estar ordenada. Aí é que surge a relação necessária entre ordem econômica e a ordem jurídica: aquela, na afirmação de Grau (*op. cit.*, p. 51), é uma parcela desta, porque o econômico deve estar ordenado pelo jurídico.

Uma ponderação se faz oportuna neste momento: deve o estudioso considerar a distinção entre a ordem vista sob o aspecto formal e aquela encontrada materialmente. Assim, pode-se mencionar uma ordem econômica como mundo do ser ou do dever-ser, desde que explicada a premissa adotada. Por isso, a ordem econômica tanto pode ser a realidade dos acontecimentos econômicos (a ordem econômica material, real), como o ideal buscado pelo sistema (a ordem econômica normativa).

da isonomia, além da proteção aos direitos individuais, tradicionalmente tutelados⁴⁵. Consideradas parte do novo constitucionalismo, surgem como um movimento de transformação com as circunstâncias marcadas por problemas políticos, econômicos e sociais. As ideologias constitucionais, nesse sentido, passaram a integrar o elemento econômico em seus núcleos. Assim, a Constituição, como um todo, passou a dedicar especial atenção ao fenômeno econômico.

Por conseqüência, a Constituição Econômica, definida tal como exposto por Vital Moreira⁴⁶, é parte da Constituição que procura definir o modo de ser da economia⁴⁷. Conforme ensina Washington Peluso Albino de Souza, a Constituição Econômica é parte da Constituição total, caracterizando-se pela presença do econômico em seus textos⁴⁸.

Nas palavras de Nelson Nazar, a Constituição Econômica é o conjunto de preceitos jurídicos que instituem uma determinada forma de organização da economia, não se restringindo, seu conteúdo, ao texto constitucional, mas abrangendo todas as normas que regem o sistema⁴⁹.

A primeira experiência internacional com a inserção do fenômeno econômico nos textos constitucionais foi no direito mexicano, que, na Constituição de 1917, estabeleceu em nível máximo no plano normativo o debate dos conflitos dos direitos sociais e da

⁴⁵ Cf. Gilberto Bercovici. *Constituição Econômica e Desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*, cit., p. 13.

⁴⁶ D onômica é o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, / 1 1 / *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 41

⁴⁷ Pondera João Bosco Leopoldino da Fonseca que a Constituição Econômica se corporifica no modo pelo qual o direito pretende relacionar-se com a economia, a forma pela qual o jurídico entra em interação com o / 1 D / 1 1 João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 89.

⁴⁸ Cf. Washington Peluso Albino de Souza. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24.

⁴⁹ Cf. Nelson Nazar. *Direito Econômico*. Bauru: EDIPRO, 2004, p. 40.

função social da propriedade, valorizando de forma nítida os direitos dos trabalhadores em face da revolução iniciada em 1910⁵⁰.

A outra experiência foi a Constituição de Weimar, em 1919, a qual, dividida em duas partes, tratava dos direitos sociais, dedicando-se à educação, à cultura e ao fenômeno econômico (ou vida econômica, como relata o professor Gilberto Bercovici⁵¹). A ordem

/ / scar a
/ /
/

1⁵² Foi a Constituição com maior repercussão para o direito econômico, havendo sido imitada por várias normas que se lhe seguiram⁵³. Vejam-se, por exemplo, as Constituições da França, de 1946, e do Brasil, que desde 1934 tem dedicado atenção ao fenômeno econômico explicitamente.

Entre as primeiras experiências internacionais, entretanto, registra-se a Constituição soviética de 1918, com dedicação à questão econômica, visando à implantação do denominado sistema de economia coletivista⁵⁴.

O que se observa é que a Constituição Econômica pode se apresentar material e formalmente. Em outras palavras, considera-se a Constituição Econômica o conjunto de normas que dispõem, no ordenamento jurídico, do fenômeno econômico. Assim, se todas elas estiverem no texto constitucional, falar-se-á em Constituição Econômica formal. Inversamente ocorrerá se nem todas as normas estiverem, formalmente, no texto da Constituição.

Tal ponderação é pertinente ao se examinar a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, cuja interpretação foi inversa à da Constituição de Weimar. Segundo o entendimento do

⁵⁰ Cf. Fábio Nusdeo, *op. cit.*, p. 201; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988, cit.*, p. 70 e ss.; Gilberto Bercovici, *op. cit.*, p. 14.

⁵¹ Cf. Gilberto Bercovici, *op. cit.*, p. 14.

⁵² *Idem, ibidem*, p. 14-15.

⁵³ Cf. Fábio Nusdeo, *op. cit.*, p. 201.

⁵⁴ *Idem, ibidem*.

Tribunal Constitucional Alemão, era a Lei Fundamental de Bonn, no que se refere ao econômico, neutra e aberta, cabendo ao legislador ordinário a tomada de decisões⁵⁵. A propósito do assunto, enfatiza Eros Grau:

[...] o que resulta dessa breve ponderação é a evidência de que por certo provocando frustrações nos teóricos da Constituição Econômica a Lei Fundamental da Alemanha não contém senão uma Constituição Econômica implícita; não opera a consagração de um determinado sistema econômico. A Constituição Econômica nela contida não assume caráter diretivo, mas sim é implicitamente meramente estatutário.⁵⁶

Essa mesma observação é feita por Calixto Salomão Filho, que menciona duas vertentes distintas para o emprego da expressão Constituição Econômica: i) a vertente que advém do pensamento ordo-liberal, utilizado por Franz Böhm e desenvolvido, posteriormente, por Mestmäcker e que sustenta ser a Constituição Econômica o conjunto de dispositivos materiais (Constituição Econômica material), não sendo necessária a inserção formal das normas a respeito da economia na Constituição para tal configuração conceitual; ii) a vertente da teoria do direito econômico que sustenta estarem todas as normas incluídas no texto formal da Constituição e que suscita, por tal argumento, críticas e questionamentos⁵⁷.

Sob o mesmo argumento do citado professor da Universidade de São Paulo, há quem critique a expressão Constituição Econômica, falando até mesmo em ficção, pois as normas jurídicas que tratam do processo econômico não seriam, na verdade, constitucionais, tanto do ponto de vista orgânico, quanto de sua posição hierárquica⁵⁸.

Eros Grau, utilizando vários argumentos para criticar o uso das expressões Constituição Econômica e ordem econômica, após profunda pesquisa, admite que, em função da inércia do pensamento jurídico, é de se manter o uso dos signos ora debatidos. O autor, todavia, deixa clara a distinção entre a Constituição Econômica formal e a

⁵⁵ *Idem, ibidem.*

⁵⁶ Cf. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 76.

⁵⁷ Cf. Calixto Salomão Filho. *Direito Concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19-20 (nota 1).

⁵⁸ Cf. Carlos Ferreira de Almeida. *Direito Econômico*, p. 712. *Apud* Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 77.

Constituição Econômica material, da mesma forma quando se refere à ordem econômica formal e à ordem econômica material.⁵⁹ A partir de suas lições, nota-se que os conceitos, apesar de não definirem totalmente os objetos a que se referem, são úteis para o exame dos assuntos sujeitos ao tratamento jurídico-econômico. Deve-se, de qualquer sorte, considerar a distinção entre o formal e o material.

No Brasil, uma significativa parte da Constituição dispõe d

princípios coordenados de molde a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina;
iii) a reunião, combinação de partes reunidas para concorrerem para um certo resultado;
iv) o método ou a combinação de meios de processo destinados a produzirem um certo resultado⁶².

A partir de qualquer das significações postas, constata-se que o direito, na acepção de um conjunto de várias partes, estruturadas de forma harmônica e com um mesmo objetivo, pode ser estudado enquanto sistema⁶³. Materializa-se, nesse diapasão, através de normas jurídicas. Assim, ter-se-á sistema onde houver norma jurídica, sendo esta uma unidade daquele.

Um aspecto importante para a elaboração do conceito de sistema jurídico pressupõe que se clarifiquem dois pontos: i) o do conceito geral ou filosófico de sistema; e ii) o papel do sistema na ciência jurídica⁶⁴. Essa é a lição de Claus Wilhelm Canaris, que destaca a ordem e a unidade como qualidades do conceito geral de sistema. O autor alemão expõe as diferentes conceituações na evolução da ciência do direito, afirmando que existem duas características que estão presentes em todas as possíveis definições: a ordenação e a unidade⁶⁵.

quando os princípios são seguidos à risca, surgindo um direito homogêneo, consistente e harmônico, livre de contradições axiológicas⁶⁶.

Por outro lado, quando se tem um sistema econômico⁶⁷, deve-se ter em mente que ele representa uma faceta de todo o sistema, que se estrutura pelo direito enquanto conjunto normativo (e também sistema). O direito, nesse sentido, assume a concepção de estrutura de vários subsistemas, que se relacionam sucessiva e constantemente.

As relações sociais, por serem dinâmicas, impõem que os sistemas ou subsistemas permaneçam se adaptando às realidades que vão se constituindo. E para isso devem se interligar sempre. Diz-se, por essa razão, que o sistema social é um todo, servindo o sistema jurídico como a base para a interação que existe entre os componentes do sistema social global. Por tais fundamentos, um sistema social eficiente será aquele que se mantiver aberto cognitivamente aos demais sistemas sociais, mantendo-se o que alguns denominam de *autopoiese*, uma troca sucessiva de mensagens entre os sistemas. Caso contrário, haverá sistemas fechados que sucumbirão à entropia⁶⁸. E os subsistemas necessitam comunicar-se, trocando informações.

⁶⁶ Cf. Klaus Tipke. *Sobre a Unidade da Ordem Jurídica Tributária*. Trad.: Luís Eduardo Schoueri. In: *Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. Organizadores: Luís Eduardo Schoueri e Fernando Zilveti. São Paulo: Dialética, 1998, p. 60.

⁶⁷ Por sistema econômico podem existir duas acepções, na lição do professor Fábio Nusdeo: uma que tem a

orgã /
relacionando-se, pois, com o problema da escassez de recursos. Cf. Fábio Nusdeo. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 97. No mesmo sentido, manifesta-se o pensamento econômico. Ensina Heller que em matéria de economia, o sistema representará o complexo dos componentes do ser das relações econômicas, formando-se a partir dos problemas econômicos centrais: escassez e escolha. Por conseqüência, a economia deve analisar a forma através da qual os agentes escolhem o modo mais eficiente de empregar seus recursos escassos a fim de satisfazer as suas necessidades, o que deve ser considerado pelo ordenamento jurídico. Cf. Heinz Robert Heller. *O Sistema Econômico – Uma Introdução à Teoria Econômica*. Tradução: Terezinha Santoro. Revisão: José Paschoal Rossetti. São Paulo: Atlas, 1977, p. 17.

⁶⁸ / que viva totalmente isolada do mundo. Uma simples fatalidade, como uma carestia de alimentos, poderá levar à extinção da tribo; ao passo que se ela for aberta, i. e., comunicar-se com outras tribos, poderá pedir auxílio. No segundo caso, também podemos usar o exemplo da tribo. Se ela sempre foi isolada do mundo e da noite para o dia se confronta com uma cultura totalmente estranha como a do homem branco, o excesso de informações que receberá (leia-se choque cultural) poderá gerar ruído incontornável, podendo até levar à desintegração da

Os sistemas jurídico e econômico mantêm uma relação de grande importância, pois enquanto o primeiro serve de instrumento para a busca de determinados objetivos, o segundo representa a realidade⁶⁹. Pode, todavia, o sistema jurídico, em não aceitando a realidade econômica, impor mudanças, estabelecendo mecanismos para resolver os conflitos sociais, como pretendeu a Constituição de 1988.

O problema é que o direito não tem força suficiente para mudar, por si só, a realidade econômica; antes, deve servir de instrumento, outorgando possibilidades ao sistema econômico, para a reunião dos componentes da economia e da sociedade.

Pelo exposto, se o sistema jurídico serve de instrumento para a realização das atividades e das relações econômicas, as suas normas devem possibilitar a ocorrência de tais relações, limitando liberdades e outorgando condições propícias aos agentes econômicos. Consequentemente, se é a economia uma ciência pautada pela racionalidade, devem as normas jurídicas ser examinadas considerando-se os seus efeitos sobre o fenômeno econômico.

Portanto, se o propósito do sistema jurídico é a busca por uma ordem econômica e social razoável, o próprio sistema deve conceder condições para que os agentes econômicos exerçam o seu papel naquele desiderato. E é nesse ponto que se verifica a importância dos princípios jurídicos da ordem econômica, inseridos na Constituição de 1988. Deve o ordenamento, seguindo esse pensamento, facilitar o exercício dos comportamentos desejáveis.

II. 3. Normas jurídicas, regras e princípios – breves anotações

Inquestionavelmente, é grande a controvérsia na doutrina a respeito do conceito de norma jurídica. Este, todavia, não é o objeto delimitado para o presente estudo, daí porque serão estabelecidas, para efeitos metodológicos, apenas as premissas adotadas.

⁶⁹ Aqui, merece ser ressaltada a distinção feita no início do trabalho sobre a possibilidade de utilização da expressão ordem econômica para designar também o mundo do ser, na análise material. Diferenciam-se, portanto, a ordem econômica material e a formal (ou normativa, aquela idealizada na Constituição).

Para efeitos deste trabalho, parte-se aqui da noção de não ser a norma jurídica o texto ou conjunto de textos escritos. Ao contrário, constitui a norma jurídica o sentido construído a partir da interpretação dos textos normativos, tratando-se, por isso mesmo, do resultado das interpretações⁷⁰. Diferenciam-se, portanto, texto e norma, já que esta é a construção interpretativa a partir daquele.

Ademais, nada obstante a existência de numerosas - todas elas importantes - teorias em torno das espécies de normas, o trabalho adota a concepção de classificá-las em valores⁷¹.

Tem sido exagerada a atenção da doutrina e da jurisprudência, nos últimos tempos, para os princípios jurídicos. E com razão, porque os princípios são normas que concretizam valores no ordenamento, garantindo a própria evolução do pensamento e da aplicação do direito. Dessa forma, há quem afirme que os princípios são normas de maior importância, de hierarquia superior⁷².

Historicamente, entretanto, esse não era o pensamento dominante. Analisando-se os pensamentos jusnaturalista, juspositivista e pós-positivista, vê-se que apenas na última

⁷⁰ Concorde-se com a ideia de que a norma jurídica não é o texto ou o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe corresponda. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

⁷¹ Como apontado por diversos autores, o princípio é uma norma que concretiza um valor, e vice-versa. Eminentemente jurista brasileiro, de forma muito clara, diferencia-os sob o ponto de vista da eficácia. E afirma: [...] Só com a intermediação dos princípios podem se concretizar na ordem jurídica. Diz-se, por isso, que os princípios têm caráter deontológico, enquanto os valores têm caráter axiológico. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 195 e ss.

⁷² Nesse sentido, consultem-se: Ronald Dworkin. *Taking rights seriously*. 16. ed., Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 26-27; Celso Antonio Bandeira de Mello. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230; *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 771; Roque Antonio Carrazza. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27.

fase é que foi possível se encontrar no princípio jurídico força normativa para flexibilizar a regra na aceção de norma objetiva, que prevê uma hipótese e uma consequência.

Na fase do direito natural, havia a dominação completa da dogmática dos princípios em abstrato, não tendo eles qualquer aplicação prática, posto que eles eram algo alheios à realidade humana.

Na segunda fase, por sua vez, a norma jurídica basilar era a regra, constituindo os princípios em meras pautas programáticas, carentes de força normativa⁷³, consistindo os princípios em meras pautas programáticas, carentes de força normativa⁷⁴.

Somente com o desenvolvimento do movimento constitucionalista, com a crise institucional do Estado de Direito, que assumiu modelos totalitários, em total violação a direitos humanos, viu-se a necessidade de se flexibilizar a letra fria da regra. Assim, os princípios, antes vistos como meras orientações, desprovidas de qualquer conteúdo objetivo, sem forma normativa, foram, pouco a pouco, ocupando espaços nos textos constitucionais.

Na doutrina estrangeira, muito de tal movimento de valorização dos princípios se deve aos professores Ronald Dworkin⁷⁵ e Robert Alexy⁷⁶, para os quais, apesar de distinções conceituais, inclusive pela diferença dos sistemas jurídicos dos Estados Unidos e da maioria dos países europeus, é a norma jurídica o gênero, surgindo as espécies regras e princípios. Esses, portanto, são normas jurídicas, diferenciando-se de acordo com os seus

⁷³ Cf. Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 231.

⁷⁴ O pensamento que negava força normativa aos princípios pode ser bem observado na opinião de Emílio Betti, autor italiano representante do movimento normativismo- / / designa qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e cosi alla norma compiuta e formulata: è l'Idée germinale, il critério di valutazione, di cui la norma costituisce la / 1 1 E 1 *Teoria Generale della Interpretazione*. Milano, 1990, v. I, p. 846.

⁷⁵ Já se tornou clássica a opinião de Dworkin de que os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão de peso ou de importância. Cf. Ronald Dworkin. *Taking rights seriously, cit.*, p. 26-27; *The model of rules*. University of Chicago Law Review, p. 35.

⁷⁶ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 83.

propósitos, com suas classificações materiais e/ou formais, e em face de seus graus de importância.

Para uma correta noção da importância pragmática dos princípios, convém que se lembre do caso ocorrido na Bélgica, muito bem explicado por Chaïm Perelman. Reportase o ilustre autor à época da dominação alemã, quando da 1ª grande guerra, em que um dispositivo normativo da Constituição foi inserido em face do princípio *audiatur et altera pars* (princípio do direito de defesa). Referido fato ocorreu em face de que o Rei era o único capaz de legislar, através de decretos com força de lei, no momento de dominação. Naquela circunstância, apesar de se estar violando a Constituição do país, que previa que o poder de legislar cabia coletivamente à Câmara dos Representantes, ao Senado e ao Monarca, e malgrado a grande discussão jurídica em torno da questão, a Corte de Cassação da Bélgica optou por decidir que o Rei, em verdade, era o único capaz de editar normas jurídicas a fim de cumprir o papel estatal⁷⁷.

O princípio, naquele caso, foi o aspecto pontual utilizado pelo Poder Judiciário da Bélgica, flexibilizando a determinação objetiva que previa o correto procedimento de edição normativa da Constituição⁷⁸.

O princípio, portanto, é norma que alicerça os sistemas jurídicos contemporâneos, servindo-lhes de critério para a sua exata compreensão e inteligência, ciamjBoJud4-15(s)9()-e5(s)9()-15(s)

Nessa mesma linha manifesta-se o pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho. O eminente constitucionalista lusitano preleciona que os princípios são normas de otimização, admitindo o balanceamento de valores; já as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência. Por isso, a convivência entre princípios é marcada por conflitos, enquanto que a das regras é antinômica - os princípios coexistem e as regras antinômicas se excluem⁸⁰.

Já Humberto Ávila, que segue uma classificação distinta, tem criticado enfaticamente a postura tradicional de se classificar a norma jurídica em regras e princípios. Sustenta o jovem jurista que as normas se dividem naquelas de primeiro grau e de segundo grau: no primeiro grupo, estariam os princípios, subdividindo-se em princípios em sentido estrito e em sobreprincípios, de acordo com a sua amplitude, e as regras; no segundo grupo (normas de segundo grau), estariam os denominados postulados, que, diferentemente dos princípios e das regras, não são normas de aplicação: são normas que orientam a aplicação das outras. Teriam os postulados, ainda, a distinção dos / enquanto que os princípios e as regras se destinam ao Poder Público e ao cidadão, ao contribuinte⁸¹.

Ainda para Humberto Ávila, as regras são normas imediatamente descritivas de comportamento, na medida em que descrevem o comportamento obrigatório, permitido ou proibido. Assim, possuem as regras maior rigidez⁸². Ao seu turno, os princípios são normas imediatamente finalísticas, estabelecendo um estado ideal das coisas, exigindo, por isso mesmo, a adoção de comportamentos cujos efeitos devem contribuir para a promoção gradual daquele fim. Segundo ele, os princípios vinculam-se mais intensamente com os outros princípios, justamente porque estabelecem um estado ideal das coisas⁸³.

⁸⁰ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 165 e ss.

⁸¹ Cf. Humberto Ávila. *Sistema Constitucional Tributário*, *op. cit.*, p. 38 e ss.

⁸² *Idem, ibidem.*, p. 40. O autor enfatiza a importância das regras no sistema tributário brasileiro, já que a Constituição se caracteriza pela atribuição de / regras, preexcluem a livre ponderação principiológica e exigem a demonstração de que o ente estatal se / 1

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 39.

Surge, no exame do assunto, a preocupação em identificar se uma norma é regra ou princípio, destacando-se o trabalho de mestrado de Ana Paula de Barcellos, da UERJ. A autora, após amplo debate, aponta os seguintes critérios de diferenciação: i) o conteúdo da norma; ii) a origem e a sua validade; iii) o compromisso histórico; iv) a função no ordenamento; v) a estrutura lingüística; vi) o esforço interpretativo exigido; e vii) a forma de aplicação. Para a mencionada autora, se a norma estiver mais próxima de uma idéia de valor, formando uma exigência de justiça, de equidade e/ou de moralidade, classificar-se-á como princípio. Por outro lado, se contiver um conteúdo diversificado e não necessariamente moral, estar-se-á diante de uma regra. Portanto, os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras⁸⁴.

Com efeito, é inegável a importância dos princípios jurídicos, normas que concretizam no ordenamento valores legitimados pela sociedade, não se podendo, por outro lado, desprezar a relevância das regras, normas também essenciais na operacionalidade do sistema.

Em assim sendo, regras e princípios, como espécies de normas jurídicas, como construções da interpretação dos textos, devem conviver harmonicamente, pois a cada uma das figuras o sistema atribui um papel determinado. Não se nega, todavia, que os princípios servem como um forte instrumento de evolução do direito, garantindo a própria legitimação do papel estatal na busca da harmonia proposta pelo sistema. Por sua vez, as regras são fundamentais na operacionalidade do sistema.

II. 4. Domínio econômico, mercado e concorrência

Afirma-se, demais disso, que são duas as significações mais importantes de domínio econômico: i) a primeira, como conjunto das atividades econômicas em sentido amplo; e ii) a segunda, como conjunto das atividades econômicas em sentido estrito⁸⁵. Há

⁸⁴ Cf. Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46-58.

⁸⁵ Cf. Tácio Lacerda Gama. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 229.

que se falar, portanto, em um conjunto das atividades econômicas, em sentido amplo ou estrito.

Eros Grau, ao tratar da distinção entre atividades econômicas em sentido amplo e estrito, menciona que os serviços públicos estão fora do âmbito da segunda significação, porque são prestados pelo Estado, em regime de direito público⁸⁶. Assim, o conjunto das atividades econômicas que importam ao domínio econômico, em sentido estrito, são aquelas relacionadas à produção e distribuição de bens e prestação de serviços no mercado, como assevera o professor Fabio Konder Comparato⁸⁷. Desse modo, ao se falar em domínio econômico, é preciso existir a referência à produção de riqueza⁸⁸.

No âmbito do presente trabalho, opta-se por tratar do domínio econômico como o conjunto de atividades econômicas próprias da produção e distribuição de bens e serviços no mercado. Por conseqüência, se o Estado passa a exercer alguma das atividades econômicas inerentes à noção de mercado, não se deixará de lado o regime jurídico próprio da iniciativa privada, salvo nas hipóteses em que o próprio sistema admita, como é o caso dos serviços públicos⁸⁹. E isso porque os serviços públicos têm um tratamento diferenciado, não podendo ser confundidos com as atividades econômicas em sentido estrito, que visam à produção de riquezas.

É essa, também, a lição de Luís Roberto Barroso quando explica a evolução da relação entre Estado e economia, diminuindo a cada dia a participação estatal no exercício das atividades econômicas em face da realidade do Estado brasileiro, que chegou ao final

/ / /
/ tado do regime militar, que impunha a prática de políticas equivocadas,
/

⁸⁶ Cf. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 141.

⁸⁷ Cf. Fabio Konder Comparato. *Ordem Econômica na Constituição Brasileira*. In: Revista de Direito Público. São Paulo: RT, n. 93, p. 256.

⁸⁸ Cf. Tácio Lacerda Gama. *Op. cit.*, p. 231.

⁸⁹ A questão será melhor analisada no item que trata da proibição constitucional quanto à concessão de privilégios às empresas públicas e de economia mista (v. princípios constitucionais da ordem econômica).

constitucionalista que a alteração da estrutura do Estado Econômico brasileiro,

por ruim que possa ser, não é uma opção ideológica, é uma inevitabilidade histórica. É preciso, assim, pela primeira vez na história do Brasil, *publicizar* o Estado, não importa o tamanho que ele tenha. Convém, nesse passo, refletir sobre o Estado que vamos construir, depois da indispensável desconstrução desse que, infelizmente, não cumpriu adequadamente o seu papel.⁹⁰

São dele, ainda, as seguintes ponderações:

A exploração da atividade econômica, por sua vez, não se confunde com a prestação de serviços públicos, quer por seu caráter de subsidiariedade, quer pela existência de regras próprias e diferenciadas. De fato, sendo o princípio maior o da livre iniciativa, somente em hipóteses restritas e constitucionalmente previstas poderá o Estado atuar diretamente, como empresário, no domínio econômico. Tais exceções se resumem aos casos de: a) imperativo da segurança nacional (CF, art. 173, *caput*); b) relevante interesse coletivo (CF, art. 173, *caput*); c) monopólio outorgado à União (v. g., CF, art. 177).

Como se viu no tópico anterior, a reserva de atividades econômicas à exploração direta e monopolizada da União foi substancialmente alterada e flexibilizada. E, quando não se trate de monopólio, o Estado deverá atuar diretamente no domínio econômico sob o mesmo regime jurídico das empresas privadas, como deflui do parágrafo 1º. do art. 173 da Carta Federal.⁹¹

Ainda da obra de Barroso, nota-se a importância das várias mudanças do Estado brasileiro, dentre as quais: i) a extinção de restrições ao capital estrangeiro; ii) a flexibilização dos monopólios estatais; iii) as privatizações; iv) as parcerias com a iniciativa privada⁹².

Um outro elemento é o correto conceito de mercado e sua importância para as relações econômicas e sociais. Nota-se que o mercado é tratado de diferentes formas, podendo-se destacar dois principais grupos de pensadores: i) aqueles que entendem que o

⁹⁰ Cf. Luís Roberto Barroso. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In: Direito e Regulação no Brasil e nos EUA. Organizador: Marcelo Figueiredo. São Paulo: Malheiros / Fundação Armando Álvares Penteado, 2004, p. 89.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 94.

⁹² *Idem, ibidem*, p. 89- 91.

- / efeitos são maiores do que os benefícios; ii) os que, em sentido completamente diverso, sustentam o mercado não é uma instituição como é a natureza, devendo ser regulado pelo Estado.

Uma considerável parte dos adeptos do *Law and Economics*, principalmente / - / devendo o Estado exercer pressões, que prejudicariam toda a estrutura do próprio sistema. Mesmo em situações de dominações de mercado, os elementos deste seriam suficientes / acabariam fornecendo aos consumidores produtos com preços mais competitivos, forçando a concorrência⁹³.

⁹³ Por oportuno, ratifique-se que o conceito de eficiência econômica é de grande utilidade na valorização do poder econômico como um dado estrutural do sistema. Relacionada à alocação de recursos na sociedade, a eficiência estará presente, em termos de doutrina econômica, quando qualquer alteração imponha alguém a uma situação mais vantajosa sem colocar os demais em situação desvantajosa. Referida situação, que é vista como hipotética por muitos, é conhecida como ótimo de Pareto.

Note-se, por exemplo, a crítica formulada por Hovemhamp, que menciona que até mesmo uma lei que estabelece sanções pela prática de ilícitos seria Pareto ineficiente, porquanto colocaria os responsáveis pelo comportamento previsto na norma em situação de desvantagem. Cf. Herbert Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*, p. 75. *Apud* Ana Maria de Oliveira Nusdeo. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175, nota 7.

Tendo em vista a sua difícil aplicação, formulou-se um conceito alternativo, denominado de Pareto-potencial ou Kaldor- / perdas, de modo a ser possível, em tese, co / Ana Maria de Oliveira Nusdeo (*op. cit.*, p. 176). Fala-se, então, em várias espécies de eficiência, dentre as quais a alocativa e a técnica ou produtiva, relacionada à produtividade empresarial. Analisa-se, assim, a produção das empresas a partir do emprego dos seus insumos, inferindo-se o grau de eficiência. Pela sua utilidade, em termos econômicos, o conceito de eficiência passou a ser utilizado por outras ciências, inclusive pelo direito, já que muitas das questões conflituosas da sociedade requerem uma solução adequada a partir da comparação dos benefícios e dos prejuízos. Em tal perspectiva, insere-se como fundamental o conceito de eficiência econômica para a escola da análise econômica do direito (*Law and Economics*), iniciado nos Estados Unidos, ainda na década de 60, apontando-se como marco inicial o artigo publicado por Ronald Coase, denominado *The Problem of Social Cost*. Segundo o autor, deve-se analisar a alocação de custos na sociedade através da proteção jurídica a certos interesses, examinando-se os efeitos dessa alocação em termos de eficiência. Como consequência, se os agentes transacionarem de modo racional, chegarão ao resultado mais eficiente, independentemente de como os direitos estejam definidos. Disso decorre, mais uma vez, a idéia de que o direito há de se relacionar intimamente com a economia, sob pena de ser totalmente ineficiente e ineficaz. O artigo de Coase, propondo a liberdade das negociações como forma de se alcançar o bem-estar social, passou a ser a maior referência no estudo da referida escola, inclusive falando-se na sua teoria como um parâmetro-base, denominado de Teorema de Coase. Com uma ampla evolução, a teoria do *Law and Economics* passou a provocar um deslocamento da ciência jurídica. Esta não deve, segundo a escola, pautar-se pela mera busca da justiça, mas para a persecução de resultados economicamente eficientes, já que o conceito de justiça, de equidade, são extremamente subjetivos, enquanto que o de eficiência é totalmente objetivo (Cf. Ana Maria de Oliveira Nusdeo, *op. cit.*, p. 178). Desse modo, para a suscitada linha de estudos, as questões subjetivas deveriam ficar adstritas à política, e não ao direito, que

Ao criticar severamente a regulação excessiva do mercado, a Escola de Chicago, capitaneada por estudos de George Stigler, Richard Posner e Gary Becker, enfatiza a importância do controle dos custos de transação e dos direitos de propriedade para o funcionamento de uma economia verdadeiramente livre. Seria perverso, portanto, para os adeptos de tal corrente, a regulação excessiva da economia, porquanto as falhas políticas seriam, sempre, maiores do que as falhas econômicas, que, num estado livre, tendem a se regularizar, *per se*, com os próprios movimentos econômicos⁹⁴.

No mesmo sentido da Escola de Chicago, manifestou-se, no Brasil, Cristiano Carvalho, aduzindo que toda vez que o sistema regula o mercado há a geração de mais danos do que benefícios⁹⁵.

Na segunda corrente, defendendo que o mercado não pode ser confundido com o mero estado da natureza, no sentido de se tratar de uma situação irracional de conflito permanente e anárquico de todos contra todos, coloca-se o pensamento de Moncada⁹⁶. Para o autor, o mercado pode ser caracterizado como o resultado da vontade do próprio legislador, diferente, portanto, da concepção correspondente ao período liberal.

precisa ser útil na solução dos conflitos econômicos e sociais. E não obstante sujeito a enormes críticas, o *Law and Economics* é indubitavelmente útil para a evolução do pensamento jurídico, na medida em que impõe uma reflexão sobre os resultados que devem ser alcançados pelas trocas entre os agentes econômicos, colocando-se o direito como sistema de base. Conclui-se, portanto, que o conceito de eficiência é necessariamente utilizado na concepção da introdução de medidas do Estado na busca da ordem econômica proposta na Constituição. Em outras palavras, o Estado, ao incentivar, através de estímulos fiscais ou financeiros, o fomento das atividades empresariais, deve examinar a eficiência de suas medidas.

⁹⁴ Cf. Gesner Oliveira & João Grandino Rodas. *Direito e Economia da Concorrência*, cit., p. 311.

⁹⁵ linguagem da Teoria dos Sistemas, a mão invisível é o mercado homoestático que regula o sistema econômico. Entretanto, apenas numa economia de livre mercado, ou seja, não regulamentado, é que esse mecanismo será eficiente. A questão da divisão do trabalho, exposta por Smith, é que possibilita a complexidade ensejadora da auto-regulação e auto-reprodução dos atos econômicos. A lei da oferta e da procura, por sua vez, mostra como funciona a homoestase econômica. [...] Por isso que, pelo menos num mercado não regulamentado, a tendência será sempre a de equilíbrio entre oferta e demanda. Cabe salientar que em qualquer sistema dinâmico não pode haver equilíbrio total, pois isso seria contraditório. [...] há sempre uma *tendência* ao equilíbrio, mas nunca o equilíbrio total, que equivale à estagnação sistêmica; apenas sistemas estáticos podem ter algo como total equilíbrio. Quando o Estado interfere demasiado no mercado, a tendência inclina-se em outra direção, qual seja, de instabilidade crescente. A experiência já mostrou que sempre que se tentaram planos exacerbados de controle da economia os resultados foram opostos aos que se pretendiam. Um exemplo são os malfadados 'choques' tantas vezes utilizados pelos

⁹⁶ Cf. Luís S. Cabral de Moncada. *Op. cit.*, p. 33.

Assim sendo, o mercado deveria ser encarado do ponto de vista dos critérios de justiça social, devendo o Estado possibilitar a existência de um efetivo mercado, sendo fundamental a sua intervenção para fomentar, corrigir, controlar e conformar o funcionamento espontâneo da decisão econômica privada⁹⁷. Não haveria, portanto, espaços para a liberdade irrestrita, que acarretaria em mais problemas do que benefícios à coletividade.

Também não se admitiria, na atualidade, a intervenção total do Estado, suprimindo a idéia básica de liberdade (livre iniciativa e livre concorrência)⁹⁸. Caberia ao Estado regular para manter o nível necessário de normalidade, ou seja, um *status* que ofereceria aos agentes econômicos e aos consumidores condições de convívio sem violação aos preceitos constitucionais.

No âmbito do presente estudo, adota-se o pensamento intermediário, ou seja, nem deve o Estado tudo regular, nem pode deixar o mercado à margem de seu poder (político), pois, de uma forma ou de outra, surgem prejuízos irreparáveis ao sistema.

Veja-se, então, um exemplo concreto no Brasil: empresas que exercem atividades de fornecimento de concreto têm sofrido no mercado com a prática de preços predatórios por parte de grandes grupos econômicos, que controlam a própria industrialização de insumos. Na hipótese de se adotar a idéia pura da Escola de Chicago, a possível concentração econômica seria motivada pela eficiência empresarial dos grandes grupos e acabaria com a entrada, no mercado, de outros concorrentes, que começariam a praticar preços competitivos. O Estado, no caso, deveria apenas facilitar a entrada de novos agentes no mercado. O problema, analisado o caso brasileiro, em específico, é que se o sistema não reprimir a prática dos preços predatórios, não se põe em risco apenas a concorrência das empresas; mais, põem-se em risco todos os empregos das empresas,

⁹⁷ *Idem, Ibidem*. Esclarece o autor que o mercado não pode ser apenas o que representa a iniciativa privada, porque esta, à luz dos fundamentos da mais moderna concepção do Estado, há de ser controlada, para possibilitar a existência de condições favoráveis à sociedade como um todo.

⁹⁸ O professor Fábio Nusdeo muito bem explica as razões que levaram à crise da regulação estatal da economia como ocorria logo após o liberalismo, mencionando também que a fronteira entre o setor público e

cujos funcionários precisam sustentar suas famílias, pagar o estudo de seus filhos etc. Em outras palavras, se o Estado não regular a atividade econômica, precisará o mercado esperar um certo tempo para a sua natural correção. E enquanto isso, empregos estariam sendo excluídos, quando é outro o objetivo da Constituição Econômica.

Nota- / /
1 D / /
estruturas. Como decorrência, valoriza-se a eficiência econômica, cujo correto conceito não pode ,/
dos próprios efeitos do desemprego no sistema.

Há de se questionar, ainda, qual é o conceito de mercado, se este é único ou comporta subdivisões. Dedicando-se ao exame das teorias da regulação econômica, Richard A. Posner, da já citada Escola (Universidade) de Chicago, chama a atenção para a possibilidade de o Estado impor tributação com fins de intervenção. E enfatiza a dificuldade de serem identificados os efeitos da regulação econômica, com um simples exemplo de um imposto sobre combustíveis, que pode ajudar o setor de transporte ferroviário mas prejudicar outros. Assim, torna-se cada vez mais complexa a análise do mercado que se beneficia⁹⁹. Há, pois, vários mercados, dentro do sistema econômico, o qual se apresenta cada vez mais dinâmico.

Pernomian Rodrigues faz, a esse propósito, um interessante questionamento: se o mercado é instituição do modo capitalista de produção seria correto falar-se em limites para o mercado? E adiante lança as seguintes ponderações, aqui sucintamente expostas: i) o mercado não passa de uma instituição criada pelas trocas e disciplinada pelo direito; ii) não é um ente com vida própria capaz de impor comportamentos e subjugar seus participantes; iii) a imagem do mercado como um ente (ser) onisciente, onipresente e onipotente, livre de influências e de controles pelos seus participantes, é um equívoco; iv) três valores básicos são cultuados pelos defensores do mercado, tendo o Estado a função

⁹⁹ Cf. Richard A. Posner. *Teorias da Regulação Econômica*. Tradução: Mariana Mota Prado. In: *Regulação Econômica e Democracia* o debate norte-americano. Coordenação: Paulo Mattos. São Paulo: editora 34, 2004, pp. 49 e ss.

de estabelecer os seus parâmetros de c-6(o)-6(o)-lsthê(o)ncia e harm-6(39(ni)18(z)4(a)4(ç)4(ã)4(-6(o)-:)-13

6(o)-pressã-6(o)-, vale lembrar, é adaptaçã- da palavra ~~data~~ ~~6~~ ~~JTJETBT1~~ ~~0~~ ~~0~~ ~~1~~ ~~82.22~~ ~~627.55~~ ~~Tm~~ ~~f~~ ~~9~~ ~~9~~ ~~6~~ ~~6~~ ~~JT~~

entrada, n

natural). Em outras palavras, sem uma concorrência verdadeira, o sistema econômico fica sujeito às manipulações por parte dos agentes econômicos. E os prejuízos não se limitam, em tais casos, aos consumidores e agentes prejudicados: vão além, influenciando nas estruturas do próprio Estado.

Por todos os elementos vistos é que se afirma que o direito concorrencial tornou-se instrumento central da política econômica, tantos dos países desenvolvidos, como dos em desenvolvimento. E na medida em que os mercados vão se tornando mais abertos, surge a maior necessidade de assegurar sua competitividade¹⁰⁴. Assim, é correta a afirmação de que a concorrência se tornou uma dimensão essencial do mercado, resultando na liberalização do mercado, na necessidade de serem postas em prática políticas e leis da concorrência sólidas e eficazes, já que constituem os instrumentos essenciais para se assegurar o bom funcionamento do mercado e a proteção dos consumidores¹⁰⁵.

Ademais, o mercado, para evitar distorções em face dos valores propostos pela ordem econômica, deve ser protegido das práticas abusivas do poder econômico, já que estas criam disfunções ao impedir que o sistema econômico seja atendido corretamente. Por tais fundamentos, tem o Estado o papel de regular - a liberdade absoluta de atuação dos agentes econômicos.

Robert Cooter e Thomas Ulen, dedicando-se ao equilíbrio do mercado e à sua importância, explicam como interagem os consumidores e os produtores. Assim é que, enquanto os primeiros maximizam a utilidade (*utility-maximizing*), os segundos se dedicam ao aumento da lucratividade (*profit-maximizing*). De acordo com os referidos autores, o mercado tem estruturas diferentes quando há competitividade real e quando existem monopólios. E há duas realidades extremas: i) o equilíbrio do mercado, com a competição perfeita; e ii) o mercado monopolístico (*Monopolistic Market*). Nessa

¹⁰⁴ Cf. Frédéric Jenny. Prefácio in: Gésner Oliveira e João Grandino Rodas. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹⁰⁵ Cf. Ana Roque. *Regulação do Mercado – novas tendências*. Lisboa: Quid Júris, 2004, p. 33-35.

hipótese, como há apenas um fornecedor, a firma e a indústria são idênticas, já que estão no mesmo elo da cadeia¹⁰⁶.

Destarte, identificam-se em algumas falhas dos mecanismos de mercado, que devem ser diminuídas e, se possível, suprimidas, quais sejam: i) mobilidade dos fatores; ii) acesso à informação; iii) concentração econômica; e iv) externalidades¹⁰⁷.

Inicialmente, deve o Estado garantir o funcionamento do mercado permitindo que se conformem a oferta e a demanda de produtos e serviços. Se houver alguma dificuldade no desenrolar de tal realidade, tornar-se-á necessária a intervenção estatal, através de estímulos para a possível mudança dos comportamentos dos agentes econômicos.

Da mesma forma, o acesso à informação é fundamental para o correto desenrolar das relações econômicas, devendo o Estado estimular os comportamentos dos agentes para a divulgação das informações e, de maneira distinta, regular através de normas de efetiva direção.

Por outro lado, se consideram externalidades os custos e os ganhos da atividade privada que, por uma falha do mercado, são suportados ou fruídos pela coletividade, no lugar de quem os causou¹⁰⁸. São, pois, efeitos positivos e/ou negativos que passam a ser computados por agentes diferentes dos que os geram.

Como observa Brian H. Bix, a importância das externalidades se dá na necessidade de intervenção estatal para corrigir as conseqüências de determinado fato que modifica o modo de se exercerem as atividades, muitas vezes inviabilizando determinadas atividades econômicas por fatores estranhos aos mecanismos que configuram a livre concorrência¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Cf. Roberto Cooter e Thomas Ulen. *Op. cit.*, p. 33 e ss.

¹⁰⁷ Cf. Luís Eduardo Schoueri. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica, cit.*, p. 74-78.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 76.

¹⁰⁹ Cf. Brian H. Bix. *A Dictionary of Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 65.

Pelo exposto, depreende-se que, para evitar prejuízos ao sistema, deve o Estado regular as atividades econômicas, impondo barreiras ao controle do mercado, que, principalmente em economias em desenvolvimento, são nocivas à proteção dos valores estatuídos na ordem constitucional. Para isso, são evidentemente fundamentais os princípios da ordem econômica.

II. 5. O poder econômico – um dado estrutural da ordem econômica na busca do desenvolvimento econômico

O tema proposto na presente dissertação não pode ser corretamente examinado sem que se analise o poder econômico, partindo-se da premissa de que ele corresponde a um elemento fundamental na busca da ordem econômica normativa. Algumas notas a seu respeito, portanto, serão tecidas a seguir.

III. 5. 1. Uma breve digressão sobre a noção de poder

Em continuidade ao desenvolvimento do tema, torna-se impreterível mencionar que o presente estudo parte da premissa de que o poder é matéria-prima de qualquer relação social, não devendo, por isso mesmo, ser referido como algo negativo, tornando-se importante desmistificar e retirar o caráter pejorativo do termo, empregado na literatura em geral e tão repudiado por muitos¹¹⁰.

As pessoas, em regra, têm a idéia de que o poder representa a capacidade de se levar alguém a fazer algo do interesse de seu detentor (poder). Daí a relação que geralmente se faz com a submissão, aparecendo o poder sempre como algo opressor. Contudo, é de se concordar com a proposição de que o poder é componente das relações sociais.

¹¹⁰ Sobre essa premissa e acerca da importância do poder econômico, cf., em especial, José Roberto Pernomian Rodrigues. *O Dumping como Forma de Expressão do Abuso do Poder Econômico: Caracterização e Conseqüências*. Tese de doutoramento apresentada perante a Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, s/d, p. 12.

O que deve ser considerado é que o poder é algo imanente às relações sociais e, de alguma forma, sempre se estará diante de uma relação de poder, pela própria interação humana¹¹¹. Normalmente, tal interação se apresenta por influências de determinados sujeitos em relação a outros. E nas relações sociais, os sujeitos não conseguem ocupar a mesma posição uns dos outros. Logo, estão os atores sociais aptos a desempenharem mais de um papel ao mesmo tempo, exercendo influências de acordo com suas circunstâncias individuais.

Note-se que um mesmo sujeito pode ser obrigado a receber ordens numa empresa, mas, na mesma empresa, emitir ordens aos seus subordinados. Estará ele recebendo influências numa situação e exercendo outras no momento subsequente. Por tal razão se diz que a equação de poder¹¹², qualquer que seja a concepção a se adotar, deve levar em conta os vários papéis dos sujeitos sociais, dos atores sociais. Amplas, portanto, são a abrangência e o sentido do signo poder, pois este pode existir de várias formas, já que estará ligado à noção de influência, à capacidade de influenciar pessoas (poder de decisão).

Não obstante tal concepção seja caracterizadora do que representa o poder, este também é, regularmente, relacionado à existência e às funções do Estado ou do Governo. Há quem afirme, nesse sentido, que o poder representa uma força imanente do Governo para atingir suas finalidades — direito de ordenar, de fazer-se obedecer¹¹³.

Entretanto, o poder não é apenas algo relacionado ao Estado e ou ao Governo. Isso, aliás, fica claro quando se analisa uma relação entre dois sujeitos sociais, sem a

¹¹¹ III / III
família, funcionário da administração de determinado nível, membro de associações várias, fiscal da câmara, membro de um grupo de amigos ou de jogadores, etc. Cada um destes meios o obriga a entrar numa <personagem>, a adoptar condutas diversas, conforme estiver com a família, no escritório, entre funcionários do seu nível, superiores ou inferiores, com os amigos, numa reunião do conselho municipal. A multiplicidade dos papéis de cada pessoa vem ainda reforçar a imagem do sujeito social como actor que tem que se meter sucessivamente na pele de personagens diferentes, realizar as tarefas de cada um, responder às expectativas das outras pessoas ligadas a cada uma dessas posições e adoptar como guias de acção normas

1 1 I *Sociologia Geral*. V. 1. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1982, p. 81-86.

¹¹² Cf. José Roberto Pernomian Rodrigues. *Op. cit.*, p. 15.

¹¹³ Cf. D. Torrieri Guimarães. *Op. cit.*, p. 440.

participação estatal/governamental. Um dos atores sociais pode, por exemplo, impor uma conduta ao outro, e este se influenciar ou ter que a ela se sujeitar, tudo de forma legítima, pois se não mais quiser, poderá não fazê-lo.

Razão, pois, não há para se limitar o poder às funções e à existência do Estado. Em verdade, o poder pode, como dito, se apresentar de várias formas, inclusive através do Estado. Mas é algo mais amplo que o Estado, por se tratar de uma relação social, que se apresenta em qualquer interação humana. O poder não é um ser, algo que se adquire, se divide ou se deixa escapar, mas um conceito atribuído a um corpo de relações existentes em todo o tecido social¹¹⁴.

Em síntese, adota-se a noção de que o poder pode ser relacionado às seguintes sentenças: i) é a capacidade de influenciar pessoas (poder de decisão); ii) é a representação das funções e à existência e às ações do Estado; e iii) é a capacidade de impor mudanças no âmbito jurídico, neste incluído o processo econômico. Veja-se, ainda, que o signo poder poderá sempre ser tratado através de outras expressões, tais como: i) dominação; ii) força; iii) superioridade; iv) autoridade; v) influência. Contudo, pode-se ter uma noção equivocada de poder justamente pela relação que se faz com tais termos. O poder, partindo-se da idéia de que se trata de algo imanente às relações sociais, pressupõe uma interação entre dominação e subordinação¹¹⁵.

Como as relações sociais são dinâmicas, modificando-se constantemente, os processos de dominação e de subordinação também se alteram no tempo, dentro do grande sistema social. Explicando tal fenomenologia, Pernomian Rodrigues menciona a característica da mobilidade, já que imaginar a manutenção dos lugares de dominação e de subordinação só é possível por meio de um corte na realidade que isole o momento analisado; fora disso o jogo do poder implica, necessariamente, mobilidade¹¹⁶.

¹¹⁴ Cf. Gerard Lebrun. *O que é Poder*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 20.

¹¹⁵ Cf. José Roberto Pernomian Rodrigues. *Op. cit.*, p. 60.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 61.

Essa é a razão para o referido pesquisador relacionar poder com legitimidade. Para ele, o poder há de se inserir no conceito de legitimidade, devendo haver uma conformação entre os sujeitos ativo e passivo de tal relação social. Dessa forma, a legitimidade do exercício do poder é algo que diferencia o poder enquanto representação da dominação natural, da força, pois pressupõe a aceitação, pelo sujeito passivo, da influência do sujeito ativo.

Portanto, diferenciam-se força e dominação, porque para o primeiro termo a relação é de ordem ilegítima, uma vez que o sujeito passivo não se influencia, enquanto que para a segunda acepção, surge a obediência como critério externo do sujeito passivo, que reconhece a relação de poder, sua necessidade, aceitando-a¹¹⁷.

Como consequência, diz-se que a obediência coletiva é indispensável para a existência da relação de poder. Caso contrário, estar-se-á diante de uma relação de força, distinta do que representa o poder como algo presente em qualquer relação social. Assim, com a obediência coletiva, uma insubordinação individual não será suficiente para extinguir a relação de poder, aqui surgindo a possibilidade de imposição de sanções para a garantia de que determinados comportamentos serão tomados¹¹⁸.

Relativamente às características da relação de poder, podem ser apontadas as seguintes: i) a capacidade de impor, em sentido amplo, vontades; ii) tratar-se de fenômeno social, pois mesmo em outros âmbitos as suas repercussões serão impostas ao social também, como regra; e iii) tratar-se de relação bi e/ou multilateral. Note-se que uma relação social não pode existir com apenas um sujeito, sendo imprescindível que existam dois ou mais sujeitos: o que exerce sua influência pode ser denominado sujeito ativo; o que se subordina, que recebe a influência, pode-se dizer sujeito passivo.

Destaque-se, por fim, que poder e direito mantêm uma relação de grande e constante tensão. Tal se verifica, especialmente, no campo da tributação, em que se impõe

¹¹⁷ Cf. José Eduardo Faria. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978, p. 76.

¹¹⁸ Cf. José Roberto Pernomian Rodrigues. *Op. cit.*, p. 64.

ao cidadão o dever de auxiliar o Estado com a transferência de parte de suas riquezas. O poder de tributar, todavia, pode ser visto atualmente como o direito de tributar, pois passou de um instrumento de dominação social para um preço da própria liberdade social, para a estruturação do Estado. Nesse sentido, observa-se que ao se sujeitar aos limites do direito, o poder de tributar se transformou num direito do Estado¹¹⁹.

Diz-se, então, que, com a evolução das relações jurídicas, foi ocorrendo a progressiva jurisfação do poder de tributar, passando a constituir o chamado direito de

1¹²⁰

III. 5. 2. Poder econômico

Refere-se a poder econômico quando se analisa uma relação de poder no âmbito das relações econômicas. Por poder econômico tem-se expressão de natureza política, que simboliza a força no âmbito dos interesses econômicos. É, pois, a representação do signo capacidade, que é elemento nuclear do poder econômico, seja a ação praticada e/ou planejada.

Através do que se denomina de poder econômico, tem-se uma forma de expressão do poder que valoriza determinados aspectos patrimoniais, como a propriedade, a livre iniciativa, a livre concorrência, o desenvolvimento econômico e o próprio trabalho.

¹¹⁹ Cf. Walter Barbosa Correa. *Tensão entre Direito de Tributar e Poder de Tributar no Direito Tributário Brasileiro*. In: *Direito Tributário: estudos em homenagem ao Professor Ruy Barbosa Nogueira*. Coordenador: Brandão Machado. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 205. O autor, ao se basear nas lições do III E a Nogueira esclarece que 'o fenômeno da tributação passou a ser juridicizado e realizado dentro da legalidade'. Assim, o eminente autor parece colocar-se na esteira dos que aceitam ter o fenômeno da tributação nascido com o poder de tributar, transformando-se, com o tempo, no exercício do direito de tributar. Aquele excerto releva ainda que, no âmago do pensamento de todo estudioso do direito tributário, sempre está a excitar a preliminar questão da prevalência ou precedência dos referidos conceitos, um rel 1

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 208. Fez um alerta importante o ilustre professor da Universidade de São Paulo, no sentido de que na linguagem jurídica persiste o emprego indiscriminado da expressão poder de tributar, querendo significar essa força juridicizada, ou seja, o próprio direito de tributar. E em suas conclusões,

exercício da tributação, mediante a força de um poder ilimitado; o outro, o exercício da tributação mediante

1 *Idem, ibidem*, p. 217.

Caberá ao sistema social global, através do sistema jurídico, definir como será a relação do poder econômico com as relações econômicas, com os sistemas econômicos. Nesses, pode-se estimular de forma aberta aquele ou limitá-lo. E tudo, ressalte-se, sujeitar-se-á aos modelos teóricos assumidos em cada Estado.

Nos sistemas econômicos contemporâneos, em que se observa uma notória influência dos modos de produção capitalistas, o poder econômico se refere à própria liberdade, à livre iniciativa, à livre concorrência e à força da economia. São valores consagrados, por exemplo, no Brasil, que possui um sistema jurídico que lhes serve de base. Veja-se, a propósito, que sem a base do direito (aqui, no sentido de estrutura do sistema), poder-se-ia limitar o poder econômico, mantendo-o coletivizado, dentro do Estado, em grau de reserva.

Observa-se, então, que o poder econômico é recepcionado pela ordem jurídica brasileira como um dado estrutural, afastando-se a idéia de anomalia, uma vez que seu exercício é legitimado em razão de sua função social e não como um mero direito subjetivo. Assim sendo, juridicamente, o poder econômico tem o seu exercício legitimado pelos benefícios que ele poderá vir a trazer no campo econômico e social.

O direito brasileiro, nesse sentido, serve de alicerce para uma economia de mercado, notadamente influenciada pelos movimentos capitalistas e liberais. Todavia, não valoriza somente os elementos de tais movimentos, pois, como já se registrou no decorrer do presente estudo, o seu sistema pode ser considerado dual, por também proteger direitos sociais, que, numa análise teórica mais profunda, seriam incompatíveis com um sistema totalmente capitalista. Ultrapassada essa fase de sistemas que se prendiam a um grupo de valores específicos, os diferentes valores se concretizam juntos, através de princípios aparentemente contraditórios¹²¹. Mas só aparentemente, porquanto, se tem um capitalismo socializado, que determina um limite para a propriedade, para a livre iniciativa.

¹²¹ Cf. Oscar Dias Corrêa. *O Sistema Político-Econômico do Futuro: O Societarismo: Liberalismo, Comunismo, Marxismo, Coletivismo, Socialismo, Solidarismo, Socialismo Liberal, Capitalismo, Neoliberalismo, Liberalismo Social*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 34.

Balizando o já exposto, Sérgio Varella Bruna afirma que o exercício do poder econômico será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos sociais por ela visados¹²². Dentro dessa afirmação, pode-se concluir que se o poder econômico vier a colidir com normas maiores dentro da ordem econômica vigente, prevalecerão os interesses coletivos, uma vez que não se aceitará a supressão das liberdades de outros indivíduos.

Passadas tais ponderações, constata-se que o Brasil está estruturado num sistema que não coíbe o poder econômico. Por estar relacionado a valores que são concretizados expressamente no país, através de normas constitucionais, o poder econômico é, ao contrário, estimulado, incentivado como um pilar do desenvolvimento econômico nacional, que deve servir para a solução dos problemas sociais. Quem pensar diferente, registre-se, estará desprezando o fenômeno econômico contemporâneo, que é a base atual das relações sociais. Não há local no mundo contemporâneo que não se sujeite às relações de cunho econômico. Com particularidades de cada Estado, de cada região, a economia será sempre referência do sistema social.

A própria função da Constituição, conforme a lição de Celso Ribeiro Bastos, é a regulação jurídica do poder, inclusive o próprio poder do Estado, e de forma especial os demais poderes sociais, como o poder econômico. É do saudoso jurista a seguinte ponderação:

Se perguntarmos qual o objeto fundamental com que se defronta uma Constituição vamos encontrar uma só resposta: a regulação jurídica do poder. [...] O poder é tido como um dos três incentivos fundamentais que dominam a vida do homem em sociedade e rege a totalidade das relações humanas, ao lado da fé e do amor, unidos e entrelaçados, segundo Lowestein. [...] O poder não se confunde com a mera força física porque esta suprime no seu destinatário a própria vontade, o que não significa dizer que no exercício do poder não exista coercitividade. Pelo contrário, ela estará sempre presente, embora possam ser muito diferentes as sanções em que pode incidir aquele que enfrenta o poder. [...] Assim, com essa extensão, o poder extravasa o campo de interesse de uma Constituição, para quem interessa mais diretamente o poder político. Para a inteligência deste, urge lembrar que em toda organização ou sociedade há que

¹²² Cf. Sérgio Varella Bruna. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 147.

comparecer certa dose de autoridade para impor aqueles comportamentos que os fins sociais estejam a exigir. Nesse sentido o poder político não é outro senão aquele exercido no Estado e pelo Estado. Há inegavelmente algumas notas individualizadoras do poder estatal. A que chama mais atenção é a supremacia do poder do Estado sobre todos os demais que se encontram no seu âmbito de jurisdição. A criação do Estado não implica a eliminação desses outros poderes sociais: o poder econômico, o poder religioso, o poder sindical etc. Todos eles continuam vivos na organização política. Acontece, entretanto, que esses poderes não podem exercer a coerção máxima, vale dizer, a invocação da força física por autoridade própria. Eles terão, sempre, de chamar em seu socorro o Estado. Nessa medida são poderes subordinados.¹²³

Pelo exposto, tem-se que o poder econômico, para o ordenamento jurídico, é um dado estrutural, e não uma anomalia, já que é objeto de uma relação legítima, em que as partes envolvidas se conformam sem manipulações. O poder econômico é importante na ordem social por aquilo que representa de socialmente valioso, em razão da função social que lhe é estabelecida¹²⁴.

Desse modo, as atividades econômicas, dentro do domínio econômico, visando ao mercado, devem ser condicionadas pelos fundamentos sociais, e não apenas pela perseguição de lucros, do aumento individual da riqueza.

A Constituição, ao proteger a livre iniciativa e a livre concorrência, valoriza as técnicas de produção relacionadas às atividades empresariais, em face do próprio movimento global de outorgar o exercício dos negócios aos particulares, reservando ao Estado o papel de agente regulador-orientador.

Mas a Constituição, quando dispõe a respeito da ordem econômica, não valoriza a livre iniciativa e a livre concorrência em si mesmas, mas o quanto elas representam na busca do que é socialmente valioso¹²⁵. Em outras palavras, tais princípios constitucionais econômicos levam à função social da empresa no sistema. Fala-se, inclusive, que tal

¹²³ Cf. Celso Ribeiro Bastos. *Poder. In: Comentários à Constituição do Brasil. V. 1. Autores: Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 146-147.*

¹²⁴ Cf. Sérgio Varella Bruna. *Op. cit.*, p. 144.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 137.

constitui também um princípio da ordem jurídica, como corolário da função social da propriedade¹²⁶.

A propriedade da empresa tem um sentido bastante amplo, envolvendo também o papel desenvolvido pelas pessoas (o trabalho humano) e não apenas bens, no sentido tradicional do conceito. A empresa, pois, é uma associação entre capital e trabalho, alcançando o conceito de propriedade, aqui, um evidente dinamismo.

A propriedade, antes uma proteção à subsistência humana, ganha também um novo componente quando relacionado à função social da empresa, das atividades econômicas: passa a aglutinar outros elementos, como a garantia do emprego e de um salário justo, por exemplo¹²⁷.

De um lado, admite-se, no sistema, a liberdade das atividades empresariais, mas de outro se impõe que as empresas cumpram o seu papel, desenvolvendo a economia, empregando as pessoas e auxiliando na resolução dos conflitos sócio-econômicos. Assim, a liberdade empresarial há de ser exercida objetivando o lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social. O lucro, por isso mesmo,

não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas como prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresária, segundo as finalidades estabelecidas em lei. A liberdade de iniciativa, destarte, mais do que uma garantia individual, passa a servir a uma *técnica de produção social*, dentro da qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos.¹²⁸

Destarte, o poder econômico é exercido através do poder de controle empresarial, que envolve um direito- / / / poder
/ 1¹²⁹

¹²⁶ Cf. Eros Roberto Grau. *Op. cit.*, p. 112.

¹²⁷ Cf. Fábio Konder Comparato. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. In: RDM 63/71, p. 73.

¹²⁸ Cf. Sérgio Varella Bruna. *Op. cit.*, p. 141.

¹²⁹ Cf. Fábio Konder Comparato. *Op. cit.*, p. 395. *Apud* Sérgio Varella Bruna, *op. cit.*, p. 143.

Relaciona-se o poder econômico, por isso mesmo, à função social da empresa, porque deterá o primeiro o agente que conseguir se manter no mercado regularmente, sem manipular os acontecimentos do processo econômico que é típica manifestação do abuso do poder econômico, infração à ordem econômica.

Às empresas, então, cabe o desenvolvimento da economia nacional, aqui entendido como a modernização conjunta com a proteção dos valores sociais, como a busca pelo emprego, a valorização do trabalho, a dignidade da pessoa humana, dentre outros. Não se trata, como se registrou anteriormente, de uma mera modernização, mas de um efetivo desenvolvimento sustentável.

A partir de tais pontos, depreende-se a importância do poder econômico na busca da ordem proposta pela Constituição, que, conciliando valores, tratou de atualizar, para o período contemporâneo, de globalização das relações jurídicas e econômicas, o conceito de desenvolvimento econômico.

Ainda sobre isso, é de se verificar que o conceito de poder econômico é de evidente importância na correta exegese dos princípios da ordem econômica, já que diz respeito ao direito das empresas e dos profissionais de se manterem no mercado, com conseqüências diretas sobre as relações econômicas, com repercussão sobre a concorrência, a proteção do consumidor etc.

A relação entre o poder econômico e a livre concorrência, mais do que nunca, deve ser controlada. Veja-se, a propósito, a opinião de Sérgio Varella Bruna:

[...] poder econômico e concorrência expressam entre si uma relação antiética: a concorrência perfeita pressupõe a inexistência de qualquer grau de poder econômico. Entretanto, paradoxalmente, a ordem econômica estabelece um regime concorrencial de mercado a se perseguir, ao mesmo tempo em que admite o poder econômico como um dado estrutural. Trata-se, pois, de uma questão de *meio-termo*, que se resume a indagar, com esteio em Chamberlin, que nível de poder econômico aceitar, e com qual grau de controle social?

Abre-se, assim, espaço para a doutrina econômica e para seus analistas, no campo da disciplina *antitruste*, fundamentalmente centrada na perspectiva

da *eficiência econômica*, área do conhecimento humano em que, não raras vezes, há profundas discordâncias entre as diversas teorias elaboradas para a explicação do fenômeno social. A análise de conveniência de admitir-se um certo grau de poder econômico e, portanto, um certo nível de restrição à concorrência, além de casuística, variará conforme a ideologia econômica prevalente e, inevitavelmente, segundo as características pessoais dos diversos analistas. Todavia, o que se há de perquirir é se o poder econômico, num dado caso concreto, enseja maior ganho social relativamente ao regime concorrencial. Tal não deixa de ser, em termos mais simples, uma avaliação à luz do critério de *custo-benefício*, a qual, se favorável, resultará na admissão da licitude do poder econômico. [...] ¹³⁰

Em sendo assim, como tudo o que forma o sistema, os elementos precisam ser conciliados. E isso ocorre com o poder econômico e a livre concorrência, já que se por um lado é necessária a permanência dos agentes no mercado, por outro os agentes precisam ter condições de se desenvolver, gerando efeitos positivos nos campos social e econômico. Diz-se, a partir de tais argumentos, que o poder econômico é importante e constitui um dado estrutural do sistema em face de representar a força dos agentes no exercício legítimo das atividades econômicas, preocupadas também com os problemas sociais.

A parcela de riqueza que cabe às empresas deve guardar proporções com o seu papel na ordem social, devendo-se enfatizar o quanto importante é a eficiência econômica. Depreende-se, pois, que o poder econômico é um dado de eficiência econômica, devendo, para manter-se legítimo, servir para a busca dos objetivos do Estado brasileiro, especialmente o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais e regionais, corolário daquele.

¹³⁰ Cf. Sérgio Varella Bruna. *Op. cit.*, p. 174.

III. A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS COMO PRINCÍPIO E COMO OBJETIVO DO ESTADO BRASILEIRO – SUA RELAÇÃO COM A ORDEM ECONÔMICA NORMATIVA

III. 1. Desenvolvimento econômico

O art. 170 da Constituição proclama, de forma explícita, os valores buscados pela ordem econômica¹³¹. Por ser, então, um dispositivo que contém dispositivos relacionados a valores buscados pela ordem, consagra, na verdade, princípios jurídicos. Não é apenas o art. 170, entretanto, que cuida do processo econômico, dos problemas sociais. Outras partes da Constituição também revelam a preocupação do Estado com o bem-estar econômico e social, inclusive quando são expostos os objetivos nacionais, dentre os quais o desenvolvimento econômico¹³².

No mesmo diapasão, verifica-se o art. 180 da Constituição, que estabelece que os entes federativos devem incentivar o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico¹³³. E ainda a respeito do processo econômico, veja-se o teor dos arts. 172, 173, 174 e 175 da Constituição¹³⁴.

¹³¹ D 14 31D / /
fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 06/95) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos

¹³² D 1 6 1 E - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer ou 1

¹³³ D 14; 31D / / 1
¹³⁴ D 14; 51D / / investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo

Desse modo, pelo que propõe a Constituição, o sentido da busca pelo desenvolvimento econômico se trata de uma efetiva mudança na situação atual da economia nacional¹³⁵. O desenvolvimento, como adiantado alhures, deve ser entendido como um estado de equilíbrio na produção, distribuição e consumo de riquezas. Assim, nenhum Estado pode ser considerado desenvolvido se mantiver uma estrutura social caracterizada por vertentes simultâneas de riqueza e pobreza.

O signo subdesenvolvimento, como leciona Yves Lacoste, difundiu-se amplamente logo após a Segunda Guerra Mundial, falando-se que os países em tal situação não para a sua sobrevivência. Para tanto, suscita o autor francês alguns critérios para aferir-se se um Estado é subdesenvolvido ou não, dentre os quais: insuficiência alimentar; forte proporção de analfabetos; doenças de massas; recursos negligenciados; fraqueza das classes médias; industrialização incompleta; amplitude do desemprego; subordinação econômica; e desigualdades sociais violentas¹³⁶.

Pelo exposto, o Estado desenvolvido é marcado pela estrutura harmônica entre o padrão de modernização e a proteção dos valores coletivos. Busca-se ao mesmo tempo o crescimento, com a liberdade das atividades econômicas, desde que tal conviva com a proteção do consumidor, do meio ambiente, do trabalho, da educação de todos etc. Um Estado que enfatiza apenas a vertente da modernização, desprezando a sua harmonia com os demais elementos, não pode se configurar como desenvolvido; pode, no máximo, ser um Estado modernizado.

para o setor privado. [...] Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços público 1 III 1

¹³⁵ No âmbito do presente trabalho, a expressão desenvolvimento econômico vem sendo utilizada no sentido de representar um estado de harmonia entre o crescimento e a modernização da economia com a proteção dos valores sociais. Não se está relacionando a citada expressão a um mero estado de expansão das atividades econômicas, mas como algo mais amplo, ligado à função social da empresa, que deve promover empregos, distribuição de renda, enfatizando elementos, dentre outros, como a dignidade da pessoa humana. Talvez seria melhor, portanto, falar-se em desenvolvimento econômico sustentável, como fazem Paul Patrick Streeten e Harlem Brundtland, respectivamente professor emérito da Universidade de Boston e ex-presidente da comissão mundial do desenvolvimento e do meio-ambiente. Cf. Paul Patrick Streeten. *Thinking About Development*. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1999, p. 128; Gro Harlem Brundtland. *Our Common Future*. In: Reporto of the World Commission on Environment and Development. Oxford: Oxford University Press, 1987.

¹³⁶ Cf. Yves Lacoste. *Os Países Subdesenvolvidos*. 17. ed. São Paulo: DIFEL, 1985, p. 12 e ss. Tradução: Américo E. Bandeira.

Tomando-se por base tais argumentos, extrai-se do trabalho de Streeten o correto conceito de desenvolvimento econômico. O festejado autor, ao adotar uma concepção mais abrangente, critica os Estados que fomentam as atividades econômicas mas que desprezam a proteção do meio ambiente, do consumidor, dos valores socialmente relevantes, aduzindo que o desenvolvimento sustentável seria muito mais importante do que a mera manutenção das forças de produção (físicas e humanas)¹³⁷.

Ainda a partir das considerações do mencionado professor norte-americano, nota-se que a sustentabilidade, aqui relacionada à economia, é um problema multidimensional, pois implica em que sejam adotados comportamentos responsáveis em face das gerações futuras. Não obstante o termo seja de difícil definição, relaciona-se a sustentabilidade, também, ao bem-estar social, englobando-se elementos como a saúde, a riqueza e a prosperidade da população¹³⁸.

A esse propósito, o eminente professor Fábio Nusdeo também distingue, em termos bastante objetivos, o mero crescimento do desenvolvimento, inserindo para este alguns elementos fundamentais: i) estabilidade da economia; ii) ecologia (os cuidados com o meio ambiente); iii) controle da balança de pagamentos; iv) distribuição de renda; v) pleno emprego¹³⁹

Já Calixto Salomão Filho, depois de tratar das teorias do desenvolvimento, menciona a importância da redistribuição:

¹³⁷ Cf. Paul Patrick Streeten. *Op. cit.*, p. 128-129. Ao final de sua teoria, o autor lança suas conclusões, assim sintetizadas: i) o primeiro aspecto relativo ao desenvolvimento econômico sustentável requer uma visão mais abrangente, pois aquele não pode ser visto apenas sob o âmbito da produção de riquezas; ii) é fundamental, ao se falar em desenvolvimento sustentável, a preocupação com o meio ambiente, devendo o Estado coibir a poluição das riquezas naturais, como a água, o ar e a terra; iii) há ainda o aspecto de que o sistema deve estar hábil para ajustar os seus componentes às crises, evitando prejuízos à coletividade; iv) um outro fator é o controle da dívida pública, interna e externa, que tem efeitos imediatos e mediatos sobre a distribuição de renda e a geração de empregos; v) é também fundamental, para um Estado que objetiva um desenvolvimento sustentável, a correta administração das receitas fiscais, dos gastos administrativos e a escolha de políticas públicas eficientes, inclusive quanto à paz internacional e à segurança interna; vi) o sexto aspecto é a necessidade de incentivar os cidadãos a desenvolver o país, através de estímulos na produção de tecnologias e administração mais eficientes. *Idem, ibidem*, p. 130 e ss.

¹³⁸

better than n

1 *Idem, ibidem.*

¹³⁹ Cf. Fábio Nusdeo. *Desenvolvimento econômico – Um retrospecto e algumas perspectivas*. In: Regulação e Desenvolvimento. Coordenação: Calixto Salomão Filho. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11 e ss.

É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive no campo econômico) em valores e não em objetivos econômicos.¹⁴⁰

Alçado também a um direito humano, o desenvolvimento econômico tem sido alvo de numerosos estudos, inclusive no direito estrangeiro, em face das várias mudanças ocorridas no século XX, destacando-se especialmente: a descolonização; o crescimento da dívida externa; a transição para o mercado livre; e o agravamento das condições de vida de vários povos¹⁴¹. Fala-se, por isso, que se trata de um direito inerente à pessoa humana¹⁴².

Ademais, o desenvolvimento econômico sustentável ganhou maior importância com a Comissão Brundtland, de 1987, das Nações Unidas, que o definiu como o desenvolvimento que atenda às necessidades atuais sem pôr em risco, no futuro, a superação da pobreza e o respeito aos limites ecológicos / crescimento econômico como condição de possibilidade para se alcançar uma maior

1¹⁴³

Verifica-se, à luz de tais fundamentos, que o conceito de desenvolvimento é totalmente distinto de uma mera expansão empresarial, do crescimento da economia pura e simples. Tais vetores, evidentemente importantes, precisam ser conciliados com os valores sociais, pois necessita a população de melhores parâmetros na distribuição de renda, na proteção de seus direitos (inclusive aqueles previstos na Constituição, como a saúde, a educação, dentre outros)¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Cf. Calixto Salomão Filho. *Regulação e Desenvolvimento*. In: *Regulação e Desenvolvimento*, cit., p. 41.

¹⁴¹ Cf. Ana Paula Teixeira Delgado. *O Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva da Globalização – Paradoxos e Desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 84 e ss.

¹⁴² *Idem, ibidem*.

¹⁴³ Cf. Ana Paula Teixeira Delgado. *Op. cit.*, pp. 113-114.

¹⁴⁴ Atente-se, no entanto, para a possibilidade de existirem diferentes concepções nos diversos continentes. A esse respeito, registra Ana Paula Teixeira Delgado que isso se dá em face de ser o conceito variável a partir das experiências de cada povo. Assim sendo, para países como Cingapura e Malásia, a mera expansão seria mais importante do que os valores sociais. *Idem, ibidem*, p. 108 e ss.

Tal diferenciação, feita a partir de indicadores econômicos, é bastante útil para que se analisem os princípios constitucionais econômicos, que devem ser interpretados de forma sistemática. Afinal, um deve ser sopesado com os outros, porquanto a ordem econômica não pode ser vista com o isolamento de algum dos princípios, já que a ordem jurídica nacional harmoniza valores que, no passado, foram colocados em patamares inversos.

Por isso mesmo é que a interpretação da ordem econômica há de se pautar pela sistematização de todos os princípios, que, por serem normas que concretizam valores no ordenamento, têm o papel fundamental de alicerçar o próprio sistema.

III. 2. Redução das desigualdades regionais e sociais

Um dos maiores problemas do Estado brasileiro é a nítida desigualdade entre as diferentes classes sociais e entre as regiões do país. O que se observa no Brasil é a existência de ápices simultâneos de riqueza e de pobreza. Da mesma forma, algumas regiões, como a sudeste, concentram a maior parte da riqueza nacional, enquanto outras, como as regiões norte e nordeste, caracterizam-se por numerosas dificuldades, a marca do subdesenvolvimento: altos índices de pobreza, dificuldades da população no acesso à educação, à saúde, à Justiça, falta de oportunidades profissionais etc.

Essa realidade é uma das razões para a adoção de um modelo federalista, já que é objetivo estatal a harmonização nacional e a implementação da noção de solidariedade social¹⁴⁵.

¹⁴⁵ A própria interpretação do Supremo Tribunal Federal enfatiza a questão da solidariedade. A esse respeito, confira-se a seguinte decisão daquele Tribunal, que relaciona a solidariedade com o objetivo constitucional da redução das desigualdades sociais

III D Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da

O Estado, portanto, tem o dever de promover mudanças, diminuindo a distância que ainda há entre as regiões e entre a população mais carente e aquela parte da sociedade que concentra grande parte da riqueza nacional.

Todavia, é bom que se registre que esse processo de mudança não significa a condenação da riqueza: ao contrário, o que se deve fazer é proteger a força da economia privada, mas ofertando condições para a melhor distribuição de renda. Em síntese, o Estado deve auxiliar para que o país cresça, mas que o crescimento também sirva para o aumento das oportunidades de emprego, para a melhor aplicação dos recursos públicos, considerando-se as diferenças regionais.

Se o Estado não der um tratamento prioritário para essa questão, todos os demais princípios da ordem econômica normativa restarão ineficazes, porquanto o correto conceito de desenvolvimento é extremamente distante da mera modernização.

A Constituição, tendo em vista tal realidade, elege como objetivo da ordem econômica a redução das desigualdades regionais e sociais. É, como se propõe o sistema, a concretização da proteção simultânea do capital e do trabalho, com vistas à harmonização da distribuição de riquezas. E a distribuição de riquezas abarca tanto a redução das desigualdades sociais como das desigualdades regionais, que, na verdade, têm a mesma causa.

O próprio movimento federalista tem como fundamento a harmonização nacional, que deve nortear todas as políticas públicas, enfatizando-se a soberania sobre a autonomia dos entes federativos¹⁴⁶. Tanto que até mesmo quando há a imposição de tributos, admite-

¹⁴⁶ III -se sustentar que os Estados mantêm sua autonomia, que, no entanto, fica condicionada à manutenção da ordem central, denominada União ou Estado Federal, que detém a soberania. Há, pois, uma sobreposição dos interesses nacionais em relação aos interesses dos entes que formam a União. [...] Vê-se que autonomia e soberania não se confundem, porquanto esta é a maior representação do poder político, enquanto que aquela é um nível de independência que fica limitado aos pressupostos do Estado. A Federação, com base em tais considerações, constitui uma forma de Estado calcada na descentralização do poder político, repartindo-

se a aplicação de alíquotas diferenciadas por regiões, visando-se à diminuição das desigualdades.

Note-se, também, que as desigualdades entre as regiões e entre classes sociais é um dado de equidade. Em outras palavras, os custos governamentais e empresarias somente aumentam com a pobreza. Se houvesse um equilíbrio entre as regiões e entre as classes, pelo menos no aspecto de não existirem vertentes radicais de pobreza concentrada, aumentar-se-ia a circulação dos recursos financeiros, o consumo, a produção, o próprio / se aplicar o dinheiro em formação educacional, melhoramentos em equipamentos de saúde, investimentos em tecnologia.

Um importante aspecto deve ser ainda destacado: a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, da qual surgiu a chamada Declaração do Rio de Janeiro¹⁴⁷, enfatizando-se, aqui, o seguinte dispositivo veiculado como princípio:

Princípio 5

III. 3. A redução das desigualdades regionais e sociais e os demais princípios da Constituição Econômica brasileira

Passa-se, nesta parte, a examinar os demais princípios da ordem econômica para que se busque o desenvolvimento econômico e, por consequência, a redução das desigualdades regionais e sociais que são, como visto, questões conexas.

III. 3. 1. Soberania nacional – a soberania econômica

A redução das desigualdades, sejam regionais, sejam sociais, é algo que depende do correto entendimento do conceito de soberania nacional. E esta, como ensina Paulo E / / -se ¹⁴⁸, havendo sido teorizado a partir do aspecto do poder interno em seu grau máximo (coerção).

O termo soberania sugere uma idéia de poder, de autoridade. E de fato seria impossível examinar-se o Estado sem que se façam digressões acerca da soberania, até porque se trata de algo relacionado ao próprio poder do Estado, interna ou externamente¹⁴⁹.

O conceito de soberania que mais ganhou repercussão foi o de Jean Bodin, que, em 1576, afirmava tratar-se do poder absoluto e perpétuo de uma República. Ficava então a idéia de que a soberania representava algo absoluto e para sempre, não se sujeitando a qualquer outra força política ou jurídica. Era o ponto alto para a manutenção do Estado, a sua própria força mediante o cenário internacional.

¹⁴⁸ Cf. Paulo Bonavides. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21. O mestre faz referência ao publicista francês Jean Bodin, a quem atribui a responsabilidade pela formulação jurídica da soberania.

¹⁴⁹ Cf. Volney Zamenhof de Oliveira Silva. *Elementos de Teoria Geral do Estado Comunitário*. Campinas: Interlex, 2000, p. 73.

O conteúdo da afirmação de Bodin, em verdade, determinou por muito tempo a forma de se entender o significado da soberania, até que fosse necessário revê-lo em face da evolução das relações internacionais, mais recentemente com a força da globalização.

O fato é que o conceito de soberania não é mais o mesmo. Na atualidade, nenhum Estado resolve isoladamente os seus problemas, já que são todos interdependentes, seja no âmbito social, cultural, econômico etc¹⁵⁰.

Dessa forma, nenhuma das características propostas por Bodin se mantém hoje, verificando-se que: i) a soberania não é algo absoluto, mas relativo, já que o Estado, na sua conformação contemporânea, ora permite a participação de outros Estados em questões que lhe dizem respeito, ora cerceia tais interferências; ii) a perpetuidade também não é marca da soberania, porque podem existir mudanças na estruturação dos Estados, podendo, por exemplo, um Estado ser aglutinado por outro¹⁵¹.

No caso, a soberania vista do art. 170 da Constituição se refere à independência econômica que é colocada para o Estado. Na interpretação de Eros Grau, há dois sentidos para a soberania nacional prevista na ordem econômica constitucional: i) o primeiro correspondente a um princípio constitucional impositivo, utilizando-se da linguagem de Canotilho; ii) o segundo assume a feição de diretriz, de norma-objetivo, aplicando-se a concepção de Ron / ¹⁵². É de se concordar com as seguintes afirmações do ilustre professor:

A Constituição cogita, aí, da *soberania econômica*, o que faz após ter afirmado, excessivamente pois sem ela não há Estado-, a *soberania política*, no art. 1º., como fundamento da República Federativa do Brasil, e, no art. 4º., I, a *independência nacional* como princípio a reger suas relações internacionais.

A afirmação de *soberania nacional econômica* não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia e da

¹⁵⁰ Cf. Volney Zamenhof de Oliveira Silva. *Op. cit.*, p. 75.

¹⁵¹ *Idem, ibidem.*

¹⁵² Cf. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988, cit.*, p. 209.

sociedade e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas.¹⁵³

De fato, a ordem econômica é tão importante que sem a observância de seus princípios coloca-se em risco a própria existência estatal. Assim, há de se relacionar a soberania econômica à soberania política, sem que isso signifique o isolamento do país, mas, ao contrário, para fortalecer as relações internacionais sem que, ao contrário do que propõe a Constituição, torne-se necessário abrir mão da independência nacional.

Portanto, visa-se, com a soberania econômica, à participação da sociedade brasileira no mercado internacional, desde que em condições de igualdade¹⁵⁴.

Ademais, com a soberania econômica do Estado brasileiro, torna-se possível efetivar a ordem econômica teorizada na Constituição, especialmente no que se refere à própria redução das desigualdades (tanto regionais como sociais).

III. 3. 2. Propriedade e sua função social

Do mesmo modo, não se afigura possível a efetivação da ordem econômica normativa sem que se examine a importância da propriedade e a sua função social. São elementos indispensáveis para a implementação do equilíbrio nas relações econômicas e sociais, especialmente quanto à redução das desigualdades.

Sabe-se que o conceito de propriedade está relacionado à liberdade e à livre iniciativa¹⁵⁵, fundando-
, no Brasil, grande atenção do legislador infraconstitucional. E isso porque a propriedade sempre foi justificada pelas necessidades materiais do homem¹⁵⁶, constituindo não uma única instituição jurídica, mas várias, que se relacionam a diferentes tipos de bens. Assim, pode a propriedade abranger várias classes de bens.

¹⁵³ *Idem, ibidem.*

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 210.

¹⁵⁵ Cf. Nelson Nazar. *Direito Econômico, op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁶ Cf. Fábio Konder Comparato. *Função social da propriedade dos bens de produção*. In: RDM 63/73. *Apud* Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988, cit.*, p. 214.

Diferenciam-se, entretanto, a propriedade dos bens de consumo e a propriedade dos bens de produção¹⁵⁷. Como ensina Eros Grau, a função social da propriedade se realiza quando houver bens de produção, daí porque se deva falar em função social da empresa¹⁵⁸.

O particular, que no passado era titular de um direito praticamente subjetivo, deve agora utilizar os seus bens em favor de outrem, da sociedade, de acordo com a diretriz constitucional. O Estado, todavia, deve considerar a distinção entre os bens que interessam à coletividade e aqueles que em nada modificam o cenário sócio-econômico.

Sendo assim, o conceito de propriedade, da mesma forma que o de soberania, deve ser atualizado para a realidade contemporânea. Não representa mais o direito absoluto de se ter um bem; hoje, a proteção à propriedade caminhará junto, sempre¹⁵⁹, de outro valor constitucional a sua função social. Assim, devem ser analisados conjuntamente esses dois princípios constitucionais econômicos, de forma sistemática, metodologia aplicada pelo próprio professor Eros Grau, que os qualificou como diretrizes - normas-objetivo¹⁶⁰.

A propriedade, não obstante seja tutelada pela ordem constitucional vigente, não é mais algo à parte; insere-se na realidade social e econômica, assumindo uma função, um papel fundamental. Nesse contexto, válidas são as palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

[...] o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico. Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária.¹⁶¹

¹⁵⁷ Cf. Eros Roberto Grau. *Op. cit.* (nota 107), p. 215.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁵⁹ Salvo nas hipóteses em que os bens objeto da propriedade não importem em qualquer benefício à coletividade. Daí porque razão assiste ao professor Eros Grau ao distinguir as funções social e individual, que devem ser consideradas no exame do assunto. Cf. Eros Roberto Grau, *Ibidem*, p. 212.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 211.

¹⁶¹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 155.

O Supremo Tribunal Federal, analisando a tutela constitucional da propriedade, concluiu que o direito de propriedade é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade.¹⁶²

Seguindo a mesma premissa, o Superior Tribunal de Justiça tem declarado a importância de se interpretar a proteção à propriedade em conjunto com a sua função social, conforme asseverou o Ministro Milton Luiz Pereira:

O direito privado de propriedade, seguindo-se a dogmática tradicional [...], à luz da Constituição Federal, dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido com sujeição a disciplina e exigência da sua função social. É a passagem do Estado proprietário para o Estado solidário, transportando-se do 'monossistema' para o 'polissistema' do uso do solo [...]. (STJ – 1ª. Seção – MS nº. 1.856-2/DF – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *Diário da Justiça*, Seção I, 23.08.1993).

Isto posto, a propriedade, antes vista como algo praticamente absoluto, acima de tudo e de todos, ganha uma nova formatação constitucional, tendo que conviver com a sua função social.

Através de outra formatação metodológica, por ser adepto da escola do *Law and Economics*, aborda Steven Shavell em algumas justificações (jurídicas e econômicas) para o direito de propriedade: i) a existência de direitos de propriedade é um fator do bem-estar social; ii) trata-se de incentivo para a busca da valorização do trabalho; iii) da mesma forma, constitui um fator relacionado à manutenção e ao desenvolvimento de bens (*incentives to maintain and improve things*); iv) está relacionado também à proteção do direito de trocas (a idéia do mercado)¹⁶³.

Destarte, é importante o registro de que a propriedade não se refere apenas a bens imóveis; antes, abrange, na correta leitura do ordenamento, quaisquer bens. Nesse diapasão, a propriedade intelectual, as patentes, as tecnologias desenvolvidas, as próprias

¹⁶² Cf. STF RE 140436 2ª Turma Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, 06.08.1999, p. 45.

¹⁶³ Cf. Steven Shavell. *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., p. 11-26.

empresas, as organizações¹⁶⁴, além de outros elementos, devem, na medida do interesse coletivo, atender à sua função social. E isso porque se trata de algo inserido no conceito de propriedade privada, que deve caminhar junto de sua função sócio-econômica.

Assim, deve-se perguntar, como fazem Cooter e Ulen, também da escola da análise econômica do direito: o que os proprietários devem fazer com seus bens? Os professores norte-americanos, partindo da noção de eficiência econômica, explicitam os métodos regulatórios do Estado para restringir a liberdade dos proprietários, como o próprio zoneamento e a regulação do desenvolvimento. E isso para que os bens sejam destinados àqueles que melhor os explorem, visando-se ao estímulo do uso eficiente dos recursos¹⁶⁵.

À luz da teoria dos citados autores, através de mecanismos reguladores, deve o Estado dirigir ou induzir o comportamento dos agentes para o atendimento daquilo que importa ao interesse coletivo, sem, é lógico, que se violem as garantias do direito de propriedade. Dessa forma, detém o Estado o papel de criar facilidades para as trocas, fazendo com que os agentes que possam melhor explorar os recursos (bens econômicos) tenham como fazê-lo. É o caso, v. g., do zoneamento, dividindo-se as áreas das cidades em locais destinados ao comércio, às indústrias, às residências.

Mais uma vez, ressalta-se a relação entre tais princípios da Constituição e a busca do desenvolvimento econômico, que abrange, de forma clara, a redução das desigualdades regionais e sociais. Se não coubesse à propriedade atingir a sua função social, tal afirmação seria estranha. No entanto, tendo a propriedade, em suas diferentes acepções,

¹⁶⁴ Cooter e Ulen analisam o conceito e a importância da propriedade, fazendo uma série de questionamentos a partir da premissa da eficiência do mercado e da maximização de riquezas e de utilidades. Nesse ponto, tratam de vários elementos dentro do conceito de propriedade, explicando como se comporta o mercado e a transferência das propriedades entre os agentes econômicos, entre grupos e consumidores. Cf. Robert Cooter e Thomas Ulen. *Law and Economics*, cit., p. 122 e ss.

¹⁶⁵ theory of property and applied it to a wide-ranging set of legal problems. Our theory views property as the institution that gives people freedom over resources; property law can encourage the efficient use of resources by creating rules that facilitate bargaining and exchange and that minimize the losses when bargaining fails. We organized our theoretical discussion of property rules around four questions that a system of property law must answer. In answering these questions, we revealed the economic lo

1 *Idem, ibidem*, p. 187.

que atender a uma função vinculada ao interesse da coletividade, torna-se algo fundamental na redução dos desequilíbrios regionais e sociais.

III. 3. 3. Livre iniciativa e livre concorrência

No mesmo sentido, infere-se a relação entre o desenvolvimento econômico, com as suas conseqüências imediatas, inclusive a redução das desigualdades regionais e sociais, e a liberdade das atividades econômicas e das profissões. Todavia, é de se questionar: qual é o correto conceito dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência?

Para responder, destaque-se que livre iniciativa e livre concorrência são princípios distintos que, entretanto, mantêm uma relação muito forte. Devem, pois, ser examinados conjuntamente, da mesma forma que se fez com a propriedade e a sua função social.

Afirma-se na doutrina que a livre concorrência deriva da livre iniciativa. Ou seja, a livre concorrência é corolário da livre iniciativa, não existindo sem esta. A recíproca, todavia, não é verdadeira, como aduz Luís Eduardo Schoueri¹⁶⁶.

Celso Lafer, em apresentação feita em 1980, já afirmava que a liberdade, na antigüidade, representava a capacidade ou o direito de participar do processo político. Assim, a noção antiga do termo poderia exprimir-

/

167.

Com o desenvolvimento do Estado moderno, especialmente com a ascensão da burguesia e a queda do absolutismo, a feição da liberdade mudou bastante, denotando agora, segundo Lafer, liberdade não-interferência¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Para Luís Eduardo Schoueri, baseando-se em E / -concorrência pressupõe a livre-iniciativa, mas com ela não se confunde, já que enquanto o primeiro existe sem a segunda, a 1 1 1 Normas Tributárias Indutoras e Intervenção

Econômica, cit., p. 94.

¹⁶⁷ Cf. Celso Lafer. *O Moderno e o Antigo Conceito de Liberdade*, apresentada na VIII Conferência Nacional da OAB, em maio de 1980, na cidade de Manaus. *Apud* Sérgio Varella Bruna. *Op. cit.*, p. 130.

¹⁶⁸ Cf. Sérgio Varella Bruna. *Op. cit.*, p. 131.

A liberdade¹⁶⁹, portanto, assume no Estado moderno uma acepção de autonomia da iniciativa econômica, evitando-se a intervenção estatal nos campos agora destinados ao domínio dos particulares. A expressão liberdade da iniciativa econômica passa a integrar a liberdade de acesso ao mercado, independentemente do Estado. Pode-se falar, então, num

/ -

americanos como uma reação às peculiares condições políticas e macroeconômicas de um período caracterizado por uma crescente preocupação com a inflação e por uma generalizada desilusão com a eficácia da intervenção estatal (o final dos anos 70)¹⁷⁰.

/ a liberdade não é algo absoluto, até porque nenhum dos valores concretizados pelos princípios constitucionais o seria na verdade, eles se relacionam entre si para formar um todo coeso e coerente. Como pontifica José Afonso da Silva, a liberdade do desenvolvimento empresarial, da livre escolha das atividades econômicas, é legítima apenas quando exercida no interesse da justiça social¹⁷¹.

A liberdade, por consequência, engloba a livre iniciativa, mas não se limitando a ela. Trata-se, como registra Eros Grau, de um conceito amplo, já que não constitui simplesmente uma afirmação capitalista. A livre iniciativa tanto se expressa pela liberdade empresarial, como pela liberdade do trabalho, falando Grau

1 Nesse sentido, a liberdade é um atributo inalienável do ser humano¹⁷².

Todavia, a livre iniciativa assume maior relevância jurídica quando trata da iniciativa empresarial, garantindo-se, pelo princípio, dois elementos fundamentais para o sistema: i) liberdade de acesso ao mercado; e ii) liberdade de permanência no mercado¹⁷³.

¹⁶⁹ A respeito da evolução da liberdade, v. Luís Eduardo Schoueri. *Tributação e liberdade*. In: Princípios de Direito Financeiro e Tributário estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Organizadores: Adílson Rodrigues Pires & Heleno Taveira Tôrres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431 e ss.

¹⁷⁰ Cf. S. Peltzman. *A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de Desregulação*. In: *Regulação Econômica e Democracia*, cit., p. 85-88.

¹⁷¹ Cf. José Afonso da Silva. *Op. cit.*, p. 661.

¹⁷² Cf. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 226.

¹⁷³ Cf. Sérgio Varella Bruna. *Op. cit.*, p. 134.

O primeiro seria a noção mais ligada à livre iniciativa em si mesma, enquanto que o segundo estaria vinculado à livre-concorrência, que é, como visto, seu corolário.

A livre concorrência corresponde à possibilidade de os agentes econômicos terem o direito de atuar e de se manter no mercado, objetivando a produção e a circulação de bens e serviços. Trata-se de princípio que permite aos agentes econômicos o exercício de suas atividades num sistema de competição livre de prescrições e prestações providas do Estado¹⁷⁴. Ademais, o ato de concorrer, em condições iguais, exige um ambiente de liberdade compatível com tal possibilidade.

Oportuna se apresenta, então, a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a livre concorrência. O Pretório Excelso, em diferentes casos, tem declarado a inconstitucionalidade de dispositivos de leis municipais que impedem o exercício das atividades econômicas em pequenos espaços geográficos. Veja-se, nesse sentido, a interpretação jurisprudencial no que se refere às leis que restringem a concorrência empresarial:

[...] Autonomia municipal. Disciplina legal de assunto de interesse local. Lei municipal de Joinville, que proíbe a instalação de nova farmácia a menos de 500 metros de estabelecimento da mesma natureza. Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo da ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF). (STF – 1ª. Turma – RE nº. 203.909-8/ES – Rel. Min. Carlos Velloso – *Diário da Justiça*, Seção 1, 6-02-1998, p. 38).

AUTONOMIA MUNICIPAL – DISCIPLINA LEGAL DE ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL – LEI MUNICIPAL DE JOINVILLE, QUE PROÍBE A INSTALAÇÃO DE NOVA FARMÁCIA A MENOS DE 500 METROS DE ESTABELECIMENTO DA MESMA NATUREZA

Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF). Recurso

¹⁷⁴ Cf. Manuel Gonçalves Ferreira Filho. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 193.

não conhecido. (STF – RE 203.909 – SC – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 06.02.1998).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.545/91, DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS – LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA À INSTALAÇÃO DE DROGARIAS – INCONSTITUCIONALIDADE –
1. A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF/88, artigo 170, inciso IV e § único c/c o artigo 173, § 4º). [...] 3. Inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 6.545/91, do Município de Campinas, declarada pelo Plenário desta Corte. Recurso extraordinário conhecido, porém não provido. (STF – RE 199.517 – SP – TP – Rel. p/o Ac. Min. Maurício Corrêa – DJU 13.11.1998 – p. 15.)

Em todos esses julgados, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a livre concorrência como princípio com evidente força normativa, relacionando-se com a liberdade das atividades econômicas. Desse modo, qualquer norma infraconstitucional que restrinja a livre iniciativa e a livre concorrência deverá ser afastada, salvo em casos excepcionais, que sejam objeto de ponderações com os demais princípios da Constituição. E isso porque nenhum valor concretizado na ordem jurídica é absoluto, como se argumentou anteriormente.

Nota-se, destarte, que a liberdade da iniciativa das atividades econômicas tem como decorrência a proteção da livre concorrência até por valorização do princípio fundamental da isonomia, oportunizando a todos os agentes o exercício de atividades no mercado e a sua permanência, tão importante quanto o primeiro.

A correta leitura da Constituição, pelo visto, impõe que se entenda o significado da concorrência, que deve se desenvolver de forma leal. Isso quer dizer que a concorrência tem como funções: i, exclusivamente de sua eficiência, e não de) preservar o mercado como agente de transmissão de informações¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Cf. Calixto Salomão Filho. *Direito Concorrencial – as condutas, cit.*, p. 55.

O sistema, pois, ao mesmo tempo em que admite a livre iniciativa, deve controlar o equilíbrio das relações econômicas, através da manutenção da livre concorrência. Livre iniciativa e livre concorrência são princípios que se complementam, representando liberdades relativas, já que vinculadas ao fim da harmonia da estrutura social.

Destaque-se, também, que passou a ser essencial para o sistema social a proteção da liberdade da iniciativa econômica e da concorrência, não se admitindo modalidades de intervenção estatal que venham a suprimir-lhes completamente, assim como não se admitem as práticas dos agentes privados que produzam tal efeito¹⁷⁶.

Por tais pontos, verifica-se que a livre iniciativa e a livre concorrência, como princípios resultantes do valor liberdade, são fundamentais na busca do desenvolvimento econômico e, especialmente, na implementação da redução das desigualdades regionais e sociais. Através do livre exercício das atividades econômicas e das profissões, torna-se evidente a maior possibilidade de se desenvolver a economia a partir da idéia de conciliação de valores.

III. 3. 4. Tutela do consumidor

Por outro lado, o desenvolvimento econômico, por se distinguir da mera modernização, como sustentado anteriormente, não pode servir apenas aos grandes grupos empresariais. Nesse ponto, é de grande relevância a proteção do mercado, como visto, tutelando-se, em especial, o consumidor.

O consumidor, seguindo modernas correntes teóricas, passa a ser um elemento fundamental da ordem constitucional e do sistema econômico. O Estado, em face disso, tem a obrigação de protegê-lo. E a proteção do consumidor tem duas facetas: i) protege-se o consumidor dentro de uma perspectiva microeconômica e microjurídica; e ii) protege-se o consumidor através da adoção de políticas econômicas adequadas¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Cf. Sérgio Varella Bruna. *Op. cit.*, p. 137.

¹⁷⁷ Cf. João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Op. cit.*, p. 129.

São vários os exemplos concretos de políticas estatais de defesa do consumidor, iniciando-se com uma mensagem presidencial de John Kennedy em 1962 e passando à Resolução nº. 39/248 da Organização das Nações Unidas, de abril de 1985, e às Comunidades Européias, através das Resoluções do Conselho, todos visando à elaboração e ao fortalecimento das políticas de proteção do consumidor¹⁷⁸.

Seguindo a tendência mundial, inseriu a Constituição do Brasil o princípio expresso de proteção do consumidor, que passa a ser visto como uma instituição fundamental da economia e da própria ordem jurídica. Por decorrência lógica, a defesa do consumidor é um efeito do próprio funcionamento do mercado, pois, com a livre iniciativa e a livre concorrência, acaba-se obtendo a oferta de bens com o menor custo possível¹⁷⁹.

A própria noção de liberdade econômica leva também à conclusão de que podem os consumidores ser vistos como norteadores da oferta de bens e serviços no mercado, sendo os agentes econômicos referidos como ¹⁸⁰. Isso significa que o consumidor tem um papel de grande relevância na determinação de preços e da qualidade dos produtos e serviços postos no mercado.

Nessa perspectiva de proteção constitucional, convém registrar que toda a teorização econômica do direito concorrencial se baseia também na tutela do consumidor. Sobre essa realidade, testemunha Calixto Salomão Filho que tanto os teóricos ordoliberais, como os estruturalistas e os neoclássicos não discordam quanto a esse ponto, pois é o consumidor o destinatário econômico direto das normas concorrenciais, não sendo, todavia, o seu destinatário jurídico.

Explica-se: muitas vezes, práticas restritivas da concorrência, de abuso do poder econômico, poderiam ser vistas como benéficas ao consumidor no aspecto da mera diminuição de preços. Mas as normas concorrenciais se dirigem à própria idéia institucional da concorrência, que adquire uma concepção bem mais profunda do que a

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 130.

¹⁷⁹ Cf. José Roberto Pernomian Rodrigues. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 91.

mera busca por diminuição dos preços. O sistema econômico deve pautar-se pelo equilíbrio de suas relações, não se admitindo práticas restritivas. Ainda da lição de Calixto Salomão Filho, infere-se que o interesse do consumidor consiste na existência da concorrência¹⁸¹.

No Brasil, a Constituição, que prestigiou expressamente a defesa do consumidor, foi complementada pela Lei nº. 8.78/90, que estabelece parâmetros para a política nacional de relações de consumo¹⁸².

Qual é, todavia, o conceito jurídico de consumidor? Como pondera Thierry Bourgoignie, professor da Universidade de Louvain, não existe no direito nenhuma definição única do termo consumidor. Por isso mesmo, volta-se para a realidade

tivas que propõem uma política de

1¹⁸³

O que importa é que o consumidor, como elemento fundamental para a economia, é protegido, expressamente, pela ordem econômica proposta na Constituição, baseada nos ideais de concorrência e de equilíbrio nas relações econômicas.

Vistos tais aspectos relativos à tutela do consumidor, é de se afirmar que tal princípio da Constituição Econômica é de grande relevância também na redução das desigualdades regionais e sociais, no momento em que, ao vincular-se a atividade econômica e a atuação estatal à proteção do mercado, garante-se a efetivação do verdadeiro desenvolvimento e não uma mera modernização econômica.

¹⁸¹ E / /
concorrência e que ele é, portanto, nesse caso, mediado pela proteção da existência de concorrentes para ter
1 1 Op. cit., p. 81-82.

¹⁸² Cf. José Augusto Peres Filho. *Responsabilidade do Estado no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: iEditora, 2003, p. 38.

¹⁸³ Cf. Thierry Bourgoignie. *O Conceito Jurídico de Consumidor*. In: Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 7.

III. 3. 5. Tutela do meio ambiente

Um outro princípio que ganha importância para o tema é a proteção do meio ambiente, pois não existe desenvolvimento econômico, com a redução das desigualdades, sem que se tutele a estrutura natural. Explica-se: os valores devem ser ponderados na correta concepção do desenvolvimento. Desse modo, desrespeitar-se o meio ambiente não é admissível no sistema normativo, pois todos os princípios devem ser ponderados.

A preocupação com o meio ambiente ocupou plano secundário até a década de 70, quando a Organização das Nações Unidas organizou a conferência sobre meio ambiente, em Estocolmo, no ano de 1972. A poluição era vista, até então, como um mal necessário do crescimento econômico¹⁸⁴.

No mesmo sentido anota Marcelo Figueiredo que o tema do desenvolvimento e ecologia vem apresentando cada vez mais interesse em todo o mundo, diferentemente do passado, em que se imaginava que os conceitos de meio ambiente e desenvolvimento eram antagônicos¹⁸⁵. Figueiredo, tratando da proteção do meio ambiente, fala em vários princípios, mencionando, por último, o desenvolvimento econômico sustentado¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Cf. José Marcos Domingues de Oliveira. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7-9.

¹⁸⁵ Cf. Marcelo Figueiredo. *A Constituição e o Meio Ambiente – Os Princípios Constitucionais Aplicáveis à Matéria e Alguns Temas Correlatos*. In: *Direito Tributário Ambiental*. Organizador: Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 565. O professor lembra que os conceitos diferem nos países desenvolvidos e

mais importante que para os segundos. Isso porque os países desenvolvidos, ao longo dos séculos, só puderam elevar o nível de vida de suas populações por meio de procedimentos poluidores, provocando com isto um alto grau de poluição global. Todavia, a adoção agora de uma política semelhante pelos países em desenvolvimento tornaria o mundo quase inabitável. A única solução lógica possível seria, exatamente, a união de todas as Nações em torno de um objetivo comum – a defesa, a preservação e o adequado manejo do meio ambiente. Não é por outra razão, aliás, que o denominado ‘Protocolo de Kyoto’ promete melhorar o clima do planeta na próxima década. Para tanto, determina que países desenvolvidos reduzam a emissão de

¹⁸⁶ Relaciona o autor os seguintes princípios: i) princípio do direito humano fundamental (o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é fundamental); ii) princípio da supremacia do interesse público em relação aos interesses privados; iii) princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do

estatal (através dele, incumbe ao Estado o dever de cuidar do meio ambiente, por meio das medidas anunciadas na Constituição da República; v) princípio da prevenção ou precaução; e vi) princípio do desenvolvimento sustentado. *Idem, ibidem*, p. 569-573.

José Marcos Domingues de Oliveira, ao seu turno, afirma que o desenvolvimento econômico sustentável corresponde ao progresso da atividade econômica compatível com a utilização racional dos recursos ambientais, representando a rejeição do desperdício, da ineficiência e do desprezo por esses recursos¹⁸⁷.

Também se vê, na mesma linha, a opinião de Edis Milaré, para quem o desenvolvimento sustentado é o que propugna um crescimento econômico qualitativo, única forma de melhorar a qualidade de vida do cidadão em harmonia com o ecossistema e seus limites¹⁸⁸.

Já Cristiane Derani, partindo da relação histórica entre o homem e o meio ambiente, registra que a natureza é o primeiro valor da economia, tratando-se da base de qualquer transformação. Em face disso, as políticas ambiental e econômica fazem parte de uma política social única. A respeito do assunto, os arts. 170 e 225¹⁸⁹ da Constituição indicam a construção de um projeto social de integração entre os seres humanos e de reconhecimento da natureza como fonte de vida, a qual o processo econômico precisa / 1¹⁹⁰ A autora identifica os seguintes princípios fundamentais de defesa do meio ambiente: i) cooperação; ii) poluidor-pagador; e iii) precaução¹⁹¹.

Observa-se, pelo visto, que todos os princípios ventilados na doutrina especializada levam à conclusão de que tudo se resume a um desenvolvimento econômico sustentável. E para isso se faz necessária a presença ativa do Estado, que deve promover políticas públicas que harmonizem os objetivos econômicos da proteção ambiental. Daí porque se fala em política econômica andando junto da política ambiental.

¹⁸⁷ Cf. José Marcos Domingues de Oliveira. *Op. cit.*, p. 18-19.

¹⁸⁸ Cf. Edis Milaré. *Tutela Jurisdicional do Ambiente*. In: Revista do Advogado n. 37.

¹⁸⁹ D 15581 /

e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-

¹⁹⁰ Cf. Cristiane Derani. *Aplicação dos Princípios do Direito Ambiental para o Desenvolvimento Sustentável*. In: Direito Tributário Ambiental, *op. cit.*, p. 641 e ss.

¹⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 647.

Destaque-se, demais disso, que a proteção do meio ambiente é necessária do ponto de vista da própria eficiência dos comportamentos econômicos. É que se estes não respeitarem o meio ambiente, estarão causando danos ao próprio sistema econômico, porque serão necessários recursos para corrigir as distorções do ambiente, da estrutura natural. E isso é, na linguagem econômica, condenável. Eficiente deve ser o comportamento que, além de gerar desenvolvimento, aumentar riquezas e minimizar perdas, não crie novos custos para a economia que lhe serve de base, inclusive para o Estado.

Sendo assim, só existirá desenvolvimento econômico, com a busca do pleno emprego e em especial com a redução das desigualdades, com a proteção da ordem natural, do meio ambiente. E isso pela interpretação sistemática¹⁹² dos princípios constitucionais sob exame.

III. 3. 6. Busca pelo pleno emprego

A busca pelo pleno emprego também se apresenta como princípio fundamental da ordem econômica, no momento em que estabelece um objetivo para o Estado e para os agentes econômicos. A propósito, sustenta Grau que a busca pelo pleno emprego é também princípio constitucional impositivo e, simultaneamente, norma- / de caráter constitucional conformador, a justificar a reivindicação pela realização de

1¹⁹³

Trata-se de princípio rela /
contemplado na ordem constitucional pretérita. Grau fala ainda na

/ -se, pelo / *função social*
da propriedade ¹⁹⁴.

¹⁹² Uma parte será dedicada especialmente à interpretação sistemática dos princípios da ordem econômica.

¹⁹³ Cf. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988, op. cit.*, p. 229.

¹⁹⁴ *Idem, ibidem.*

Afirma o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, ainda, que o proprietário ou o titular do poder de controle sobre a propriedade tem a obrigação de exercer esse direito-função (poder-

A ciência econômica, ademais, considera uma situação de pleno emprego quando não mais que 3% ou 4% da força de trabalho estão desempregados, registrando-se a taxa

/ 4/5(/ 4 77/

a economia estava fortemente mobilizada para o

1 199

Da história do desenvolvimento econômico brasileiro, infere-se a constante preocupação com diferentes elementos. No entanto, o maior desafio tem sido a geração de empregos, que depende do próprio crescimento econômico e da direção que a ele se imprimir²⁰⁰.

Atualmente, a população economicamente ativa do Brasil ultrapassa os 90 milhões de pessoas, sendo que aproximadamente 3 milhões de pessoas ingressam no mercado de trabalho todo ano²⁰¹. Somadas às dificuldades econômicas causadas pela alta taxa de juros e pela altíssima carga tributária, as oportunidades de emprego vêm se tornando escassas, apesar de possíveis alternâncias nos números. E isso em face de alguns elementos: i) a própria reestruturação das empresas, que as leva a investir em tecnologia, substituindo, muitas vezes, a mão-de-obra pelas máquinas e equipamentos modernos; ii) a reestruturação do sistema bancário do país, também com a crescente informatização; iii) a crise fiscal dos entes federativos, que, não obstante venha sendo administrada, ainda é um problema da Federação em relação à distribuição de riquezas; iv) a baixa competitividade de vários setores das atividades econômicas diante da globalização econômica; e v) a

202 .

Cabe ao E / /

relações econômicas, promovendo, dentre outras coisas: i) o controle da carga tributária; ii) o controle dos gastos públicos, priorizando investimentos em educação e tecnologia, para que as pessoas se habilitem ao novo mercado de trabalho; iii) o incentivo, como de fato vem fazendo, para a modernização das empresas, através de estímulos fiscais; iv) a

¹⁹⁹ *Idem, ibidem.*

²⁰⁰ Cf. Argemiro J. Brum. *Desenvolvimento Econômico Brasileiro*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 551.

²⁰¹ V. dados do IBGE. Disponíveis em: <<<http://www.ibge.gov.br>>>. Acesso em 11 de junho de 2006.

²⁰² Cf. Argemiro J. Brum. *Desenvolvimento Econômico Brasileiro, cit.*, p. 552.

Constituição, isto é, os pequenos serão sempre prejudicados. E isso é contrário à própria noção de livre concorrência, de isonomia, pois o tratamento igual se dá entre iguais.

Por isso mesmo, deve o Estado criar mecanismos para incentivar o crescimento da economia, protegendo as empresas de menor porte, que têm uma importância incontestável na criação de empregos e na distribuição de riquezas.

Exemplo de política pública com tal desiderato é o tratamento tributário / FEDERAL²⁰⁴, que é um estímulo para a formalização e a manutenção de referidos agentes econômicos no mercado.

Através da simplificação (no cumprimento dos deveres instrumentais ou obrigações tributárias acessórias) e da concessão de estímulos fiscais (através da redução do impacto fiscal sobre as atividades econômicas), a União Federal promoveu um importante avanço no fomento das atividades exercidas por empresas de menor porte, hoje consideradas aquelas que auferem receitas de até R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)²⁰⁵.

Note-se, por oportuno, que a sistemática simplificada adotada pela União Federal e também por alguns Estados da Federação é fundamental sob outra ótica, qual seja, a indução dos comportamentos dos agentes para a formalização de seus negócios. Ao conceder incentivos para as empresas consideradas de menor porte, o Estado está induzindo os agentes a migrarem da informalidade para a formalidade, o que é extremamente relevante no que se refere à harmonia das relações econômicas. Com a formalização das suas atividades econômicas, o Estado garante outros princípios da própria ordem econômica: livre concorrência, busca do pleno emprego, proteção do

²⁰⁴ Cf. Lei Federal nº. 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

²⁰⁵ Dispõe o art. 2º da Lei Federal nº. 9.317/96, com a redação da Lei Federal nº. 11.196, de 5338 D 15 1 Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - microempresa a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005); II - empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, III 1

consumidor, do meio ambiente etc. Ou seja, as medidas adotadas pelo Estado devem seguir essa visão de busca da ordem econômica normativa a busca da harmonia, do funcionamento equilibrado do mercado.

Empresas formalizadas, ademais, podem ser fiscalizadas pelo Poder Público, sujeitando-se às suas determinações, o que não ocorre, via de regra, com os informais, que, além de tudo, não recolhem tributos, o que caracteriza uma nítida diferença na determinação de preços no mercado (matéria repreendida por se tratar de concorrência desleal criticada também pela ciência econômica no momento em que fere a noção da concorrência perfeita).

Pelo exposto, verifica-se que a Constituição quando fala em tratamento favorecido protege a própria noção de defesa da concorrência, do consumidor, do meio ambiente, da livre concorrência e da busca pelo pleno emprego. Em suma, os princípios devem, nota-se aqui novamente, ser interpretados conjuntamente, de forma sistemática.

O princípio aqui examinado é um dos pilares da concorrência no mercado, demonstrando a importância do papel incentivador que deve orientar o Estado, já que a concentração econômica (no sentido específico do controle dos mercados) a quase ninguém interessa, a não ser aos próprios dominadores. Em consequência, esse princípio também é fundamental na busca do desenvolvimento e na redução das desigualdades regionais e sociais, porquanto orienta a atuação estatal no sentido de valorizar a empresa de menor porte que, no Brasil, é responsável por grande parte dos empregos criados nos últimos anos²⁰⁶.

²⁰⁶ A esse respeito, veja-se a conclusão de pesquisa realizada pelo IBGE e noticiada nos seguintes termos: **Pesquisa revela aumento do emprego na pequena empresa** - A análise apresentada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostra que as micro e pequenas empresas continuam tendo um papel fundamental na economia brasileira. Em 1996, o pessoal assalariado correspondia a 14,8 milhões e, em 2003, este número subiu para 19,1 milhões. Mais de 58,5% destes novos postos de trabalho foram gerados por empresas com até 29 pessoas ocupadas. Ao contrário das empresas com cem ou mais pessoas ocupadas, que reduziram esta participação em sete pontos percentuais, as micro e pequenas empresas aumentaram em 6,4 pontos percentuais. Estas foram algumas das conclusões apresentadas pelo IBGE, que analisou dados que fazem parte das Estatísticas do Cadastro Central de Empresas (Cempre) composto por unidades formalmente inscritas no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica da Secretaria da Receita Federal. O IBGE concentrou-se na análise de empresas com empregados. Neste período, observa-se que a indústria continua sendo a principal atividade econômica, mas diminuiu sua participação em empregos e salários. O comércio

III. 3. 8. Vedação de benefícios às empresas públicas e de economia mista

Aqui, insere-se como princípio da ordem econômica a isonomia que deve informar as relações entre o Estado e as empresas privadas e as empresas públicas e mistas que se colocam dentro do domínio econômico. Em outras palavras, o Estado não pode conceder estímulos apenas às empresas públicas e/ou mistas quando elas exerçam atividades dentro do mercado e com objetivo de obtenção de lucros. Nesse caso, devem se sujeitar ao regime jurídico comum das empresas privadas, sob pena de se gerar, no sistema, uma incoerência com os próprios valores da livre iniciativa, livre concorrência e busca pelo pleno emprego, dentre outros, e em especial com a redução das desigualdades.

O texto constitucional prevê que o Estado somente pode exercer atividades dentro do domínio econômico em algumas hipóteses, quando necessária à defesa da segurança nacional ou em face de relevante interesse coletivo²⁰⁷.

Pelo disposto na Constituição, as empresas públicas e de economia mista, quando explorem atividades econômicas diretamente, nas hipóteses previstas, sujeitar-se-ão ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Ratificado o disposto, tem-se claramente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais.

Com isso, pretende o sistema manter o respeito à livre concorrência, com todas as repercussões necessárias na busca da ordem econômica normativa. Assim, sujeitando-se as

foi a única atividade que aumentou sua participação relativa, segundo o número de empresas, passando de 7; 77(85/5(/ 1 III 1

em <<<http://www2.uol.com.br/canalexecutivo/notas05/201020055.htm>>>. Acesso em 14 de junho de 2006.

²⁰⁷ D 1 4 61 esta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [...] (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 19/98). § 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia

empresas estatais e de economia mista ao regime próprio das empresas privadas, não exercerão o poder econômico de forma ilegítima, prejudicando o equilíbrio das relações econômicas.

Em livro homenageando o professor Ives Gandra da Silva Martins, abordou Luís Eduardo Schoueri as imunidades tributárias, fazendo ponderações sobre os limites à limitação do poder de tributar. Em outras palavras, Schoueri relacionou as imunidades e a atuação das empresas no domínio econômico. No seu artigo, após afirmar que as normas

coerente interpretação depende da compreensão do conteúdo do art. 173 da Constituição 4 ;; III / suas conclusões no sentido de que a presença no domínio econômico indicará que o contribuinte deverá se sujeitar à livre concorrência, encerrando-

contribuir com os gastos da cole ,²⁰⁸.

Isso significa dizer que as empresas públicas e de economia mista, quando inseridas no mercado para o exercício de atividades econômicas (dentro, portanto, do domínio econômico), não podem ter privilégios. E esses incluem as normas de imunidades.

A questão que chama a atenção é a possível contradição entre o comando do art. 173 e o do art. 175 da Constituição, que determina que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou por concessão e/ou permissão, prestar serviços públicos. Em outros termos, as empresas que, sob o regime de concessão e/ou permissão administrativos, prestem serviços públicos estão ou não inseridas no mercado (dentro do domínio econômico)?

²⁰⁸ Cf. Luís Eduardo Schoueri. *Notas acerca da Imunidade Tributária: Limites a uma Limitação ao Poder de Tributar*. In: *Tributação, Justiça e Liberdade – Estudos em Homenagem a Ives Gandra da Silva Martins*. Coordenadores: Marcelo Magalhães Peixoto e Edison Carlos Fernandes. Curitiba: Juruá, 2005, p. 392-394.

O professor Ives Gandra da Silva Martins já se dedicou ao assunto em parecer apresentado à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, aduzindo que a natureza dos serviços públicos impede a tributação, pois o que há é patrimônio da União²⁰⁹.

No mesmo diapasão se verifica a lição de Eros Grau, diferenciando os tratamentos das empresas inseridas no domínio econômico e aquelas que exercem papel fundamental na prestação de serviços públicos²¹⁰.

Roque Antonio Carrazza já examinou a imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos e, em parecer também apresentado para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, sustentou, em síntese, os mesmos argumentos²¹¹.

Em discussão envolvendo o alcance da imunidade tributária e as empresas públicas, o Supremo Tribunal Federal assentou o seguinte entendimento, a partir da argumentação do então Ministro Carlos Velloso, que relatou outros processos com o mesmo pensamento:

EMENTA: CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: CF, ART. 150, VI, ‘A’ - EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I
As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, ‘a’. II Recurso extraordinário conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STF – RE nº. 407.099-5-RS – Rel. Min. Carlos Mário Velloso, j. 22.06.2004).

A jurisprudência sobre o assunto segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal, separando o exercício das atividades econômicas da prestação de serviços

²⁰⁹ Cf. Ives Gandra da Silva Martins. *Imunidade Tributária dos Correios e Telégrafos*. In: Revista Jurídica, 288/32, p. 38.

²¹⁰ Cf. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 254-273.

²¹¹ Cf. Roque Antonio Carrazza. *A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos – Um estudo sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38-128.

públicos: na primeira hipótese, o regime jurídico é o comum, aquele das empresas privadas; na segunda, o regime diferenciado, dito administrativo, na linguagem de Carrazza.

É indiscutivelmente importante o princípio em análise para o correto funcionamento do mercado. Viu-se que o Estado não é, historicamente, competente na administração empresarial, não sendo legítima a manutenção de empresas no mercado com distorções, como seriam os tratamentos desiguais, com facilidades, em detrimento dos agentes privados.

Ao Estado cabe apenas a garantia dos serviços públicos à sociedade, o controle dos /
situações lesivas ao próprio mercado, como a prática de comportamentos ilegítimos e simultaneamente ilegais (infrações à ordem econômica).

Uma vez mais, conclui-se que só é possível o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades regionais e sociais com a correta atuação do Estado. Com a concessão de privilégios às empresas públicas que exerçam atividades no mercado (domínio econômico), colocar-se-á em risco a ordem econômica normativa. Por isso mesmo é que a Constituição, de forma expressa, veda tais privilégios.

III. 4. A interpretação sistemática dos princípios da ordem econômica em torno da busca da redução das desigualdades regionais e sociais – a questão dos direitos fundamentais (a cidadania e a dignidade humana)

Viu-se que a ordem econômica proposta na Constituição deve ser interpretada a partir da sistematização de todas as normas que dela cuidam²¹². Assim, devem ser corretamente estudados todos os princípios que informam a ordem econômica, na busca do

²¹² O art. 1º. da Constituição expõe claramente que o Estado brasileiro tem como fundamentos, também, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, além dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da soberania e do pluralismo político. Com isso, nota-se que tais fundamentos também devem ser colocados na interpretação da ordem econômica proposta.

desenvolvimento econômico sustentável, utilizando-se o conceito que hoje há de ser compreendido e que resume bem a proteção dos valores relativos à liberdade das atividades econômicas (as forças do capital) e das necessidades sociais.

Do mesmo modo, não se pode ignorar que outros valores de grande relevância para a busca do desenvolvimento econômico nacional (sustentável) são também concretizados na ordem constitucional, inclusive sendo alçados a direitos fundamentais²¹³.

A interpretação sistemática dos princípios constitucionais econômicos, portanto, deve levar em conta esses outros valores, todos em prol do desenvolvimento econômico, pois este repercutirá na busca do pleno emprego, na valorização do trabalho, na proteção do mercado e do consumidor, do meio ambiente, sem deixar de lado a liberdade das atividades econômicas, que representam a força do capital.

Nesse contexto, evidencia-se a cidadania como outro dos objetivos do Estado brasileiro e como um valor que deve ser inserido na interpretação da ordem econômica normativa. Ela representa a noção de que todos têm direitos fundamentais, numa ordem que trata todos de forma democrática, relacionando-se à existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. A cidadania, por isso mesmo, existe em função da coerência do próprio sistema jurídico, que deve impor ao Estado observância aos elementos fundamentais constitucionais.

A esse respeito, destaque-se o pensamento de Ricardo Lobo Torres, para quem a cidadania existe *in processu*, fazendo-se e refazendo-se permanentemente e apresentando diferentes conotações em decorrência das circunstâncias do tempo e do espaço²¹⁴.

²¹³ Os direitos fundamentais são atualmente protegidos tanto pela ordem constitucional como pelos tratados internacionais. Bens jurídicos como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade são vistos como direitos subjetivos do cidadão, num processo que se ramifica na proteção da cidadania e da dignidade do homem. Sobre o tema, cf., em especial, Artur Cortez Bonifácio. *O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais*. Tese de doutoramento em Direito do Estado, PUC/SP, 2006, ainda inédita.

²¹⁴ Cf. Ricardo Lobo Torres. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Coordenador: Celso de Albuquerque de Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 316.

Veja-se, ainda, que a cidadania é um dado estrutural do próprio mercado, pois, sem que as pessoas exerçam seus direitos, dificulta-se o correto funcionamento das relações econômicas. Tal pode ser facilmente comprovado com a comparação entre dois períodos da economia nacional: antes e depois da legislação que protege os direitos do consumidor. Com a constante divulgação dos direitos do consumidor, numerosos benefícios foram auferidos por toda a sociedade, podendo-se citar, como meros exemplos, a melhoria dos / - s preços no mercado, e a própria eficiência econômica que passou a orientar todos os agentes econômicos, sob pena de exclusão do domínio econômico.

A dignidade da pessoa humana, por outro lado, consagra a noção de que todos têm direito a uma vida digna, abrangendo a educação, a saúde e o trabalho. Na verdade, é um consenso do mundo contemporâneo o valor essencial do ser humano. E em função do princípio sob enfoque, visa-se à proteção da dignidade da vida, relacionando-se ao mínimo existencial²¹⁵. Em outros termos, a dignidade da pessoa humana tem relação direta com a distribuição de riquezas e com o papel regulador do Estado, que tem a obrigação constitucional de oferecer a todos condições fundamentais de sobrevivência.

Eduardo Borba, em pesquisa apresentada na Universidade Mackenzie, tratou da relação entre a tributação da renda e o mínimo existencial, partindo da premissa de que a Constituição consagra a dignidade humana como um dos vértices obrigatórios de qualquer interpretação, concedendo caráter sistemático às suas normas quando aplicadas²¹⁶.

²¹⁵ Cf. Ana Paula de Barcelos. *Op. cit.*, p. 305. A autora suscita quatro elementos para a concretização do mínimo existencial, quais sejam: i) direito à educação fundamental; ii) direito à saúde básica; iii) direito à assistência no caso de necessidade; e iv) acesso à justiça.

²¹⁶ Cf. Eduardo José Paiva Borba. *Mínimo Existencial e Imposto de Renda*. Projeto de Dissertação de Mestrado em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, p. 4. Menciona ele a opinião de Sarmento, de grande profundidade quando se examina o assunto da dignidade da pessoa humana e que aq

III Neste fim, salienta DANIEL SARMENTO que 'o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional', entendendo-se por este aquele princípio que vem reconhecer a todos os indivíduos, sem referencia à classe, nacionalidade ou etnia, pelo simples fato de pertencer à espécie humana, todos os direitos fundamentais, independentemente de quem seja, ou por

I D / ser

/ / . *Idem, ibidem.*

O princípio sob enfoque, portanto, impõe a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as dimensões possíveis²¹⁷. Assim, o sistema deve proteger os direitos fundamentais do homem porque deve buscar o real significado da expressão justiça social, a partir, inclusive, da conciliação de valores que é próprio dos sistemas econômicos duais, na linguagem de Fábio Nusdeo²¹⁸.

Configura-se tal princípio, ademais, num dado estrutural da economia, pois se o sistema tende a evitar a concentração econômica, é porque visa a um equilíbrio nas relações econômicas, sendo impensável tal estrutura com vertentes radicalmente contrárias de riqueza e pobreza, principalmente numa economia de mercado, na qual o papel do Estado deve ser cada vez mais reduzido, evitando-se o aumento de práticas inúteis de auxílio, que deveriam ser imediatamente substituídas por investimentos em educação, saúde, tecnologia e informação.

Pelo exposto, conclui-se que tudo se resumirá à correta exegese do sentido da ordem econômica normativa o objetivo imposto ao Estado consubstanciado na busca pelo desenvolvimento econômico sustentável, este abrangendo todos os valores concretizados no sistema jurídico, através dos princípios anteriormente analisados e que somente podem ser entendidos a partir da sistematização aqui proposta.

²¹⁷ Cf. Lafayette Josué Peter, *op. cit.*, p. 176.

²¹⁸ Cf. Fábio Nusdeo, *op. cit.*, p. 200 e ss.

IV. A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA – AS NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS²¹⁹

Atualmente, apresenta-se incontroversa a afirmação de que constitui a tributação a base financeira da grande maioria dos Estados contemporâneos²²⁰. Fala-se, então, em Estado Fiscal²²¹ para designar-se o país que reserva à iniciativa privada o exercício das atividades econômicas, impondo sobre elas tributação para o financiamento das suas atividades.

A expressão _____, nesse contexto, corresponde à noção da

No direito estrangeiro, chega-se a admitir que a fiscalidade é a instituição e a realidade que ocupa o mais destacado relevo no plano das estruturas contemporâneas²²⁴. A tributação, todavia, não serve apenas para a arrecadação de recursos para o Estado. Há o lado da denominada extrafiscalidade, utilizando-se o tributo como mecanismo de regulação das atividades desenvolvidas pela iniciativa privada. E é cada dia mais importante esse aspecto da tributação, porquanto muitas vezes a direção dos comportamentos econômicos e sociais mostra-se inadequada e ineficaz, sendo substituído pela indução, por estímulos e/ou agravamentos de natureza fiscal, inclusive para a prevenção de comportamentos ilícitos.

IV. 1. As formas de intervenção do Estado e as normas tributárias indutoras

A intervenção do Estado na economia manifesta-se em sistemas econômicos muito diversos, constituindo a superação do liberalismo econômico por via da intervenção estatal um dado fundamental da estrutura contemporânea²²⁵.

Objetivando o equilíbrio das relações sociais e econômicas, o Estado intervém de modo direto ou indireto, referindo-se grande parte da doutrina à intervenção no domínio econômico e/ou sobre o domínio econômico²²⁶, expressões utilizadas pelo professor Eros Grau, que sustenta três espécies de intervenção: i) por absorção ou participação, quando o Estado exerce diretamente alguma participação nas atividades econômicas; ii) por direção, quando impõe comportamentos; e iii) por indução, quando estimula e/ou desestimula determinados comportamentos, mas não de forma impositiva²²⁷.

²²⁴ Cf. Vitor Faveiro. *Estatuto do Contribuinte*. Coimbra Editora, 2002, p. 21. Continua o autor português públicas de realização integral desta sociedade politicamente organizada que constituímos e em que pessoalmente todos nos realizamos como seres sociais 1 *Idem, ibidem*.

²²⁵ Cf. Luís S. Cabral de Moncada. *Direito Econômico, op. cit.*, p. 15. O professor português, após expor as diferentes concepções em torno da intervenção estatal, ressalta o papel da norma jurídica na conformação da vida econômica e social, axiológica que a caracteriza na fase liberal. [...] A norma como que se transformou num programa de realizações. A neutralidade da norma está pois definitivamente ultrapassada. O novo conteúdo da norma jurídica, pelo contrário, constitui- 1 *Idem, ibidem*, p. 31.

²²⁶ Cf., sobre o assunto, Fernando Facury Scaff. *Op. cit.*, p. 95.

²²⁷ Cf. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988, cit.*, p. 83 e ss.

Com efeito, o Estado tanto pode exercer atividades econômicas de modo direto (que hoje, no caso brasileiro, não é a regra, e sim a exceção), como apenas regulá-las (de modo indireto)²²⁸.

Adotando-se a classificação de Eros Grau, fala-se em intervenção no domínio econômico quando o Estado atue como um agente econômico qualquer, assumindo o papel dentro do domínio econômico, sob o regime da iniciativa privada. E tal pode se dar por absorção, quando a atividade seja monopolizada pelo Estado, ou por participação, quando o Estado participe de igual para igual no mercado. Por seu turno, a intervenção dar-se-á sobre o domínio econômico, também nas palavras de Grau, quando o Estado assuma a função reguladora, por indução e/ou por direção. E ao intervir sobre o domínio econômico, o Estado atua como emanador de normas para ordenar o processo econômico, não para dele participar como agente econômico.

Na hipótese de o Estado regular por indução, não são impostos comportamentos, mas privilegiados aqueles mais desejáveis. Já ao fazê-lo pela direção, o Estado impõe a forma através da qual os agentes econômicos exercerão suas atividades, sob pena de sanções.

²²⁸ Consigne-se, por oportuno, que outras classificações são notadas na doutrina especializada de como se dá a intervenção estatal. Vejam-se, por exemplo, as posições dos eminentes professores Ives Gandra da Silva Martins, Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Luis Roberto Barroso. Ives Gandra da Silva Martins se refere à intervenção estatal de três formas: i) monopolista; ii) concorrencial; e iii) reguladora. (Cf. Ives Gandra da Silva Martins. *Aspectos Teóricos da Intervenção Econômica* (nov. 1984) Cont. 7(1) 6r-207c-15 (TJETBT 133151.51 222.77 c) 2ª Tcf/TJET

O aspecto que interessa a este trabalho é justamente o estímulo e/ou desestímulo, pois constitui o objeto das normas indutoras, desde que estejam relacionadas à figura dos tributos.

Tanto nos casos de o Estado intervir no e/ou sobre o domínio econômico, estará ele obrigado a observar os princípios que regem toda a ordem econômica e social. E a Constituição delinea, expressamente, tais princípios, que devem, necessariamente, vincular suas atividades como estrutura social politizada.

Ratifique-se, a propósito, que a Constituição, ao dispor sobre a ordem econômica e social, utiliza-se de elementos extraídos da ciência econômica, valorando-os. E não se deve desprezar, *in casu*, o já trabalhado conceito de eficiência econômica, pois deve o Estado, ao editar normas de indução e/ou de direção, examinar os efeitos sobre todo o processo econômico. Assim procedendo, o Estado está apenas pondo em prática um instrumental de grande utilidade, pois evitará o desperdício de tempo, investimento

1

Nessa linha de argumentação, concorda-se com Washington Peluso Albino de Souza quando menciona a idéia da economia aplicada ao direito, estudando o conteúdo econômico do direito, para explicar a realidade, habilitando o jurista a fazer ponderações, comparações, prever conseqüências, aquilatar prejuízos, sacrifícios pessoais e sociais²²⁹. No mesmo diapasão, reitere-se, segue a corrente do *Law and Economics*, que vem desenvolvendo essa noção de prever o efeito da norma jurídica e ponderá-lo com a eficiência da economia e com a possível solução de conflitos.

Partindo-se da premissa de que o Estado tanto pode impor comportamentos quanto estimulá-los, torna-se possível um entendimento quanto à diferença da intervenção por indução e por direção. Essa diferença pode ser explicada a partir do exemplo concreto do controle de preços, pois a norma de direção vincula a determinada hipótese com único

²²⁹ Cf. Washington Peluso Albino de Souza. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTR, 1994, p. 54.

conseqüente. Havendo desrespeito à norma diretiva, deve haver a aplicação de sanções. O agente, portanto, fica obrigado ao comportamento previsto na norma. Já a norma indutora é diversa, pois são verdadeiras normas dispositivas, pois o agente não se vê sem alternativas. Ao contrário, como ensina Luís Eduardo Schoueri, recebe ele estímulos ou desestímulos, assegurada a possibilidade de se adotar comportamento diverso, sem que, por isso, se cometa ilícito²³⁰.

Assim, as normas indutoras, ao contrário das normas de direção, não impõem um único comportamento. E os agentes econômicos, por conseqüência, podem não aderir ao comportamento nelas previsto, fazendo um exame de seus efeitos. Nem por isso, falar-se-á em ilícito, porque o agente tem como escolher entre praticar ou não o comportamento, a partir de uma ponderação de interesses e valores.

Importante é a afirmação de que não se pode cogitar da direção estatal por meio de normas tributárias, uma vez que estas pressupõem na possibilidade de o contribuinte incorrer ou não no fato gerador. Nesse mesmo passo, veja-se que não apenas o efeito confiscatório estaria sendo realizado, mas também a violação a outros princípios que informam a tributação, como a própria capacidade contributiva e a proporcionalidade e a razoabilidade (no momento da interpretação).

Portanto, as normas tributárias indutoras são, antes de normas indutoras, normas tributárias. O agente econômico não fica obrigado a se submeter aos seus balizamentos, porquanto têm elas a natureza de estimular e/ou desestimular comportamentos que vão ser decididos pelo próprio destinatário das normas.

IV. 2. A questão da divisão de competências na Federação – o pacto federativo

Por se tratar de uma Federação, o poder político do Estado brasileiro há de ser exercido de forma descentralizada. Na forma do que dispõe a Constituição²³¹, o pacto

²³⁰ Cf. Luís Eduardo Schoueri. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*, cit., p. 4.

²³¹ 1 4 1 D E / indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito

federativo é uma das bases imodificáveis do sistema, devendo-se examinar as competências que foram outorgadas aos entes que coexistem no país.

IV. 2. 1. A competência para tributar

Uma das facetas do federalismo é o que se denomina de federalismo fiscal, que trata da divisão de rendas tributárias entre os entes que compõem o Estado brasileiro.

Dentro de tal modelo, sendo alçadas a unidades federativas a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a cada um dos referidos grupos de unidades a Carta Constitucional outorgou o que se denomina, correntemente no Brasil, de competência de tributar. A Constituição, como registra Carrazza²³², pode ser vista como a Carta de Competências, definindo-se competência tributária como a aptidão para se criar tributos.

Seguindo tal raciocínio, a Constituição estabelece, de maneira rígida, a divisão de rendas tributárias entre os entes federativos. Ela cataloga, outorga e distribui as competências tributárias, delimitando o âmbito de atuação de cada pessoa política interna²³³.

Assim, é através do exame da Constituição Federal que se verifica que tributos podem ser cobrados pelos entes que formam a Federação, dizendo-se, por isso, que a discriminação de rendas tributárias é a definição de que tributo cada ente federativo pode exigir.

III 1 /
colocando o pacto da Federação como garantia imutável da ordem jurídica.
232 III a possibilidade jurídica de criar, 'in abstracto', tributos, descrevendo, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas. Como corolário disto, temos que exercer a competência tributária / / 1 Cf. Roque Antonio Carrazza. *ICMS*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24. No mesmo sentido, v. o seu *Curso de Direito Constitucional Tributário*, cit.
233 r, no Estado de Direito Constitucional, está submetido em primeiro lugar à disciplina da Constituição, dentro da qual, explícita ou implicitamente, encontramos as bases do Direito Constitucional Positivo. [...] Disciplinando o exercício do poder de tributar, cabe à Constituição do Estado federativo catalogar, outorgar e distribuir competências tributárias, delimita-las, classificar os tributos, dispor sobre sua partilha e arrecadações, impedir conflitos de competências e garantir o status do cidadão-contrib 1 1 E / op. cit., p. 117-118.

No Brasil, adotou-se um regime rígido de repartição de competências tributárias, por ser a melhor solução para se garantir a cada unidade o montante de ingressos necessários à manutenção de sua independência²³⁴.

Tendo em vista justamente a questão de suprir cada unidade federativa de recursos suficientes à sua manutenção, e principalmente pela situação inovadora de os Municípios criarem sua própria esfera de atribuições autonomamente, tendo que atender a todos os seus dispêndios, no que diz respeito à receita, a Constituição de 1988 optou por um sistema misto, que abrange: i) o regime de partilha de competência; e ii) a partilha do produto arrecadado.

No primeiro mecanismo, o poder de criar tributos é repartido entre os entes políticos, de modo que cada um tem competência para impor as espécies tributárias dentro da esfera que lhe é assinalada pela Constituição²³⁵. Dessa forma, todos, dentro de certos limites estabelecidos na ordem jurídica, podem criar tributos e definir seu alcance obedecendo a Constituição quanto aos critérios de partilha de competência.

O que na verdade se apreende do segundo sistema é que o ente político que tiver competência para legislar sobre determinado tributo delimitará sua abrangência e seu nível de incidência. No entanto, a arrecadação que dele resultar não lhe pertencerá integralmente, mas será partilhada, daí que resulta uma segunda classificação de competência, determinando-se três modalidades: i) privativa, ii) residual e iii) comum. Sobre isso, explica Luciano Amaro:

Designa-se privativa a competência para criar impostos atribuída com exclusividade a este ou àquele ente político; assim, o imposto de importação seria de competência privativa da união; o ICMS pertenceria à competência privativa dos Estados e do Distrito Federal; o ISS comporia a competência privativa dos Municípios e do Distrito Federal. Diz-se residual a competência (atribuída à União) atinente aos outros impostos que podem ser instituídos sobre situações não previstas. Seria comum a

²³⁴ Cf. Luís Eduardo Schoueri. *Discriminação de Competências e Competência Residual*. In: *Direito Tributário Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. Coordenadores: Luis Eduardo Schoeri e Fernando Aurélio Zilveti. São Paulo: Dialética, 1998, p. 82.

²³⁵ Cf. Luciano Amaro. *Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93.

competência (referente às taxas e contribuição de melhoria) atribuída a todos os entes políticos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.²³⁶

Essas classificações, originárias da Carta Constitucional em vigor, impuseram um grau de rigidez²³⁷ na elaboração e na incidência das espécies tributárias dentro de seus respectivos âmbitos, o que na verdade criou uma forma de se evitar a invasão de competências na tributação.

Verifica-se, pelo exposto, que para a edição de normas tributárias indutoras, tornar-se-á fundamental respeitar-se a competência de cada uma das entidades federativas. Não se admite, portanto, que qualquer forma de estímulo ou desestímulo viole a divisão das competências impositivas traçada na Constituição. Por conseqüência, não poderá a União conceder incentivos abrangendo tributos que não fazem parte de sua competência constitucional, o mesmo pensamento se aplicando aos demais poderes sub-nacionais.

IV. 2. 2. A competência para regular

Veja-se, por outro lado, que não é apenas a competência tributária que admite a edição de normas tributárias indutoras, já que, não obstante sejam normas de natureza tributária, têm uma função reguladora, impondo-se que se examine, como elemento fundamental, a competência legislativa, que, adiante-se, abrange a competência tributária.

Da mesma forma que a Constituição é denominada de Carta de Competências no âmbito da tributação, é ela o corpo de dispositivos que distribui o poder de regular e de legislar à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Veja-se, por oportuno, o teor do seu art. 24, no que se refere ao poder regulatório vinculado ao tema do trabalho, que assim dispõe:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, **econômico** e urbanístico;

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 95.

²³⁷ Cf. Geraldo Ataliba. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 21 e ss.

[...]

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

[...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. (Grifos acrescidos).

Menciona o texto constitucional, portanto, que a competência é, em regra, concorrente, isto é, podem a União, os Estados e o Distrito Federal legislar sobre os temas relacionados à matéria econômica, que abrange a produção, o consumo, a proteção do consumidor e do meio ambiente.

A competência concorrente, todavia, prevê que cabe à União estabelecer normas gerais, podendo os Estados e o Distrito Federal, ao inexistirem normas federais, exercer a sua competência legislativa plena (poder de regular)/

/ a eficácia da lei estadual, no que lhe for

1²³⁸

Tem-se, nesse desiderato, que o poder de legislar ou de regular é o poder de governar, ou seja, constitui o poder de restringir, proibir, proteger, encorajar, promover,

²³⁸ Art. 24, § 4º, da Constituição.

tendo em vista qualquer objetivo público, desde que sem violação aos direitos individuais protegidos no plano da ordem jurídica.

Resta clara, portanto, a realidade no caso brasileiro, em que as normas gerais ficam inseridas no âmbito de competência da União, podendo Estados e Distrito Federal, em caráter suplementar, exercerem a competência reguladora. E isso em face da necessidade de harmonização das políticas nacionais, em respeito ao próprio pacto federativo, evitando-se eventuais contradições.

Novamente, é de se destacar que soberania e autonomia são institutos que se distinguem. No plano de uma Federação, todos os entes devem ser autônomos, o que corresponde à idéia de independência, mas que ficará, sempre, vinculada à manutenção da unidade nacional, justamente o que se denomina de soberania. Sustenta-se, portanto, que todas as pessoas políticas devem ter um grau de independência condicionada à manutenção da ordem central, que detém, exclusivamente, a soberania, o poder de autodeterminação estatal diante do cenário externo do Estado²³⁹.

Desse modo, a competência reguladora, em regra, é concorrente (União, Estados e Distrito Federal), cabendo à chamada ordem central o papel de estabelecer leis gerais.

Nesse sentido é a manifestação do Supremo Tribunal Federal:

PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – CONTROLE DA POLUIÇÃO – COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO PARA LEGISLAR – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 24, INC. VI A competência legislativa da União para baixar normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde, a abranger as relativas ao meio ambiente, não exclui a dos Estados para legislar supletiva e complementarmente sobre a matéria, desde que respeitadas as linhas ditadas pela União. Prevalência da legislação estadual, editada com base na regra de competência ditada pela Carta Federal. O exame da validade das normas locais frente às federais (Lei nº 6.938/81) não pode ser feito no âmbito do recurso extraordinário, por extrapolar o contencioso constitucional. Precedentes das duas Turmas

do STF. (STF – RE 144.884-9 – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 07.02.1997).

CONSTITUCIONAL – PROTEÇÃO AMBIENTAL E CONTROLE DE POLUIÇÃO, LEGISLAÇÃO CONCORRENTE: UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL – CF, ART. 24, VI E XII – CF/67, ART. 8º XVII, C – I. O art. 8º, XVII, c, CF/67, conferia à União competência para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, estabelecendo o parágrafo único do mesmo artigo que a competência da União não excluía a dos Estados para legislar supletivamente sobre a matéria. A CF/88 conferiu aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente na matéria (CF/88, art. 24, VI e XII). II. Inocorrência de ofensa à Constituição pelo fato de o Estado ter exercido a sua competência legislativa supletiva. A alegação no sentido de que a legislação estadual teria entrado em testilhas com a lei federal, Lei nº 6.938/81, não é própria do recurso extraordinário, esgotando-se no âmbito do contencioso infraconstitucional, próprio do recurso especial (CF, art. 105, III, "b"). (STF – Ag Rg no AI 147.111-6 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 13.08.1993).

Infere-se, aliás, dos entendimentos reproduzidos, que o Supremo Tribunal Federal proclamou, de forma expressa, a distinção entre os sistemas constitucionais de 1967 e de 1988, havendo o ordenamento vigente conferido aos Estados e ao Distrito Federal o que se denomina de competência concorrente. E isso para que não faltem mecanismos legislativos na busca de um equilíbrio nas relações jurídicas, econômicas e sociais. O texto de 1988, portanto, é incomparavelmente mais moderno, porque relativizou a distribuição do exercício do poder político no âmbito da regulação.

Com argumentos semelhantes, já sustentou Luís Roberto Barroso que a atual ordem jurídica coloca à disposição dos órgãos governamentais um impressionante elenco de competências para impor, estimular ou desestimular comportamentos dos agentes econômicos, para que sejam atingidos os objetivos da ordem constitucional, nela inserida o fenômeno econômico²⁴⁰.

Pelo exposto, não faltam ao Estado brasileiro, na sua composição plena, instrumentos legislativos para a regulação. Aos Municípios²⁴¹, por sua vez, foi outorgada

²⁴⁰ Cf. Luis Roberto Barroso. *Crise Econômica e Direito Constitucional*. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: RT, v. 6, 1994, p. 32.

²⁴¹ Note-se, por oportuno, o teor do art. 30 da Constituição: Art. 30. Compete aos Municípios:

competência reguladora desde que a matéria esteja no âmbito de seu peculiar interesse, tendo em vista a preocupação, já notada acima, com a harmonização nacional, pois seria extremamente danosa à Federação a existência de mais de 5.500 políticas públicas diferentes em todos os temas afetos à regulação.

De qualquer sorte, recentes entendimentos do Poder Judiciário admitem a competência municipal em matéria de regulação, desde que o objeto seja especificamente de seu interesse, como a forma de se exercerem, no seu território, as atividades econômicas.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – ADMINISTRATIVO – [...] – TAXA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO – COMPETÊNCIA MUNICIPAL, TENDO EM VISTA O PECULIAR INTERESSE DO MUNICÍPIO – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO FEDERALISMO – COMPETÊNCIA MUNICIPAL DECORRENTE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA [...] 2. É devida a taxa de localização e funcionamento decorrente do exercício do poder de polícia, por parte do município, nos termos do art. 78 do CTN. 3. O município tem competência, tendo em vista seu peculiar interesse, para disciplinar as atividades econômicas ocorridas em seu território. 4. Para a cobrança da taxa decorrente do exercício do poder de polícia, deve haver a correspondente atuação estatal, a qual não restou, no caso em tela, afastada. 5. Recurso adesivo não conhecido e apelação a que se nega provimento. (TRF 3ª R. – AC 93.03.028941-2 – (103753) – 3ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Sílvio Gemaque – DJU 11.01.2006 – p. 179).

CONFRONTO ENTRE LEI MUNICIPAL E FEDERAL - EXIGÊNCIA DE INSTALAÇÃO DE PORTAS ELETRÔNICAS EM INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS - POSSIBILIDADE - O art. 30 da Constituição Federal autoriza o município a expedir leis sobre assuntos de seu peculiar interesse e suplementar a Lei federal e estadual no que couber. A existência de Lei federal disciplinando os requisitos mínimos de segurança a serem observados pelas instituições financeiras, como é o caso da Lei nº 7.102/83, não impede que os entes locais estabeleçam outras exigências a par das já existentes, visando proteger os interesses da comunidade. Apelação provida. (TRF 4ª R. - AMS 2001.71.00.028024-8 -

I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...]VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

**RS - 3ª T. - Relª Desª Fed. Maria de Fátima Freitas Labarrère - DJU
30.10.2002 - p. 1.030).**

[...] Decisão que decreta carência da ação eoBT2(e)9(oBT2(/Bot)-12(ç)9(ã 11.04 Tf1 0 0 é11.



IV. 3. Incentivos fiscais e elementos afins

As normas tributárias indutoras, para o fim de regular a ordem econômica, a partir do modelo proposto na Constituição, podem instituir benefícios e/ou agravamentos²⁴⁴, visando à realização de comportamentos mais desejáveis pelos agentes econômicos.

Assim, os incentivos fiscais são os instrumentos hábeis para servirem à indução econômica nas hipóteses de benefícios que passam a ser outorgados para incentivar comportamentos específicos.

Parte-se aqui da premissa de ser um incentivo fiscal a supressão e/ou a redução do ônus com o recolhimento de tributos. Afastando-se, todavia, do estudo analítico de suas espécies, por fugir ao tema proposto, podem ser mencionados os seguintes elementos relacionados às figuras dos incentivos fiscais: i) as subvenções, que constituem um benefício de natureza financeira²⁴⁵; ii) os créditos presumidos, que têm natureza complexa, ora apresentando-se como subsídio, ora como subvenção, ora como mera redução da base de cálculo dos tributos²⁴⁶; iii) os subsídios, que podem ser estímulos de natureza fiscal ou comercial, para promover determinadas atividades econômicas por períodos transitórios²⁴⁷; iv) as isenções tributárias, que evitam o nascimento, por lei, da própria

²⁴⁴ O presente trabalho examinará, pela proposta delimitada, os incentivos fiscais, tendo em vista se tratar do instrumento colocado à disposição do Estado para alcançar-se, nos termos do que estabelece a Constituição, a redução das desigualdades regionais e sociais. Daí porque o regime dos agravamentos não será estudado a fundo. De qualquer forma, é de se advertir que os agravamentos, instituídos com propósitos regulatórios e por intermédio de normas tributárias indutoras, sujeitam-se ao regime jurídico destas, o que será melhor analisado em tópico a seguir.

²⁴⁵ Cf. Modesto Carvalhosa. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 603. O autor considera as subvenções um instituto próprio do direito financeiro, por se tratarem de ajudas pecuniárias, concedidos pelo Estado em favor de instituições que prestam serviços e/ou realizam obras do interesse público.

²⁴⁶ Cf. Marcos André Vinhas Catão. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 71.

²⁴⁷ Ricardo Lobo Torres entende que os subsídios podem ser incluídos no conceito mais abrangente de subvenção. Cf. Ricardo Lobo Torres. *Os Direitos Humanos e a Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 296. Para Adilson Rodrigues Pires, subsídio é toda ajuda oficial do governo com o fim de estimular a produtividade de indústrias, tendo como objetivo promover o desenvolvimento de setores estratégicos sob o ponto de vista econômic / /

1 1D 1 Práticas Abusivas no
Comércio Internacional. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 201. E Marcos André Vinhas Catão encara-os como “incentivos fiscais destinados a promover determinada atividade econômica, com o fim de equalizar preços e permitir, durante período transitório, o estímulo ou até mesmo a proteção de um setor produtivo.

obrigação tributária; e v) o diferimento, que representa uma isenção condicionada, na linguagem usada, dentre outros, por Roque Antonio Carrazza²⁴⁸.

O que há de ser reafirmado é que todas as figuras, não obstante possíveis diferenças em seus regimes jurídicos, são instrumentos hábeis para a intervenção estatal sobre o domínio econômico, incentivando determinados comportamentos por parte dos agentes econômicos, vinculadas, é óbvio, aos interesses públicos.

A utilização da política dos incentivos fiscais para a obtenção de determinados desideratos desejáveis aumentou consideravelmente a partir de 1964, acompanhando a formulação de novas teorias progressistas²⁴⁹. A cada dia, portanto, tem aumentado no Brasil a força dos estímulos de natureza tributária para a busca do desenvolvimento econômico sustentável.

Adilson Rodrigues Pires, ao mencionar o afastamento da tributação da neutralidade, tendo em vista a sua importância no estímulo ao exercício de determinadas atividades privadas carentes de recursos e de apoio governamental para se desenvolverem, explica que os incentivos fiscais são justamente esses mecanismos destinados a regular as atividades econômicas²⁵⁰.

O mencionado professor passa então à análise de cada uma das espécies de incentivos. Afirma ele, inicialmente, sobre as subvenções, que: i) elas não se confundem
/ modal, cuja destinação é
especificada pela pessoa jurídica de direito público concedente segundo sua conveniência

1) trata-) de acordo com sua

/ /

/ /

recursos públicos para os cofres do ente privado com vistas à realização de um fim
/ 1 ²⁵¹

Ainda para o referido autor, os créditos presumidos podem ser classificados tanto como subsídios, subvenções ou meras reduções da base de cálculo²⁵².

/
natureza comercial, financeira, cambial ou fiscal, com o fim de estimular a produtividade
1 ²⁵³ São, portanto, instrumentos que além dos estímulos de natureza tributária, valem-se de ajudas comerciais, financeiras e até cambiais, como visto.

Comenta o ilustre professor da UERJ, ainda, que os incentivos fiscais, apesar de se tratar de instrumentos que visam ao desenvolvimento nacional, devem ser conciliados com os princípios que informam a ordem fiscal e tributária brasileira, enfatizando a importância de se respeitar a capacidade contributiva. Fala também o autor em observância ao princípio da redistribuição de rendas e ao princípio da destinação pública, comentando, por fim, que a concessão de incentivos fiscais deve ser entendida como algo mais que um mero instrumento de intervenção do Estado. São, antes, como um canal para promover o
/ /
seja por meio de empregos, seja pelo acesso à cultura e pela geração e redistribuição de renda²⁵⁴.

Nessa visão, é notória a importância da intervenção estatal por meio da tributação com objetivos regulatórios, já que é atribuição sua estimular determinadas atividades econômicas para que se busque a ordem proposta pela Constituição da República. É, vale dizer, indiscutível o papel da tributação na busca do desenvolvimento econômico, devendo, para tanto, pautar-se pelos princípios constitucionais econômicos, tributários,

²⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 1113.

²⁵² *Idem, ibidem*, p. 1113.

²⁵³ *Op. cit.*, p. 1114.

²⁵⁴ Cf. Adilson Rodrigues Pires. *Incentivos Fiscais e o Desenvolvimento Econômico*, cit., p. 1124.

sem que se ponha de lado toda a teorização econômica que pode auxiliar o direito a melhorar o nível de eficiência da economia nacional.

Os incentivos, sujeitando-se aos ditames da Constituição, devem ser concedidos a partir de análises técnicas da economia, que deve fornecer ao direito instrumentos úteis de busca das soluções para os problemas sociais. Daí porque a grande importância, no direito norte-americano, de se estudar o efeito da norma jurídica sobre o fenômeno econômico, conforme se viu. Sem essa visão, evidentemente mais eficiente para o tecido social e para o processo econômico como um todo, tornar-se-á cada dia mais distante a teoria da realidade dos sistemas jurídico e econômico.

É de se enfatizar, por todos os argumentos delineados acima, que os incentivos fiscais, concedidos na forma do que pretende a Constituição, devem ser considerados legítimos. Nesse ponto, merece atenção a ponderação de Heleno Taveira Tôres:

Todo incentivo fiscal (*depenses fiscales, tax expenditures*) concedido sob amparo constitucional é legítimo, enquanto nutre-se do desígnio de reduzir desigualdades e promover o bem comum, como o desenvolvimento nacional ou regional. Não é odioso o incentivo que se invista na condição de meio para o atingimento de finalidades públicas ou privadas, mas coletivamente relevantes, sustentado em desígnio constitucional que se preste à promoção da quebra de desigualdades ou fortaleça os direitos individuais ou sociais ou ainda o próprio sentido de unidade econômica do /
sob a égide das condições acima enumeradas. /

O papel promocional dos incentivos fiscais consiste no servir como medida para impulsionar ações ou corretivos de distorções do sistema econômico, visando a atingir certos benefícios, cujo alcance poderia ser tanto ou mais dispendioso, em vista de planejamentos públicos previamente motivados. [...].²⁵⁵

Por um aspecto distinto, os incentivos devem ser concedidos para gerar eficiência econômica, no sentido de se buscar o desenvolvimento econômico. A vontade da Constituição, portanto, deve ser concretizada, desde que examinados os efeitos dos incentivos, porquanto eles não podem gerar ainda maiores desigualdades.

²⁵⁵ Cf. Heleno Taveira Tôres. *Incentivos Fiscais na Constituição e o "Crédito-prêmio de IPI"*. In: *Direito Tributário Atual* 18. São Paulo: Dialética & Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2005, p. 79.

Dessa forma, a vontade legislador, dos governos; deve, antes, se adequar aos princípios da ordem econômica e social. E isso porque a Constituição, como já se disse, concretizou, por meio dos princípios, valores que visam à realização do equilíbrio das relações econômicas.

As normas tributárias indutoras, portanto, são instrumentos hábeis para a concessão de incentivos fiscais, desde que se observem as rígidas divisões do exercício do poder político (competências tributária e reguladora). Assim sendo, podem os entes federativos conceder incentivos por meio de normas tributárias indutoras, desde que não estejam regulando matérias alheias à sua esfera de poder.

Como conseqüência, não podem os Municípios, pela leitura do art. 24 da Constituição, instituir incentivos para proteger o meio ambiente ou o consumidor, por exemplo. Nada impede, todavia, que normas tributárias indutoras sejam editadas pelas municipalidades, visando-se à atração de investimentos para a redução das desigualdades regionais. Mas isso não pode ser feito em violação ao próprio pacto federativo, uma das limitações das chamadas normas tributárias indutoras.

Relembre-se, aliás, que a competência tributária há de ser vista, ao lado da competência de legislar, a denominada competência reguladora. Esta, como já adiantado, abrange aquela, porque quem pode legislar, regulando, pode, no Brasil, tributar. A norma que veicula tributos, portanto, é apenas uma das esferas do chamado poder regulatório.

IV. 3. 1. Incentivos fiscais e relações internacionais

Outro aspecto é que a concessão de incentivos não pode simplesmente ser encarada sob a ótica do direito interno. Atualmente, em face da tendência de valorização das relações internacionais, os Estados devem se pautar pelas regras firmadas por meio dos tratados internacionais.

Ressalte-se, a propósito, que não há modos de se impedir a globalização²⁵⁶, que pode ser vista como a quebra de barreiras entre Estados, com a conseqüente abertura dos sistemas de cada país, de cada bloco político e econômico. Tal fenômeno, aliás, não encontra limites, porquanto até mesmo as culturas de cada povo estão se transformando. E o direito não pode desprezar tal elemento, devendo, mais do que estudá-lo, criar mecanismos de harmonização.

A faceta da globalização, todavia, que mais tem chamado a atenção em todo o mundo é a econômica²⁵⁷. Não é de hoje que se discutem os efeitos negativos e/ou positivos da internacionalização das empresas, das atividades econômicas, em face dos reflexos sociais que impõem. E é incontestável a necessidade de se criarem instrumentos de harmonização internacional. Ou os Estados

Surgem, então, algumas figuras do direito tributário e do direito financeiro que podem violar os mencionados acordos internacionais, acarretando na adoção de medidas fiscais e a sua possível caracterização como subsídios. Quanto aos incentivos fiscais, parte-se da idéia de desoneração tributária - medidas adotadas pelo legislador para evitar a incidência de determinados tributos, visando-se ao fomento de determinadas atividades empresariais, para o fim maior que é o desenvolvimento econômico. Já os subsídios constituem, de acordo com as normas internacionais (ASMC - Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias), quaisquer contribuições financeiras de um governo e/ou de entidades públicas para a concessão de vantagens a uma determinada empresa, grupo empresarial e/ou até a um ramo específico da indústria (produção). E são representados pela concessão de determinada vantagem (*benefit*), que não existiria naturalmente no exercício da atividade econômica. Assim, pode existir a concessão de um incentivo fiscal que se caracterize como subsídio, por constituir vantagem específica a uma determinada empresa e/ou a uma atividade econômica.

Mas os subsídios, não obstante possam se apresentar através dos incentivos fiscais, que estão inseridos no âmbito do direito tributário, podem também existir em outros casos estranhos à área mencionada, como a concessão de vantagens financeiras, com empréstimos subsidiados (juros abaixo das taxas de mercado), ou através de doações, aportes de capital, fornecimentos diretos e/ou indiretos de bens e serviços.

De qualquer forma, a prática dos subsídios específicos, no âmbito das relações internacionais, é vedada pela OMC e a sua violação acarretará a instauração de um processo internacional e a imposição, pelos países prejudicados, de medidas compensatórias, de defesa comercial, que visam a re-equilibrar a relação de concorrência entre os países envolvidos. O Brasil, no âmbito internacional, tanto já impôs medidas compensatórias contra os subsídios do Canadá no caso das aeronaves (*Technology Partnership Canadá*), como já se sujeitou a elas, como no caso do PROEX (taxas de juros

que eram subsidiadas e que foram substituídas por um índice internacional), por força de decisão da OMC²⁵⁸.

Desse modo, o Brasil, ao fazer parte de um acordo internacional, abre mão de parte de seu poder político interno, tendo que se sujeitar às determinações multilaterais, dentre elas as que impedem a concessão de incentivos fiscais que se qualifiquem como subsídios. Nesse ponto, merece destaque a classificação dos subsídios em aqueles proibidos, acionáveis/recorríveis e não-acionáveis/não-recorríveis²⁵⁹. O Estado que descumprir as determinações internacionais sujeitar-se-á a medidas compensatórias, numa resposta ao exercício abusivo.

No que se refere à concessão de incentivos fiscais para a redução das desigualdades regionais e sociais, deverá o Estado brasileiro respeitar os tratados firmados em âmbito internacional. Deverá, portanto, observar os limites próprios das relações internacionais.

IV. 3. 2. Incentivos fiscais e pacto federativo

Ademais, a concessão de incentivos fiscais, a despeito de se tratar de prática fundamental na busca da ordem econômica normativa, não pode ocorrer à margem dos limites impostos pelo próprio federalismo adotado pelo Estado brasileiro.

Tem sido comum, nesse particular, a concessão de incentivos fiscais em nítida violação ao pacto federativo. Muitas das unidades federativas, para atraírem investimentos para os seus territórios, acabam pondo em risco a unidade do Estado brasileiro. Estados e Municípios, não obstante tenham a denominada competência para legislar sobre seus tributos, detendo também o atributo da autonomia, não podem se sobrepor aos interesses

²⁵⁸ Cf. Guilherme Cezaroti. *Subsídios e Incentivos Fiscais – Uma Visão a partir do Tratado da OMC*. In: *Tributação, Justiça e Liberdade – Homenagem a Ives Gandra da Silva Martins*, cit., p. 228 e ss.

²⁵⁹ *Idem, ibidem* 1 D / /

competente para a resolução das controvérsias comerciais, leva em consideração diversos aspectos formais, tais como a generalidade ou não do benefício, a vinculação a determinados resultados de exportação, a participação do país no comércio internacional de determinado produto ou serviço, mas todos estes critérios são aplicados com raras distinções entre os países desenvolvidos, em desenvolvimento e menos

1 *Op. cit.*, p. 245.

nacionais, instituindo políticas contrárias à harmonia do Estado brasileiro. Portanto, a outorga de incentivos fiscais deve observar rigorosamente os critérios estabelecidos na ordem jurídica como forma de proteger-se a Federação.

No caso dos Estados e do Distrito Federal, a concessão de incentivos fiscais não se pode dar unilateralmente. Devem, para não desrespeitarem o sistema constitucional, ser previamente aprovados em deliberações no CONFAZ, o denominado Conselho Nacional de Política Fazendária, que é composto por representantes dos Estados, do Distrito Federal e um membro da União Federal²⁶⁰.

O posicionamento do Poder Judiciário, em numerosos casos, tem sido no sentido de declarar inconstitucional qualquer lei estadual ou distrital que conceda incentivos fiscais sem a necessária deliberação e aprovação no CONFAZ, afastando-se as práticas

²⁶⁰ Veja-se, a propósito, o teor da Lei Complementar nº. 24, de 7 de janeiro de 1975. Pelo texto legal aplicável ao CONFAZ, infere-se que constitui a sua principal competência a promoção e a celebração de convênios para efeitos de controle da concessão de incentivos fiscais quanto ao ICMS. Objetiva-se, também, através do conselho em comento, a promoção e a celebração de atos visando ao exercício das prerrogativas previstas nos artigos 102 e 199 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), como também sobre outras matérias de interesse dos Estados e do Distrito Federal, bem como sugerir medidas com vistas à simplificação e à harmonização de exigências legais, promovendo a gestão do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico - Fiscais - SINIEF, para a coleta, elaboração e distribuição de dados básicos essenciais à formulação de políticas econômico-fiscais e ao aperfeiçoamento permanente das administrações tributárias. Pode também o CONFAZ promover estudos com vistas ao aperfeiçoamento da administração tributária e do Sistema Tributário Nacional como mecanismo de desenvolvimento econômico e social, nos aspectos de inter-relação da tributação federal e estadual, podendo, ainda, colaborar com o Conselho Monetário Nacional na fixação da Política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e Distrito Federal, para cumprimento da legislação pertinente e na orientação das instituições financeiras públicas estaduais, propiciando sua maior eficiência como suporte básico dos Governos Estaduais. Tais competências, assim como o embasamento legal do conselho, bem como suas limitações, encontram-se insertas na Lei Complementar nº 24/75, no Regimento Interno do CONFAZ, bem como na Exposição de Motivos nº 505. Um aspecto curioso é que não obstante seja um órgão formado por membros dos Poderes Executivos, assume atribuições próprias do Poder Legislativo (Senado), consistindo uma espécie de “*Bundesrat*” da República Alemã, no qual os Estados são representados diretamente para a deliberação das hipóteses em que são possíveis as concessões de incentivos fiscais, através da formalização de convênios entre as pessoas políticas que dele participam. Sobre o tema, cf. André Elali. *O Federalismo Fiscal Brasileiro e o Sistema Tributário Nacional*, cit.

Nesse sentido é farta a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que tem o papel, dentre outros, de Tribunal da Federação²⁶¹.

Ainda sobre o assunto, é de se destacar a grande relevância das Resoluções do Senado Federal e das Leis Complementares, conforme prescreve o texto constitucional em seus arts. 155, IV e V, e 146, com o desiderato de se manter a unidade nacional, evitando-se a adoção de múltiplas políticas fiscais contraditórias e que apenas prejudiquem a busca da ordem econômica normativa.

No plano dos Municípios, duas medidas podem ser consideradas fundamentais na proteção da unidade nacional: i) a determinação, em Lei Complementar, dos critérios para a incidência do ISS, imposto sobre serviços; ii) a inserção, através da Emenda à Constitucional n.º. 37, de 2002, da possibilidade de Lei Complementar estabelecer alíquotas máximas e mínimas para o mesmo imposto.

Ainda no âmbito das limitações das normas tributárias que instituem incentivos fiscais com finalidades reguladoras, merece registro a Lei Complementar n.º. 101, de 4 de maio de 2000, denominada correntemente de Lei de Responsabilidade Fiscal, que

²⁶¹ Confira-

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI N.º 6.004, DE 14 DE ABRIL DE 1998, DO ESTADO DE ALAGOAS – CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS PARA O SETOR SUCRO-ALCOOLEIRO – ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 155, § 2.º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL Ato normativo que, instituindo benefícios de ICMS sem a prévia e necessária edição de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, como expressamente revelado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, contraria o disposto no mencionado dispositivo

I D 1 (STF – ADI 2458 – AL – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 16.05.2003 – p. 00090). “ICMS – CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS (INCLUÍDA A OUTORGA DE CRÉDITO PRESUMIDO) POR ESTADO FEDERADO – GUERRA FISCAL REPELIDA PELO STF – LIMINAR DEFERIDA 1. A orientação do Tribunal é particularmente severa na repressão à guerra fiscal entre as unidades federadas, mediante a prodigalização de isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS, com afronta da norma constitucional do art. 155, § 2º, II, g que submete sua concessão à decisão consensual dos Estados, na forma de lei complementar (ADIn 84-MG, 15.2.96, Galvão, DJ 19.4.96; ADInMC 128-AL, 23.11.89, Pertence, RTJ 145/707; ADInMC 902 3.3.94, Marco Aurélio, RTJ 151/444; ADInMC 1.296-PI, 14.6.95, Celso; ADInMC 1.247- PA, 17.8.95, Celso, RTJ 168/754; ADInMC 1.179-RJ, 29.2.96, Marco Aurélio, RTJ 164/881; ADInMC 2.021-SP, 25.8.99, Corrêa; ADIn 1.587, 19.10.00, Gallotti, Informativo 207, DJ 15.8.97; ADInMC 1.999, 30.6.99, Gallotti, DJ 31.3.00).

III (STF – ADIMC 2352 – TP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 09.03.2001 – p. 00102). No mesmo diapasão, consultem-se, também, os recursos seguintes: STF – ADI 1179 – SP – TP – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 19.12.2002 – p. 00069; STF – ADIn 2.376 (ML) – RJ – Rel. Min. Maurício Corrêa – Clipping do DJ 04.05.2001 – Informativo n.º 226 – 09.05.2001 – p. 2; STF – ADInMC 2.376 – MG – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – J. 15.03.2001 – Informativo n.º 220 – 21.03.2001 – p. 1.

determina limitações na concessão ou ampliação de incentivos fiscais²⁶². Comente-se, por oportuno, que a referida norma é mais um mecanismo de controle da unidade nacional, protegendo o pacto federativo.

IV. 4. Imunidades

É importante, neste trabalho, que se sejam algumas ponderações em torno do tema das imunidades tributárias, já que, além de constituírem verdadeiras limitações ao poder de tributar, podem ser também instrumentos de políticas fiscais, como ver-se-á a seguir.

IV. 4. 1. Sentido, origem e importância das imunidades: breves anotações

A origem da imunidade tributária remonta ao Império Romano, quando não eram onerados os templos religiosos e os bens públicos, passando-se por situações símiles na Índia, especificamente no século XIII, onde eram favorecidos portadores de problemas físicos e mentais. Na Idade Média, eram concedidos privilégios às classes nobres e religiosas, até se chegar ao surgimento do liberalismo, momento no qual o instituto passou a constituir uma garantia de várias atividades em face da tributação.

Verifica-se, ainda, que a imunidade tributária passou a receber maior ênfase nos tempos modernos em virtude do movimento constitucionalista norte-americano, mais detidamente quando se decidiu que não deveriam incidir tributos entre os entes federativos.

262

D 1 471 A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas

A imunidade tributária, no sistema brasileiro, consiste na proibição de se impor tributo por determinação constitucional. Assim, quando há imunidade, proibitiva, portanto, da tributação, os entes que detêm competência tributária passam a ter uma limitação. Das espécies que impedem a ocorrência da tributação no país, trata-se da única veiculada no plano constitucional, daí porque tem sido referida como limitação absoluta ao poder tributário, significando, na linguagem / ²⁶³.

Ademais, as imunidades mantêm relações com fatores jurídicos, políticos, financeiros e até econômicos importantes tais como o pacto federativo, os direitos e garantias constitucionais, as competências tributária e legislativa, as políticas fiscais e a hierarquia das normas jurídicas.

O direito positivo brasileiro passou a prever as imunidades a partir da Constituição do Império de 1824. Com a Constituição de 1891, no entanto, passou a haver expressa previsão da imunidade recíproca entre o Governo Central e os Estados. Posteriormente, nos textos constitucionais de 1934, 1937 e 1945, 1946 e 1967, o instituto foi sendo alterado, ora abrangendo diferentes situações, ora sendo restringido. E os diversos textos constitucionais foram tratando a imunidade de acordo com as convicções políticas e econômicas de suas épocas.

Com o desenvolvimento histórico do constitucionalismo brasileiro, viu-se a necessidade de garantir a não-incidência tributária de algumas atividades e de alguns bens e serviços. Passaram esses, pois, a ter uma proteção constitucional contra a tributação.

O texto constitucional, albergando diferentes casos de imunidades, passou a tê-las como garantias constitucionais. E isso porque estão nitidamente relacionadas aos princípios e finalidades da República e da Federação, daí porque têm que ser vistas na forma de cláusulas pétreas. E isso porque se alguma das imunidades do texto

²⁶³ Cf. Ricardo Lobo Torres. *Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

constitucional originário for restringida, por-se-á em risco uma série de direitos e garantias diretamente vinculadas aos bens protegidos contra a imposição tributária, verdadeiras conquistas sociais. Nesse sentido já se manifestou o professor da Faculdade de Direito do Recife, José Souto Maior Borges, aduzindo que:

Sistematicamente, através da imunidade resguardam-se princípios, idéias-força ou postulados essenciais ao regime político. Conseqüentemente, pode-se afirmar que as imunidades representam muito mais um problema do direito constitucional do que um problema do direito tributário. Analisada sob o prisma do fim, objetivo ou escopo, a imunidade visa assegurar certos princípios fundamentais ao regime, a incolumidade de valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo e que se pretende manter livre das interferências ou perturbações da tributação.²⁶⁴

Por tais argumentos, as imunidades previstas no texto constitucional originário são cláusulas pétreas.²⁶⁵

IV. 4. 2. As imunidades como mecanismos de políticas fiscais

Sob uma vertente distinta, admite-se a idéia de que as imunidades podem constituir apenas mecanismos de políticas fiscais, sendo instituídas apenas para a implementação de determinadas políticas públicas.

Veja-se como exemplo concreto a imunidade instituída através da Emenda à Constituição n.º 33, de 2001, que conferiu proteção constitucional contra a tributação das receitas de exportação por meio de contribuições. Trata-se de medida relacionada à política econômica nacional, que tem buscado a ampliação de *superávits* da balança comercial, que compreende a entrada e a saída de dinheiro proveniente das exportações e das importações de bens²⁶⁶.

²⁶⁴ Cf. José Souto Maior Borges. *Isenções Tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 184/185.

²⁶⁵ Cf. Kart Lowestein. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1986, p. 189.

²⁶⁶ Cf. Argemiro J. Brum. *Desenvolvimento Econômico Brasileiro*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, Editora Unijuí, 2002, p. 506.

Historicamente, a balança comercial brasileira tem sido marcada por *superávits*, tendo, no entanto, períodos de *déficits* em face do impacto dos preços do petróleo, como na década de 1970. Tal preocupação se deve ao fato da necessidade de pagamento de dívidas externas, contraídas ao longo dos anos. E a partir de 1995, voltou a balança comercial a apresentar *déficits*,

em decorrência do incremento das importações para atender ao aumento do consumo interno provocado pela estabilização da moeda com a implantação do Plano Real; da maior abertura da economia brasileira (redução das alíquotas de importação) à concorrência internacional; da sobrevalorização cambial que tornou mais baratos os produtos importados; e do aumento na importação de máquinas e equipamentos para modernizar as indústrias.²⁶⁷

Como consequência de todos os fatores anteriormente referidos, houve um fraco incremento das exportações. E o problema dos *déficits* voltou a preocupar o Poder Público, que teve que instituir uma política tributária condizente com suas finalidades, dando início à vedação da tributação sobre as exportações, e, ao mesmo tempo, ao aumento do ônus fiscal sobre as importações.

Nesse diapasão, a União, como governo central da Federação, tem instituído várias medidas para proteger tal política econômica voltada à manutenção de sua atual situação da balança comercial, podendo-se citar a já mencionada Emenda Constitucional nº. 33/01 e a recente instituição de novas contribuições incidentes sobre as importações PIS e COFINS sobre importações.

Note-se, então, a diferença de sentidos políticos e econômicos das imunidades previstas no texto original da Carta Política de 1988 e a imunidade da Emenda aqui examinada. Enquanto aquelas têm uma preocupação maior com as finalidades do Estado, esta está vinculada às análises e decisões sobre matérias de finanças e economia. As imunidades originárias, se assim denominadas, são conquistas sociais. Já no caso da Emenda, se trata de um mero mecanismo de política fiscal, representando um método de

²⁶⁷ *Op. cit.*, p. 506.

intervenção estatal através da tributação mais favorecida para as exportações, visando-se ao incremento destas, que beneficiam a política econômica do Estado brasileiro.

As imunidades, classificadas a partir do critério visto acima, podem ter tratamentos jurídicos diferentes, sujeitando-se a possíveis revisões ou não. No futuro, portanto, a imunidade concedida às receitas de exportações poderia ser revista, de modo a atender às preocupações nacionais. Todavia, o mesmo não poderá ocorrer com as imunidades dos templos, dos partidos políticos, e com os demais casos do texto originário, pois relacionadas à formação da República e da própria Democracia.

Note-se, por oportuno, que em outros países, a proteção de determinadas atividades contra a tributação se dá em nível infraconstitucional, assim ocorrendo no sistema tributário norte-americano, em que as políticas fiscais são veiculadas por meio de normas infraconstitucionais.²⁶⁸

Por fim, destaque-se que as imunidades apresentam uma nítida relação com as normas tributárias indutoras, por duas razões fundamentais: i) num primeiro plano, porque as primeiras são limitações ao poder de tributar, impedindo-se a utilização das segundas em campo alheio à regulação do domínio econômico²⁶⁹; ii) num segundo plano, podem existir hipóteses de imunidades que se configurem como normas tributárias indutoras, porquanto vinculadas à regulação do domínio econômico, como no caso das imunidades dos livros, jornais e periódicos e papel destinado à sua impressão e, mais recentemente, com a Emenda à Constituição nº. 33, de 2001, que tem como objetivo o incremento das atividades econômicas de exportação.

²⁶⁸ Cf. Enio Moraes da Silva. *Limites Constitucionais Tributários no Direito Norte-Americano*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 104-106.

²⁶⁹ D

o legislador se valha de técnicas de agravamento como forma de intervenção sobre o Domínio Econômico. Assim, por exemplo, não poderia o Estado, por meio de impostos, regular o mercado livreiro, prestigiando a literatura nacional, ainda que invocasse a soberania econômica, de que trata o artigo 170, I, do texto

IV. 4. 3. Imunidades e normas tributárias indutoras

Adotando-se as lições de Luís Eduardo Schoueri, maior responsável pelo estudo do novíssimo tema das normas tributárias indutoras, destaca-se o aspecto de que tais normas, apesar dos objetivos de indução, têm o regime jurídico das normas tributárias. Como tais, devem respeitar todas as características impostas pelo sistema tributário. Em consequência, as normas tributárias indutoras devem se submeter aos princípios, valores e limites específicos da tributação²⁷⁰. E isso inclui as imunidades, como verdadeiras limitações ao poder de tributar, até pela vinculação das normas tributárias indutoras à regulação do domínio econômico.

Da mesma forma, até pela noção de unidade do sistema jurídico, as normas tributárias indutoras têm que se sujeitar aos princípios constitucionais econômicos, que protegem a liberdade das atividades econômicas, o capital, o trabalho, a concorrência, o mercado, o consumidor etc. Em outros dizeres, devem aquelas servir para a busca da ordem econômica proposta pela Constituição Econômica, nunca contrariando o que objetiva o sistema, a ordem global.

Como decorrência lógica, deve o Estado, ao induzir os agentes a determinados comportamentos, através da imposição de tributos com função reguladora, observar suas próprias limitações, já que o poder político não é absoluto. Não pode o Estado, pois, impor tributação confiscatória, desrespeitar a capacidade contributiva dos agentes econômicos, tratar desigualmente os iguais, desrespeitar as garantias da livre iniciativa, sob o argumento de pretender regular as atividades econômicas, de buscar o equilíbrio das relações econômicas. Tal prática, além de violar a própria base constitucional da regulação, será prejudicial ao sistema, à economia e à ordem social. E isso porque acabará

²⁷⁰ Ratifica-se que este estudo não tratou de todos os princípios e limitações da tributação em face de haver optado por estudar as normas tributárias indutoras no âmbito específico da redução das desigualdades regionais, valorizando-se, por meio de incentivos fiscais, o poder econômico, como decorrência da força inerente à livre iniciativa.

acarretando mais prejuízos do que benefícios aos agentes econômicos, provavelmente com a dominação de mercados, como os monopólios²⁷¹.

IV. 5. Exame de caso: o estímulo ao desenvolvimento econômico por meio de incentivos fiscais – poder econômico e desenvolvimento com a redução das desigualdades regionais

Avaliar se o poder econômico é um dado estrutural da ordem econômica normativa não é tarefa difícil. Basta que se analisem as informações das regiões que vêm recebendo investimentos da iniciativa privada, como alguns Estados do Nordeste do país.

Nas décadas de 70 e 80, o Nordeste era praticamente desconhecido nas grandes capitais do país. Cidades como Natal, João Pessoa e Fortaleza eram referidas por muitos como partes da região amazônica. Em verdade, eram de cidades completamente carentes de desenvolvimento, não existindo qualquer perspectiva de melhoria.

Com o início de projetos de atração de investimentos privados, muitos deles subsidiados pelo Estado, através de fundos, incentivos fiscais e empréstimos bancários, os agentes econômicos começaram a desenvolver uma série de atividades de base. O resultado é evidente: milhões de empregos foram gerados e bilhões de reais empregados em investimentos.

²⁷¹ Cf. Walter J. Wessels. *Economics*. New York: B / 5333/ 1 698 1

61 / 1 41 51

1 Nota-se, a propósito, que os três pontos enumerados pelo autor dizem respeito ao poder estatal, já que é o Estado que: 1) detém o poder de restringir os comportamentos através de mecanismos normativos; 2) regula o registro de marcas e patentes; 3) regula o controle dos recursos naturais, da mesma forma. E dentro do conceito de regulação, incluem-se os tributos, já que eles também servem para a própria manutenção dos Estados, além de terem uma importância incontestável na regulação econômica, porque é através da tributação, além de outros elementos do sistema econômico, que os agentes passam a decidir os comportamentos que serão exercidos. Veja-se, nesse diapasão, que o mesmo autor fala da tributação e dos gastos públicos como instrumento de regulação econômica. Em sua pesquisa, mostra ele que o governo norte-americano gastou mais de seis mil dólares por pessoa em 1998, enquanto que os estados e poderes locais gastaram aproximadamente três mil dólares. E os gastos públicos serviram para: 1) defesa nacional, estrutura de estradas, hospitais, educação e práticas de fiscalização; 2) auxílios aos

1 / a tributação uma grande importância na manutenção da ordem econômica daquele país. *Idem, ibidem*, p. 511.

Evidentemente que ainda há problemas sociais, como o próprio desemprego, a falta de estrutura educacional e da rede de saúde pública, principalmente no interior dos Estados e na maioria dos Municípios da região. O Nordeste, como outras regiões, portanto, continua como uma das mais pobres em termos econômicos²⁷², merecendo ainda maiores esforços para que se alcance os objetivos da ordem econômica normativa.

Todavia, dados oficiais revelam que o Nordeste não é mais aquela região tão pobre e marcada pela inexistência de modernização econômica. E isso em função dos constantes investimentos feitos pelos grupos econômicos privados. O material institucional do Banco do Nordeste, por exemplo, demonstra a atual situação daquela região:

Um país chamado Nordeste do Brasil

Com uma área territorial de 1,7 milhão de quilômetros quadrados, do tamanho da França, Itália, Reino Unido e Alemanha combinados; população de 51 milhões de habitantes ou 29% da população brasileira; e um Produto Interno Bruto de US\$ 67 bilhões, maior que o de países como o Chile, o Nordeste brasileiro projeta-se como a terra das oportunidades para quem deseja investir e crescer.

Nessa Região de natureza exuberante, condições climáticas extremamente favoráveis - aqui, o sol brilha o ano inteiro - e localização estratégica, próxima aos grandes mercados mundiais, setores como *agribusiness*, turismo, *software*, confecções, indústrias de transformação, entre outros, apresentam-se como novas potencialidades de bons negócios.

Parte do Nordeste corresponde à área do semi-árido, uma região com alto nível de incidência de sol, clima seco e vegetação com predominância de xerófitas. O semi-árido é visto, hoje, como ambiente extremamente favorável a atividades econômicas como fruticultura, piscicultura, caprinocultura, apicultura, ecoturismo e diversas outras. Com o objetivo de melhorar seus indicadores sociais e a qualidade de vida da população, além de gerar emprego e renda, o Governo oferece incentivos diferenciados para empreendimentos que se instalem na área.

Dotada de mão-de-obra abundante e com bom nível de especialização, infra-estrutura instalada e incentivos fiscais, a Região preparou-se para

272 Cf. Rita de Cássia da Conceição Gomes & Valdenildo Pedro da Silva. *Turismo, Inovações e Crescimento Econômico Local*. In: Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788], n. 69, agosto de 2000. Disponível em <<www.ub.es/geocrit/sn-69-56.htm>>. Acessado em 14 de maio de 2006, às 03:15 hs.

receber novos empreendimentos, atraindo grandes empresas e proporcionando o suporte necessário ao seu pleno desenvolvimento.

Conta, para isso, com a força do Banco do Nordeste, agência do Governo Federal que busca promover o crescimento da economia nordestina, de modo contínuo e sustentável, por meio de linhas de financiamento com taxas adequadas para o investimento de longo prazo, desenhadas para atender a empreendimentos de todos os portes nos mais diversos setores. [...]

Uma economia em permanente expansão

Nos últimos anos, o Nordeste do Brasil passou de produtor de bens tradicionais a fabricante de produtos de base tecnológica, como aços especiais, automóveis, equipamentos para irrigação, *software* e produtos petroquímicos.

Dos investimentos feitos no fortalecimento de atividades como a de grãos e de frutas, uma moderna agroindústria despontou conquistando mercados e levando os produtos nordestinos para a mesa de americanos, europeus e asiáticos. Soja, uvas finas, manga, melão, acerola e outras frutas tropicais produzidas na Região conquistaram o paladar do mercado internacional.

Os reflexos dessa economia em permanente expansão estão, ainda, nas grandes cidades nordestinas - algumas com população superior a 2,5 milhões de habitantes. [...].²⁷³

A estruturação de novas empresas na região Nordeste é um fato atualmente incontestável. E as empresas, assumindo a sua função sócio-econômica, são as grandes responsáveis pelo aumento de empregos na região.

Dentro de tal ótica, o papel do Estado tem sido fundamental ao conceder determinados benefícios fiscais. O turismo, nessa perspectiva, é o maior responsável pela atração de investimentos. E somente foi possível a instalação de centenas de empresas no Nordeste em face da concessão, pela União Federal e por parte de alguns Estados e Municípios, de incentivos fiscais, ou seja, através de normas tributárias indutoras.

A União, por exemplo, concede a redução do IRPJ (imposto de renda da pessoa jurídica) para empresas que se instalem na região e que exerçam determinadas atividades

²⁷³Cf.<www.bnb.gov.br/content/aplicacao/Investir_no_Nordeste/Fatores_de_atratividade/gerados/fatores_de_atratividade.asp>>. Acessado em 16 de maio de 2006, às 02:27 hs.

econômicas consideradas prioritárias para o desenvolvimento regional²⁷⁴. Preenchendo determinados requisitos, as empresas conseguem manter-se no mercado e praticam aquilo que se espera: investem nas suas atividades e geram empregos e renda.

A recente Lei Federal nº. 11.196, de 2005, no mesmo diapasão, instituiu outros benefícios para empresas que se instalem e que re-invistam nas áreas abrangidas pelas Agências de Desenvolvimento do Nordeste e da Amazônia (antigas SUDENE e SUDAM e hoje ADENE e ADA). Os incentivos abrangem a possibilidade de se acelerar a depreciação de bens adquiridos, a manutenção da redução do IRPJ e a suspensão da incidência de contribuições sociais sobre determinadas importações.

Da mesma forma, alguns Estados concedem regimes especiais de tributação no que se refere ao ICMS, imposto de sua competência constitucional, o que também foi feito por alguns Municípios, no que toca ao IPTU e ao ISS.

Apresenta-se razoável, portanto, a noção de que não fossem as normas tributárias indutoras, instituindo benefícios fiscais, para a redução das desigualdades regionais e sociais, na busca do desenvolvimento econômico regional, a situação não teria melhorado.

²⁷⁴ Tanto o Decreto Federal nº. 4.213/2002 quanto a Lei Federal nº. 11.196/2005 estabelecem como prioritárias para as regiões da ADENE e da ADA (Agências de Desenvolvimento do Nordeste e da Amazônia) as seguintes atividades: 1) os setores de infra-estrutura, representados pelos projetos de energia, telecomunicações, transportes, instalação de gasodutos, produção de gás, abastecimento de água e esgotamento sanitário são tido por prioritários; 2) as atividades do turismo, considerando-se os empreendimentos hoteleiros, centros de convenções e outros projetos, integrados ou não a complexos turísticos; 3) as atividades da agroindústria vinculadas à agricultura irrigada, piscicultura e aqüicultura, da fruticultura, em projetos localizados em pólos agrícolas e agroindustriais objetivando a produção de alimentos e matérias primas agroindustriais, voltados para os mercados internos e externos; 4) os setores da indústria extrativa de minerais metálicos, representados por complexos produtivos para o aproveitamento de recursos minerais da região; 5) as atividades do setor da indústria de transformação, de seguimento têxtil, de artigos de vestuário, couros e peles, calçados de couro e de plástico e de seus componentes; 6) empreendimentos do setor de produtos farmacêuticos, considerados os farmoquímicos e medicamentos para uso humano; 7) atividades do setor de fabricação de máquinas e equipamentos (exclusive armas, munições e equipamentos bélicos), os considerados de uso geral, para a fabricação de máquinas-ferramenta e fabricação de outras máquinas e equipamentos de uso específico; 8) atividades da área de minerais não-metálicos, metalurgia, siderurgia e mecânico; de químicos (exclusive de explosivos) e petroquímicos, materiais plásticos, inclusive produção de petróleo e seus derivados; de celulose e papel, quando integrados a projetos de reflorestamento; de pastas de papel e papelão; material de transporte; madeira, móveis e artefatos de madeira; e alimentos e bebidas; e 9) atividades dos setores de eletro-eletrônica, mecatrônica, informática, biotecnologia, veículos, componentes e autopeças; como também do setor da indústria de componentes (micro-eletrônica).

E a prova da evolução da realidade regional é notada pela própria administração pública (direta e indireta). Uma vez mais, o Banco do Nordeste, ao se referir ao turismo na sua atual fase, deixa claro que:

[...] O Nordeste do Brasil tornou-se destino de milhões de turistas e rota de grandes investimentos internacionais. Os mais importantes hotéis e *resorts* do mundo descobriram essa Região, atraídos pela beleza de sua paisagem, por seus 3.300 km de praias - o maior litoral do Brasil - e também pelas obras estruturantes realizadas pelo PRODETUR/NE - Programa de Desenvolvimento do Turismo no Nordeste.

Em parceria com os governos estaduais e com o Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID , o programa destinou US\$ 670 milhões à construção e modernização de aeroportos internacionais, recuperação de estradas de acesso ao litoral, urbanização, saneamento básico, restauração do patrimônio e preservação ambiental.

Em sua segunda fase, o PRODETUR/NE vai investir outros US\$ 400 milhões em infra-estrutura complementar e também no fortalecimento da estrutura de capacitação e serviços relacionados ao turismo, nos 16 Pólos de Turismo criados pelo Banco do Nordeste em municípios vocacionados para essa atividade. [...].²⁷⁵

Ao lado dos investimentos públicos diretos, os incentivos fiscais são os grandes responsáveis pela mudança na realidade econômica da região Nordeste, o que significa também atração de investimentos internacionais. Como consequência do crescimento da economia de Estados como Alagoas, Bahia, Ceará, Pernambuco e Rio Grande do Norte, em face do turismo, outras atividades passaram a se desenvolver. E todas, ressalte-se, impõem aumento do número de empregos e maior distribuição de renda.

No caso específico da construção civil, setor que abrange várias atividades econômicas, dentre as quais a industrialização de insumos, a comercialização de produtos e a prestação de serviços, o seu crescimento se deve ao próprio turismo. Somente na capital do Estado do Rio Grande do Norte, por exemplo, serão lançados no mercado, até o final de 2006, empreendimentos imobiliários que movimentarão mais de R\$ 345 milhões²⁷⁶. É de se esperar que a movimentação econômica em tela acarrete em aumento

²⁷⁵ V. nota 316.

²⁷⁶ V. <www.tribunadonorte.com.br/noticia.php?id=9857>. Acessado em 15 de maio de 2006, às 15:53 hs.

de empregos e em atração de novos investimentos, reduzindo-se as desigualdades regionais e sociais.

Um outro exemplo concreto na busca do desenvolvimento econômico regional pode ser visto com as atividades relacionadas às exportações. O Nordeste, tendo em vista a política fiscal nacional voltada para o fomento das exportações, inclusive com a imunidade conferida através da Emenda à Constituição nº. 33, de 2001, teve um grande crescimento econômico. E em face disso, tem aumentado o número de empregos no mercado, aumentando também a circulação de riquezas²⁷⁷.

Em todos os casos, valorizou-se o poder econômico como exercício legítimo da livre iniciativa, das forças de produção das empresas, ressaltando-se, nesse ponto, a função social das atividades econômicas.

IV. 6. Incentivos fiscais e princípios da tributação

Os incentivos fiscais, é de se destacar, somente podem ser concedidos a partir dos princípios que informam a tributação no país. Desse modo, o tema não pode ser corretamente estudado à margem das limitações das denominadas normas tributárias indutoras. Em conseqüência, há de se considerar que a concessão de incentivos e/ou de agravamentos fiscais, além de se submeterem às normas que informam a ordem econômica, sujeitam-se também aos princípios da tributação²⁷⁸.

277 A esse respeito, cf. Aldemir do Vale Souza. *O Impacto das Exportações no Emprego Regional: um aspecto pouco considerado na política de desenvolvimento*. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/pub/ppp/PPP16/PARTE7.doc>>. Acessado em 29 de maio de 2006, às 15:56 hs.

278 Malgrado possam as normas tributárias indutoras impor agravamentos, estes não serão aqui examinados em profundidade, em face da delimitação do tema proposto, que está condicionado à redução das desigualdades regionais. Alguns princípios que seriam necessariamente observados por elas, no plano dos agravamentos, não serão aqui desenvolvidos tendo em vista tal opção metodológica. Ocupar-se-á o trabalho, neste momento, dos princípios da tributação que precisam ser respeitados na concessão dos incentivos fiscais.

IV. 6. 1. Os princípios da tributação relacionados ao tema da dissertação – a tributação como instrumento de regulação da ordem econômica na busca da redução das desigualdades regionais

São vários os princípios da tributação no Brasil, todos de grande importância teórica e prática. Entretanto, tendo em vista a delimitação do tema proposto, não serão tratados neste estudo os princípios relacionados com a segurança jurídica, mas apenas os princípios que se relacionam com o tema das políticas fiscais e com a ordem econômica as normas tributárias indutoras na busca da redução das desigualdades regionais.

IV. 6. 1. 1. Isonomia

A concessão de incentivos fiscais, para a busca do desenvolvimento econômico, deve observar, preliminarmente, o princípio da isonomia que, conforme a lição de Ricardo Lobo Torres, se apresenta numa configuração ímpar porque é, além de valor, princípio expresso da Constituição brasileira. Por um lado, a igualdade enquanto valor deve ser apreciada com a ética e com as filosofias política e jurídica, comunicando-se com outros valores como liberdade, justiça e segurança. Por outro lado, a igualdade, como princípio, se positiva nas Constituições da modernidade, tornando-se operacional para os Poderes Judiciário e Legislativo²⁷⁹.

Ainda do pensamento do ilustre jurista,

1 D

Dworkin sobre /
/ /

hierárquica em relação aos outros valores, existe no grau máximo de abstração²⁸⁰.

Ao assumir o *status* de princípio da Constituição, a igualdade oferece grande dificuldade de compreensão. Não se despreza, todavia, a sua importância fundamental

²⁷⁹ Cf. Ricardo Lobo Torres. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, op. cit.*, V. II, p. 143.

²⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 143-145.

para o ordenamento, pois o princípio exige o mesmo tratamento entre aqueles que se encontram na mesma situação²⁸¹.

Duas características marcam o princípio da igualdade ou da isonomia: a abstração e a generalidade. Por isso, destaca Humberto Ávila a relação entre igualdade e legalidade, pois:

nenhum tratamento igual sem normas que se dirijam a um número *indeterminado de pessoas* e a um *número indeterminado de situações*. Nenhuma igualdade sem lei abstrata e geral. Daí a *essencial unidade* entre legalidade e igualdade, bem qualificada por Souto Maior Borges como *legalidade isonômica*. A igualdade por meio da generalidade e da abstração só se viabiliza por meio da regulação dos casos normais. 'Regra', aliás, vem do latim *regula*, cujo significado é padrão ou modelo. Assim também 'norma', aplicável aos casos 'normais'.²⁸²

Roque Antonio Carrazza, discorrendo acerca da isonomia como princípio da tributação, afirma tratar-se de norma que exige que a lei, tanto ao ser editada, quanto ao ser aplicada, não discrimine os contribuintes em situação igual, nem discrimine os contribuintes que não se encontrem em situação jurídica equivalente, na medida de suas desigualdades²⁸³.

Em outras palavras, a isonomia há de ser analisada a partir da generalidade e da abstração. Numa linguagem bastante direta, Hugo de Brito Machado explica que o princípio da isonomia tem sido muito mal entendido, prestando-se para fundamentar as mais absurdas pretensões. Afirma ele, com bastante propriedade, que:

Dizer-se que todos são iguais *perante* a lei, na verdade, nada mais significa do que afirmar que as normas jurídicas devem ter o caráter hipotético. Assim, qualquer que seja a pessoa posicionada nos termos da previsão legal, a consequência deve ser a mesma. [...] É evidente, porém, que as pessoas não são *iguais*. Pelo contrário, as pessoas e as situações de fato nas quais se inserem são desiguais, e a lei existe exatamente para regular essas desigualdades, reconhecendo-as e tornando-as *jurídicas*. Por isto, cabe ao advogado, privativamente, o exercício da advocacia, ao médico o

²⁸¹ Cf. Humberto Ávila. *O Princípio da Isonomia em Matéria Tributária*. In: Teoria Geral da Obrigação Tributária – estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. Coordenador: Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 735.

²⁸² *Idem, ibidem*, p. 735.

²⁸³ Cf. Roque Antonio Carrazza. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, cit., p. 77.

exercício da medicina, e assim por diante. Se a igualdade de todos fosse absoluta, todos poderiam exercer, indistintamente, essas profissões.

[...]

Em matéria tributária, mais do que em qualquer outra, tem relevo a idéia de igualdade no sentido de proporcionalidade. Seria verdadeiramente absurdo pretender-se que todos pagassem o mesmo tributo. Assim, no campo da tributação o princípio da isonomia às vezes parece confundir-se com o princípio da capacidade contributiva.²⁸⁴

Partindo de diferentes premissas, suscita o professor Ives Gandra da Silva Martins que o respeito ao princípio da is

285

A partir do estudo conjunto de Klaus Tipke e Douglas Yamashita publicado no Brasil, infere-se que as Constituições dos Estados de Direito vinculam o legislador ao princípio da igualdade²⁸⁶. Tipke, ao citar a interpretação do Tribunal Constitucional Alemão, explica que o princípio da igualdade é visto como uma proibição da arbitrariedade. Nesse diapasão, o princípio da igualdade conteria, na leitura do Tribunal D / / ado pelas idéias de justiça, tratar / 1²⁸⁷

Ainda segundo o jurista alemão, ocorreria violação ao princípio ora analisado, na interpretação jurisprudencial alemã, quando não fosse possível encontrar-se um motivo / / diferenciação legal ou um tratamento igual de casos desiguais ou seja, quando a / 1²⁸⁸

O critério do Tribunal Constitucional Alemão, posteriormente, mudou na identificação de ofensa à isonomia: passou-se a enxergar violação ao princípio da igualdade quando um grupo de destinatários da lei for tratado diferentemente apesar de

²⁸⁴ Cf. Hugo de Brito Machado. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 235.

²⁸⁵ Cf. Ives Gandra da Silva Martins. *Teoria da Imposição Tributária*, *op. cit.*, p. 60.

²⁸⁶ Cf. Klaus Tipke & Douglas Yamashita. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.

²⁸⁷ Cf. Klaus Tipke. *Ibidem*, p. 23 e ss.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*.

inexistirem diferenças²⁸⁹. Utiliza-se, portanto, da ferramenta da comparação para a constatação da possível ofensa à isonomia.

Já Victor Uckmar relaciona a igualdade da tributação a partir dos critérios da generalidade, da uniformidade e da abolição de privilégios. Segundo o eminente professor italiano, há dois possíveis sentidos para a igualdade nas relações fiscais: i) o sentido / / privilégio de classe, religião, raça, de modo que os contribuintes que se encontrem em / / ii) o sentido econômico, / / de sacrifício, isto é, [...] em relação à capacidade contributiva dos indiv 1 ²⁹⁰

A igualdade, ademais, impõe o tratamento igual entre iguais. Havendo, como de fato há, desiguais, admite-se, no sistema, desigualdades. Como aduz Uckmar, a existência de desigualdades naturais justifica a criação de categorias de contribuintes sujeitos a diferentes tratamentos fiscais, sempre que presentes as seguintes circunstâncias: i) os contribuintes na mesma situação devem ter o mesmo tratamento tributário; ii) a classificação em diferentes categorias deve se pautar por fundamentos racionais e a partir de diferenças reais; iii) não pode, na classificação, existir qualquer espécie de discriminação arbitrária, injusta ou hostil; iv) a diferença deve comportar uma justa igualdade, / /) as diferenças devem considerar a uniformidade e a generalidade do tributo²⁹¹.

O Poder Judiciário, ao interpretar a isonomia aplicada à tributação, tem usado alguns critérios muito explorados pela doutrina, quais sejam: i) a não discriminação entre nacionais e estrangeiros; ii) a natureza das atividades desenvolvidas pelos contribuintes (sujeitos passivos da relação tributária); iii) a localização da prática do fato que gera o tributo (fato gerador / hipótese de incidência); iv) a diferença no volume de faturamento das pessoas jurídicas.

²⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 24.

²⁹⁰ Cf. Victor Uckmar. *Op. cit.*, p. 67.

²⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 69.

A propósito, a jurisprudência não tem admitido tratamentos distintos na imposição de tributos a nacionais e estrangeiros²⁹². Dessa mesma forma, o Supremo Tribunal Federal tem admitido tratamentos tributários distintos somente quando distintas sejam as atividades envolvidas²⁹³. Assim ocorreu quando do exame da possibilidade de lei instituir modalidade de tributação especial para as sociedades de profissões regulamentadas²⁹⁴.

Pelo exposto, a igualdade da tributação segue a igualdade comum, adotando-se a concepção já pacificada de que devem ser tratados os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. É, vale lembrar, norma que, além de estar ligada aos valores de justiça, se trata de um elemento que valoriza a eficiência econômica, atribuindo a todos os agentes condições semelhantes para o exercício das atividades econômicas.

²⁹² **ALÍQUOTAS DIFERENTES – VEÍCULO IMPORTADO – IMPOSSIBILIDADE** 1. Tributário. IPVA. Carros nacionais e importados. Art. 5º da Lei nº 948/85, não recepcionado pela Constituição Federal, cujos arts. 150, II, e 152, ao consagrarem o Princípio da Isonomia Tributária, não fazem qualquer restrição relativa à procedência e destino dos bens sobre os quais deva o princípio ser aplicado. 2. O Brasil é signatário do GATT e, por isso, não pode distinguir, para efeito de pagamento do IPVA, entre automóveis de procedência nacional e estrangeira. 3. Unificação da alíquota para ambos, pois a diferença de origem entre esses carros já desapareceu, no momento em que se pagou o imposto de importação. 4. Entendimento jurisprudencial do Egrégio STF, no sentido de que o tratamento desigual significa apenas uma nova tributação pelo fato gerador do imposto de importação, pois nenhuma diferença pode ser admitida em
1 (TJRJ – AC 6.398/1998 – (Ac. 06101999) – 13ª C.Cív. – Rel. Des. Júlio César Paraguassu – J. 01.07.1999).

²⁹³ A esse respeito, consulte-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto às limitações das atividades abrangidas pela Lei Federal nº. 9.317/96, que insti /
Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.643, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais. A ação, baseando-se na isonomia e na capacidade contributiva, não obteve êxito porque o Tribunal interpretou que as atividades profissionais não precisam estar inseridas na sistemática simplificada em face de que as suas sociedades não estariam sofrendo o impacto do domínio, no mercado, das grandes empresas, nem tampouco se encontrando, de modo substancial, inseridas no contexto da economia informal. Cf., sobre o assunto, o recente trabalho de Marciano Seabra de Godoi, *Questões Atuais do Direito Tributário na Jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 36 e ss.

²⁹⁴ Confira-se o teor da decisão prolatada nos autos do Recurso Extraordinário nº. 236.604/PR, em que foi
1

sentido de cobrar o ISS sobre o rendimento bruto da sociedade, recolhido mensalmente. Afastou-se a alegação de ofensa ao princípio da isonomia tributária (CF, art. 150, II) uma vez que os mencionados dispositivos não configuram isenção, sequer parcial, mas sim tratamento peculiar devido às características próprias das sociedades de profissionais lib III 1

IV. 6. 1. 2. Capacidade contributiva

Um outro princípio da tributação que deve ser examinado é o da capacidade contributiva, uma vez que a concessão de incentivos para o fomento das atividades econômicas deve ser feita em consonância com o seu valor para o sistema.

Corresponde a capacidade contributiva ao princípio segundo o qual cada um deve contribuir para as despesas públicas na exata proporção da sua capacidade econômica²⁹⁵. Trata-se de princípio que se origina e se confunde com o próprio surgimento do tributo, sendo observada a sua utilização no antigo Egito, bem como na Grécia²⁹⁶. Foi na Idade Média, no entanto, que a fixação de sua noção evoluiu com São Tomás de Aquino.

Em meados de 1776, Adam Smith definiu a idéia de capacidade contributiva, sustentando que para concretização da justiça da imposição fiscal, todos deveriam contribuir para as despesas públicas na razão de seus haveres²⁹⁷. Com a conscientização pelos povos civilizados da importância de tal idéia, eclodiram diversas lutas e revoltas tais como a *Boston Tea Party*, dentre tantas outras, que, em consequência e como resposta à Declaração de Direitos e a Declaração dos Homens e dos Cidadãos, concretizaram o princípio da capacidade contributiva, que passou a constituir valor praticamente universal em matéria de tributação.

O nascimento da teoria da capacidade contributiva surgiu na ciência das finanças clássicas do século XIX. Mas foi em 1929 que Benvenuto Griziotti introduziu o tema como objeto de preocupação da ciência do direito, sustentando que a capacidade contributiva era a própria causa da obrigação tributária²⁹⁸.

Com o passar dos anos, abandonou-se essa primeira conceituação da capacidade contributiva para, a partir de então, concebê-la como noção necessária à do conteúdo

²⁹⁵ Cf. Fernando Aurélio Zilveti. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 134.

²⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 142 e ss.

²⁹⁷ Cf. Adam Smith. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: 1985, p. 247 e ss.

²⁹⁸ Cf. Regina Helena Costa. *O Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 1997.

material do princípio fundamental da igualdade. Nesse diapasão, houve a valorização da capacidade contributiva como princípio quando ele foi colocado como consequência do princípio da igualdade, sendo erigido como critério de justiça tributária.

No Brasil, após a Constituição de 1824, que reconheceu o princípio da capacidade contributiva, as Cartas de 1891, 1934 e 1937 foram omissas quanto ao tema, reaparecendo a idéia em 1946, através do art. 202 da Constituição. Já em 1965, com a reforma tributária, o dispositivo citado foi retirado da Constituição, permanecendo assim até a constituinte de 1988, quando, com algumas modificações, foi previsto no art. 145, §1^o²⁹⁹.

A identificação da noção do que represente efetivamente a capacidade contributiva é ainda bastante complexa, não obstante o longo tempo de sua existência. Há, portanto, muitos e diferentes entendimentos a seu respeito. Pode-se falar, todavia, em conceitos para a capacidade contributiva a partir de diferentes premissas, dentre as quais: i) no plano jurídico-positivo; ii) no plano ético-econômico; e iii) no plano técnico ou técnico-econômico.

No plano jurídico-positivo, a conceituação de capacidade contributiva reporta-se a um sujeito com direitos e obrigações fundamentados na legislação tributária em vigor, que definirá a capacidade e o âmbito de atuação; já no plano ético-econômico, o conceito do princípio se relaciona com a aptidão de o sujeito suportar ou ser destinatário de tributos, observados o volume de recursos do sujeito e a necessidade de tais recursos; por fim, no nível técnico, a capacidade contributiva se dirige aos sujeitos que constituam unidades econômicas de posse e de emprego de recursos produtivos ou de riqueza e que sejam facilmente identificáveis pela Fazenda Pública como suscetíveis de imposição e que estejam em estado de solvência presumidamente suficiente para suportar o tributo.

A norma que estabelece, no sistema, a capacidade contributiva se configura como princípio em face de suas características: i) é norma aberta, que não

²⁹⁹ Sobre o histórico da capacidade contributiva no Brasil, cf. Edílson Pereira Nobre Júnior. *Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 25 e ss.

) é norma que se dirige ao aplicador e ao legislador; iii) é norma que se concilia com outras normas; iv) é norma que concretiza na ordem jurídica valores relacionados à justiça, à própria segurança jurídica e à legitimação da tributação.

Pelo fato de ser elevada à categoria de princípio, a capacidade contributiva não se confunde em nenhum momento com o princípio constitucional da igualdade ou com ele entra em choque. A graduação tributária imposta pela capacidade contributiva em nenhum momento destoia do princípio da igualdade, conformando-se a ele perfeitamente, já que visa ao interesse coletivo, à distribuição da riqueza e à própria justiça social.

Uma forma de facilitar a exegese do princípio é compará-lo à vedação constitucional do confisco tributário. Nesse sentido, sustenta Klaus Tipke que o confisco é onde termina o nível de capacidade contributiva. Esta, segundo o eminente jurista alemão, terminaria onde começa o confisco que leva à destruição da capacidade contributiva³⁰⁰. Em outros termos, o confisco é uma representação da ofensa à capacidade do contribuinte, ou através de sua renda ou do seu patrimônio, de auxiliar o Estado.

Pelo sentido do princípio ora examinado, como norma relacionada à própria isonomia, não pode o Estado tratar desigualmente agentes econômicos que apresentem a mesma capacidade de contribuir com o Estado, a não ser que se verifiquem critérios de diferenciação, como aqueles já apontados no tópico anterior, inclusive conforme vem entendendo o Supremo Tribunal Federal. Seriam critérios racionais de diferenciação, portanto, a natureza das atividades econômicas e o local de seu exercício.

IV. 6. 1. 3. Legalidade e tipicidade

No mesmo sentido, só se admite incentivo previsto em lei, em homenagem à legalidade da tributação, que é também princípio constitucional tributário. Trata-se de uma consequência da idéia de Estado de Direito, cuja vontade é a da lei e não a dos governantes. Assim, através da legalidade, pretende-se garantir a segurança das relações

³⁰⁰ Cf. Klaus Tipke. *Op. cit.*, p. 65.

jurídicas. Todavia, não é princípio apenas vinculado à segurança, pois é através da lei que se instituem os tributos e eventuais incentivos fiscais, promovendo-se as políticas públicas. A lei, portanto, é instrumento fundamental na adoção das políticas fiscais.

Em geral, atribui-se à Magna Carta a origem do princípio sob exame. No entanto, como adverte Victor Uckmar, esse entendimento está equivocado, já que a origem da legalidade é anterior àquela³⁰¹. Assim, em 1188, houve na Inglaterra a deliberação dos corpos colegiais para a criação de um imposto à alíquota de 10%. E existem, ainda, outros casos em que o Rei foi obrigado a convocar assembléias para autorizarem a cobrança de determinados tributos.

Contudo, foi a Magna Carta o primeiro texto escrito a impor a legalidade, que naquela época já representava a aprovação social para a criação de tributos. Posteriormente a ela, consolidou-se a legalidade nos ordenamentos de todo o mundo, inclusive estando hoje registrada a sua importância na Declaração dos Direitos de 1789³⁰². O Brasil, desde a sua Constituição Imperial, consagrou a legalidade.

Considerando-se a Constituição de 1988, pode-se classificar a legalidade em duas espécies: i) a primeira, genérica, aplicável a todas as relações jurídicas, prevista no art. 5º, inciso II, que pode ser referida como legalidade geral e/ou genérica; e ii) a legalidade da tributação, prevista no art. 150, inciso I, que é considerada uma das limitações específicas do poder de tributar. Existem, portanto, duas legalidades: uma genérica e uma específica para as relações tributárias. Sujeitam-se à legalidade, pois, praticamente todas as relações jurídicas no Estado brasileiro. Às relações tributárias, em especial, foi dedicado dispositivo constitucional próprio.

³⁰¹ Cf. Victor Uckmar. *Princípios Comuns de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21-39. Tradução de Marco Aurélio Greco. O mestre italiano trata dos casos anteriores à Magna Carta em que o Rei socorreu-se das assembléias para a aprovação de novos tributos. No mesmo sentido, em recente publicação: v. Américo Lourenço Masset Lacombe. *In: Comentários ao Código Tributário Nacional*. Vários autores. Coordenação de Marcelo Magalhães Peixoto e Rodrigo Masset Lacombe. São Paulo: MP, 2005, p. 68-70.

³⁰² Cf. Américo Lourenço Masset Lacombe. *Op. cit.*, p. 69.

Não obstante a doutrina tenha se dedicado ao tema de forma ampla, admite-se, como aduziu Ricardo Lobo Torres, que o assunto da legalidade tributária ainda constitui algo ambíguo e de contorno sem construção. E isso pela possível relação da legalidade com outros princípios constitucionais, tais como a tipicidade, a irretroatividade e a anterioridade. O outro problema se faz presente pela pluralidade de acepções do signo lei³⁰³.

Humberto Ávila, a propósito de tal dificuldade, argumenta que a legalidade tanto pode ser classificada como regra, princípio ou até como postulado. E adverte:

A reserva constitucional da lei é vinculante para todos os Poderes estatais: ela deve ser observada tanto para a instituição e aumento quanto para a fiscalização e cobrança de tributos. Isso vale tanto para a instituição e aumento de tributos quanto para o estabelecimento de exonerações tributárias. [...] Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a legalidade é tridimensional. Sua dimensão normativa preponderante é de regra, na medida em que descreve o comportamento a ser adotado pelo Poder Legislativo e, reflexamente, pelo Poder Executivo (na parte regulamentar), proibindo a instituição ou majoração de tributos a não ser por meio de um procedimento parlamentar específico. É preciso esclarecer, desde já, que a legalidade possui, no seu aspecto material contudístico, sentido normativo indireto tanto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de previsibilidade e de determinabilidade para o exercício das atividades do contribuinte frente ao poder de tributar, quanto de postulado, porquanto exige do aplicador a fidelidade aos pontos de partida estabelecidos pela própria lei.³⁰⁴

Verifica-se, a partir da construção teórica de Ávila, que a legalidade está relacionada à idéia de previsibilidade e de determinabilidade. No caso, tais elementos devem servir para a consagração da segurança jurídica, valor concretizado pela legalidade. Dessa forma, o Estado fica restrito, devendo respeitar os procedimentos para a adoção de leis. E os cidadãos têm um mínimo de segurança, tomando conhecimento do que vão ter que fazer, presumindo-se o respeito à noção democrática da força da maioria.

³⁰³ Cf. Ricardo Lobo Torres. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, cit., p. 400.

³⁰⁴ Cf. Humberto Bergmann Ávila. *Sistema Constitucional Tributário*, cit., p. 121-122.

Nota-se, destarte, que o emprego de normas tributárias indutoras não prescinde da ³⁰⁵. Vejam-se, a título ilustrativo, os casos de concessão dos benefícios fiscais pelas autoridades do Poder Executivo, que não têm como encontrar na norma legal todos os critérios para definir os contribuintes beneficiados.

Deve-se atentar para o fato de que as normas tributárias indutoras precisam regular comportamentos econômicos, que, por serem extremamente dinâmicos, não podem ser

³⁰⁵ Este trabalho não tem a pretensão de discutir o tema da tipicidade, fazendo apenas referência à distinção entre a definição e a descrição legais para demonstrar as tendências do pensamento jurídico contemporâneo, a partir da valorização dos princípios e da eficiência e racionalidade do sistema. Parte o estudo, portanto, da noção de inexistir, no direito tributário brasileiro, a tão falada tipicidade cerrada, porque a noção de tipo é vinculada à noção inversa da suscitada na doutrina conservadora: o tipo é sempre aberto. Adota-se, portanto, a concepção de que a tipicidade fechada é uma ilusão, construída pela interpretação equivocada dos elementos estudados. Seriam exemplos de tipo, portanto: empresa, empresário, trabalhador, indústria, poluidor. Dentro de tal ótica, não há como fechar os tipos.

Conforme o registro de Ricardo Lobo Torres, a utilização da tipicidade cerrada se deve à leitura do trabalho de Karl Larenz em sua primeira versão. O jurista alemão, depois de rever a sua posição sobre a abertura dos institutos, não foi corretamente interpretado nas suas traduções para o direito brasileiro. Dessa forma, criou-se uma grande confusão em face de não haver sido examinada a edição subsequente do trabalho do referido autor (Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997). Cf. Ricardo Lobo Torres. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, cit., p. 471.

No sentido de ser o tipo aberto, com possíveis discordâncias nas metodologias, mas todos com uma visão condicionada à abertura do sistema, cf., dentre outros: Ricardo Lobo Torres. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, cit., p. 468 e ss.; *Idem*, *O Princípio da Tipicidade no Direito Tributário*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: RJ, n. 235, jan/mar/2004, p. 195; Misabel Derzi. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: RT, 2001, p. 38; Marco Aurélio Greco. *Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p.60; José Marcos Domingues de Oliveira. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 94.

Posição interessante é sustentada por Luís Eduardo Schoueri, que sustenta que a Carta Política vigente se utilizou de tipos para estabelecer a competência tributária dos entes federativos. No entanto, pode o legislador e o aplicador fazerem uso dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, mas não dos tipos, porque esses seriam incompatíveis com a legalidade, porquanto o tipo não teria limites para a definição de sua descrição, não definindo o fato gerador da obrigação tributária. Afirma ainda o professor que os tipos não se definem, descrevem-se. Pondere-se que, nesse ponto, opõe-se Schoueri de Ricardo Lobo Torres, para quem é possível o emprego, no Brasil, dos tipos abertos, seguido por outros autores, como visto acima. Cf. Luís Eduardo Schoueri. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. In: *Direito Tributário Homenagem a Alcides Jorge Costa*. Coordenação: Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 168. No mesmo sentido, do autor: *Normas Tributárias e Intervenção Econômica*, cit., p. 166 e ss.

Com uma concepção completamente diversa, sustentando que a tipicidade é cerrada, fechando-se totalmente o sistema tributário, consultem-se, dentre outros: Alberto Xavier. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 17 e ss.; Sacha Calmon Navarro Coelho. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 200; Ives Gandra da Silva Martins. *Teoria da Imposição Tributária*. São Paulo: LTR, 1983, p. 185.

totalmente definidos na lei³⁰⁶. A indução, para ser eficaz e eficiente, precisa se efetivar através da conjunção dos critérios da lei com os do seu aplicador. A lei não tem a possibilidade de definir os critérios, mas sim descrevê-los, o que deve orientar o aplicador. Assim, falar-se em tipicidade cerrada é contrariar o próprio conceito de tipo, que é aberto.

Observe-se que todas as leis que instituem incentivos fiscais são normas com um conteúdo aberto, visto que não prevêem todos os critérios para o seu aplicador. É nítida tal realidade, bastando que se analise a recente Lei Federal nº. 11.196/2005, que institui benefícios para o fomento de atividades em determinadas regiões. No caso das regiões abrangidas pelas antigas SUDENE e SUDAM, hoje ADENE e ADA, conforme visto anteriormente, os benefícios são concedidos após a aprovação, através de um laudo técnico, das próprias agências. Em outras palavras, não dispõe a lei sobre todos os critérios para o aproveitamento dos incentivos, cabendo esse papel ao próprio aplicador.

Do mesmo modo, não se pode desprezar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o denominado SAT Seguro de Acidente do Trabalho, entendeu como constitucional a regulamentação da citada exigência tributária. O Tribunal manteve a vigência do Decreto Federal nº. 612/92 e suas posteriores alterações (Decretos 2.173/97 e 3.048/99), que, ao regulamentarem a contribuição, estabeleceram os conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio ou grave". Em outros termos, o Supremo interpretou que não houve qualquer violação ao princípio da legalidade tributária, uma vez que a lei fixou os necessários padrões e parâmetros, deixando para o regulamento a delimitação dos conceitos necessários à aplicação da norma³⁰⁷.

³⁰⁶ III / / possível, então a lei, no lugar de sediar normas gerais, passaria a ser um plexo de normas individuais, descaracterizando-se, pois, ao perder uma de suas funções: a de ser de

cit., p. 169.

³⁰⁷ O Tribunal, confirmando acórdão do TRF da 4ª Região, julgou que é constitucional a contribuição social destinada ao custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT, incidente sobre o total da remuneração, bem como sua regulamentação. Sustentava-se, na espécie, a inconstitucionalidade do art. 3º, II, da Lei 7.787/89, bem como do art. 22, II, da Lei 8.212/91, os quais, ao adotarem como base de cálculo o total das remunerações pagas aos empregados, teriam criado por lei ordinária uma nova contribuição, distinta daquela prevista no art. 195, I, da CF, o que ofenderia a reserva de lei complementar para o exercício da competência residual da União para instituir outras fontes destinadas a seguridade social (CF, art. 195, § 4º c/c art. 154, I). O Tribunal afastou o alegado vício formal tendo em conta que a Constituição exige que todos "os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição

Depreende-se, pois, que a abertura do sistema se afigura possível, ou, como afirma Luís Eduardo Schoueri, uma verdadeira exigência, inclusive em matéria tributária, considerando-se que III a tributação se baseia em fenômenos econômicos, em constante / / / 1 / / deve-se buscar uma / / / necessidade de permitir que a lei tributária acompanhe o movimento dinâmico da / / / 1³⁰⁸

IV. 6. 1. 4. Razoabilidade e proporcionalidade

Razoabilidade e proporcionalidade, no mesmo sentido dos demais princípios, são fundamentais na compreensão do tema. E isso porque se torna essencial a interpretação das normas tributárias indutoras dentro dos seus objetivos e no âmbito da atuação do próprio Estado brasileiro.

A respeito da razoabilidade, explica Luís Roberto Barroso que a sua origem e seu desenvolvimento estão ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão³⁰⁹, remontando à cláusula do *law of the land*, da Magna Carta de 1215. Sua consagração como norma de conteúdo principiológico inserida como texto ocorreu primeiro na Constituição norte-americana através das emendas 5^a e 14^a. Assim, tem-se tal

previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios" (CF, art. 201, § 4º, antes da EC 20/98). Rejeitou-se, também, a tese no sentido de que o mencionado art. 3º, II, teria ofendido o princípio da isonomia - por ter fixado a alíquota única de 2% independentemente da atividade empresarial exercida -, uma vez que o art. 4º da Lei 7.787/89 previa que, havendo índice de acidentes de trabalho superior à média setorial, a empresa se sujeitaria a uma contribuição adicional, não havendo que se falar em tratamento igual entre contribuintes em situação desigual. Quanto ao Decreto 612/92 e posteriores alterações (Decretos 2.173/97 e 3.048/99), que, regulamentando a contribuição em causa, estabeleceram os conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio ou grave", a Corte repeliu a arguição de contrariedade ao princípio da legalidade tributária (CF, art. 150, I), uma vez que a Lei fixou padrões e parâmetros, deixando para o regulamento a

se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a

1³¹⁰

Também ao tratar da razoabilidade, fala o professor Tercio Sampaio Ferraz Junior em adequação e proporcionalidade da prestação exigida em face da finalidade visada. Segundo o eminente jurista brasileiro, o signo razoabilidade admite várias acepções, dentre as quais: i, -se de meios razoáveis para obter certo fim

iii, ii, *axiologia jurídica* [...], diz-se que determinadas imposições são razoáveis em relação a certas situações, elas próprias com carga valorativa (cooperação, ordem, paz, segurança etc.), portanto quando se fundam na justiça, enquanto valor fundamental e abarcante dos demais, /
razoabilidade significa uma adequada subsunção: a imposição é adequada *essencialmente* quando se dá em face de uma norma jurídica, ou é adequada *existencialmente*, quando se dá em face de um *standard* comportamental jurídico, e adequada *verdadeiramente*, quando se dá em face de critério principiológico acolhido pelo ordenamento (razoabilidade

,1³¹¹

Ainda para o citado mestre, a razoabilidade admite duas espécies: a de seleção e a de ponderação. A primeira se relaciona com a igualdade perante a lei, não se referindo à imputação, mas ao imputado. A segunda representa o que nos Estados Unidos se chama de *balance of convenience rule*, ou seja, um equilíbrio comutativo entre o fato e a

1

ponderativos se dá pela comparação, em uma dada norma, do fato antecedente e a

1³¹²

Enfim, cita o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que define a

/

adequada. Moreira Alves- Rp. 1077, TRJ 112:34 (58-8, / /

³¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 224.

³¹¹ Cf. Tercio Sampaio Ferraz Junior. *Obrigação Tributária Acessória e Limites de Imposição: Razoabilidade e Neutralidade Concorrencial do Estado*. In: *Princípios e Limites da Tributação*, cit., p. 721-722.

³¹² *Idem, ibidem*, p. 723.

não pode taxa dessa natureza ultrapassar a equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a

1³¹³

Assim, sustenta o professor Tercio Sampaio Ferraz Junior a relação entre o meio e o fim, falando em devido processo legal substantivo:

Assinale-se, ainda, que o princípio da razoabilidade vem muitas vezes chamado de princípio da proporcionalidade, como ocorre, por exemplo, na literatura alemã. Em conseqüência, os autores que assim se expressam distinguem entre *proporcionalidade lato sensu* (nome do princípio) e *proporcionalidade stricto sensu* (um dos requisitos, ao lado da necessidade

,1³¹⁴

Desse modo, a razoabilidade tem sido confundida com a proporcionalidade, surgida inicialmente na França, como princípio do direito de polícia, sendo, posteriormente, inserida na Constituição alemã³¹⁵. Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho, apesar de existir uma certa confusão em torno dos dois princípios (razoabilidade e proporcionalidade), eles não apresentam diferenças³¹⁶.

Humberto Ávila, utilizando a sua classificação das normas jurídicas, eleva a

/ t. 1º.) e

dos direitos fundamental 18 1,1 /

1³¹⁷ Segundo o

mesmo autor, há uma confusão do postulado da proporcionalidade com outros, muitas vezes sendo referido como a razoabilidade³¹⁸.

Examina Ávila, a seguir, a proporcionalidade a partir dos seguintes critérios: i) adequação (que exige uma relação empírica entre meio e fim); ii) necessidade (já que se

³¹³ *Idem, ibidem.*

³¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 724.

³¹⁵ Cf. Felipe Machado Barros. *Tributação e Dignidade. In: Elementos Atuais de Direito Tributário*. Coord.: Ives Gandra da Silva Martins & André Elali, p. 183.

³¹⁶ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Op. cit.*, p. 262.

³¹⁷ Cf. Humberto Ávila. *Sistema Constitucional Tributário, cit.*, p. 394.

³¹⁸ *Idem, ibidem.*

envolve a verificação de meios que sejam alternativos àquele eleito pelo Poder Legislativo e/ou Poder Executivo); iii,

entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos

1 ³¹⁹

Para o mesmo autor, a razoabilidade é usada nos seguintes sentidos: i) razoabilidade-eqüidade (adequação da norma geral com o caso individual); ii) razoabilidade-congruência (harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação); iii) razoabilidade-

1,) razoabilidade-coerência (coerência interna entre os elementos das regras jurídicas)³²⁰.

Observa-se, pois, que Humberto Ávila diferencia proporcionalidade da razoabilidade a partir de seus significados em sentido estrito.

De grande utilidade se apresenta o trabalho de Helenilson Cunha Pontes a respeito da proporcionalidade aplicada ao direito tributário, originariamente sua tese de doutoramento perante a USP. S / /

proporcionalidade contém uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e

1 ³²¹ Ainda conforme o registro de Pontes, constata-se que o princípio da proporcionalidade,

/

como 'válvula de escape' a evitar a consumação de uma decisão normativa que claramente revelava-se injusta ou desmedida. A noção do justo como o apropriado, o adequado, o proporcional à particularidade do caso

1 ³²²

Para o suscitado professor, a proporcionalidade possui uma função moderadora, consubstanciando-

/

³¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 407.

³²⁰ *Idem, ibidem*.

³²¹ Cf. Helenilson Cunha Pontes. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 43.

³²² *Idem, ibidem*.

remontando a sua aplicação no direito na Carta Magna Inglesa outorgada por João Sem-Terra, em 1215³²³. Todavia, foi um caso julgado em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que passou a constituir um marco na afirmação da proporcionalidade como princípio e parâmetro na aferição da constitucionalidade. Segundo Pontes, foi o

'Apothekenurteil', /

da Bavária que restringia o número de farmácias para determinada comunidade. As farmácias tinham a obrigação de atestar a sua viabilidade comercial, para não serem causados danos à concorrência. Em 1955, o referido Estado negou a licença para um profissional que, baseando-se na liberdade da atividade profissional, impugnou a Lei. O Tribunal Alemão, nesse caso, decidiu que:

[...] a função do direito fundamental é a proteção da liberdade individual, e a competência do legislador infraconstitucional para regular o exercício deste direito deve ser exercida na estrita exigência da proteção do interesse público. As eventuais limitações estabelecidas pelo legislador ao exercício daquele direito fundamental devem atender a algumas exigências. [...] ³²⁴

Com base na ponderação dos valores concretizados na ordem constitucional, o Tribunal Alemão decidiu, que os direitos fundamentais têm um caráter ilimitado *prima facie*, já que:

a restrição ao livre exercício do direito de profissão, no caso, não poderia ser fundamentada por razões de proteção à concorrência ou de eficiência comercial. Razões de índole objetiva somente justificam a restrição a um direito fundamental quando definidas em termos estritos, e não de forma vaga e condicional como ocorria no caso em questão. ³²⁵

Depois dessa situação, houve uma grande evolução na definição da proporcionalidade, que passou a constituir um princípio jurídico vinculado à afirmação dos direitos fundamentais, baseando-se num novo constitucionalismo, pois de mera declaração solene deve o mesmo

³²³ *Idem, ibidem*, p. 44.

³²⁴ Cf. Helenilson Cunha Pontes. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, cit., p. 48 e ss.

³²⁵ *Idem, ibidem*, p. 49.

³²⁶ *Idem, ibidem*, p. 54.

Para o jurista Ricardo Lobo Torres, a diferença entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade é mínima, já que ambos procuram adequar os meios e os fins sopesando os princípios particulares e os princípios constitucionais³²⁹.

Já Luís Eduardo Schoueri afirma que razoabilidade e proporcionalidade não se confundem, esclarecendo que:

[...] por certo não se confundem em sua origem ou aplicação, apontando-se como diferenças fundamentais: i) que a exigência da motivação racional da decisão que aplica a última é maior do que a que aplica o princípio da razoabilidade; ii) no conteúdo, enquanto a proporcionalidade inclui juízo acerca da relação meio-fim, a razoabilidade prescinde daquela relação; iii) na natureza, a proporcionalidade surge como princípio jurídico de direito, constituindo numa aspiração constitucional, enquanto a razoabilidade se limita a ser um princípio geral de interpretação; e iv) em sua função, a razoabilidade desempenha função de bloqueio, enquanto a proporcionalidade, além da função de bloqueio (vedação ao arbítrio), desempenha função de resguardo, ao assegurar a concretização dos interesses constitucionais.³³⁰

Nota-se, pelo exposto, que os referidos princípios, a partir da influência das teorias germânicas, não se confundem. Nada obstante, não é difícil encontrar a referência aos dois elementos como se sinônimos fossem, inclusive por parte dos Tribunais brasileiros, até mesmo do Supremo Tribunal Federal³³¹.

O que se observa, em síntese, é que se trata de princípios que devem orientar a interpretação do direito, uma vez que enquanto a proporcionalidade é expressamente admitida como princípio jurídico, a razoabilidade é um princípio que deve orientar o intérprete. Ambos, conjuntamente, servem para adequar a norma ao caso concreto. Mas, examinados analiticamente, são princípios com conteúdos diferentes, principalmente

³²⁹ Cf. Ricardo Lobo Torres. *In: Direito Tributário homenagem a Alcides Jorge Costa, cit.*, p. 441.

³³⁰ Cf. Luís Eduardo Schoueri. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica, cit.*, p. 293.

³³¹ **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** [...]. No tocante ao *caput* do já referido art. 33 da mesma Medida Provisória e reedições sucessivas, basta, para considerar relevante a fundamentação jurídica do pedido, a alegação de ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal em sentido material (art. 5º, LIV, da Constituição) por violação da razoabilidade e da proporcionalidade em que se traduz esse

1 III 1 (STF - ADI 1.922-9 (ML) - DF - TP - Rel. Min. Moreira Alves - DJU 24.11.2000 - p. 89) III -se como parâmetro de

aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-

1 1 (STF - RE-AgRg 200649 - RS - 2ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 01.07.2005).

quando se verifica que a razoabilidade é aplicável a qualquer ciência e que a proporcionalidade tem a sua base no direito.

IV. 6. 1. 5. Uniformidade

Submete-se à uniformidade da tributação o incentivo fiscal federal de natureza regional? Para que se responda, é essencial o exame do texto constitucional que, no seu art. 151, estabelece:

Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País; [...].

Portanto, o mesmo dispositivo da Constituição se refere à possibilidade de concessão de incentivos para a promoção do equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as regiões do Estado brasileiro. Dessa forma, a correta leitura do texto constitucional admite o tratamento tributário diferenciado para que seja atendida a busca do equilíbrio das regiões, tratando-se, inclusive, de matéria vinculada aos propósitos da ordem econômica normativa, disso resultando a possibilidade de a União, com base na sistematização dos princípios constitucionais, conceder benefícios a contribuintes estabelecidos em determinadas regiões.

Registre-se que a esse respeito já se manifestou o Poder Judiciário, admitindo alíquotas diferentes do IPI a partir do critério da territorialidade. Confira-se:

TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – AÇÚCAR DE CANA – ALÍQUOTA – AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE A fixação de alíquotas diferenciadas de IPI sobre o açúcar não ofende o princípio da seletividade, tampouco o da uniformidade tributária. A alíquota especial fixada para determinados Estados tem por escopo a redução das desigualdades regionais. Apelação improvida. (TRF 1ª R. – AC 01503200 – MG – 4ª T. – Rel. Juiz Hilton Queiroz – DJU 28.05.1999 – p. 671).

Há, por outro lado, decisões contrárias ao posicionamento acima indicado, que identificam as alíquotas diferenciadas como uma ofensa à uniformidade da tributação. A esse respeito, tem-se a seguinte decisão relatada pelo Magistrado Leandro Paulsen:

TRIBUTÁRIO. IPI. SELETIVIDADE. UNIFORMIDADE GEOGRÁFICA [...]. A elevação de alíquota do IPI [...] e isenção para as áreas da Sudene e Sudam, implicou ofensa ao critério da seletividade em função da essencialidade do produto, não se caracterizando, ainda, como incentivo destinado a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país, que constitui limitação constitucional ao poder de tributar da União. [...]. (TRF – 4ª. Região – MAS 1998.04.01.017397-6-PR – 1ª. T. – Rel. Juiz Leandro Paulsen – DJU 23.05.2002, p. 404).

Entretanto, não há de se concordar com os argumentos suscitados no julgado acima reproduzido, já que a definição de alíquotas diferenciadas visa sim à promoção do equilíbrio do desenvolvimento regional.

Veja-se que todas as normas federais que instituem incentivos para a atração de investimentos, objetivando o crescimento econômico, admitem um tratamento tributário diferenciado para determinadas regiões. Uma prova disso é a própria Lei Federal nº. 11.196, de 2005, já mencionada no decorrer do trabalho, que, no contexto da uniformidade, pode ser examinada.

A referida Lei, ao tratar dos benefícios fiscais para as denominadas micro-regiões, consideradas as áreas abrangidas pelas ADENE e ADA, admite expressamente incentivos de tributos federais para localidades específicas³³².

³³² Extrai- **DOS INCENTIVOS ÀS MICRORREGIÕES NAS ÁREAS DE ATUAÇÃO DAS EXTINTAS SUDENE E SUDAM** - Art. 31. Sem prejuízo das demais normas em vigor aplicáveis à matéria, para bens adquiridos a partir do ano-calendário de 2006 e até 31 de dezembro de 2013, as pessoas jurídicas que tenham projeto aprovado para instalação, ampliação, modernização ou diversificação enquadrado em setores da economia considerados prioritários para o desenvolvimento regional, em microrregiões menos desenvolvidas localizadas nas áreas de atuação das extintas Sudene e Sudam, terão direito: I - à depreciação acelerada incentivada, para efeito de cálculo do imposto sobre a renda; II - ao desconto, no prazo de 12 (doze) meses contado da aquisição, dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins de que tratam o inciso III do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o inciso III do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e o § 4º do art. 15 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, na hipótese de aquisição de máquinas, aparelhos, instrumentos e equipamentos, novos, relacionados em regulamento, destinados à incorporação ao seu ativo imobilizado. §

Isto posto, equivocada está a interpretação de que não pode a União conceder incentivos fiscais para reduzir as desigualdades econômicas regionais. Uma prova disso é a referida Lei Federal nº. 11.196, de 2005, que, a exemplo de muitas outras, sempre serviu de instrumento para a efetivação da ordem econômica proposta na Constituição.

IV. 6. 1. 6. Neutralidade

Cabe, ainda, questionar se as normas tributárias indutoras devem conviver harmonicamente com a neutralidade da tributação. Torna-se oportuno, então, uma análise acerca do que seja a neutralidade da tributação.

Inicialmente, nota-se a complexidade de se conceituar o signo neutralidade. Como observa Luís Roberto Barroso, neutralidade é um conceito complexo, que se dilui em muitos aspectos diferentes. Alguns deles, segundo o ilustre professor, são: i) a imparcialidade, que representa a ausência de interesse imediato nas questões; e ii) a impessoalidade, que corresponde à atuação pelo bem comum, e não para o favorecimento de alguém. E continua Barroso:

A idéia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades etc. Ora bem: tais distribuições, isto é, o *status quo* não são fruto do freqüentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça.

[...] Art. 32. O art. 1º da Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 1º Sem prejuízo das demais normas em vigor aplicáveis à matéria, a partir do ano-calendário de 2000, as pessoas jurídicas que tenham projeto protocolizado e aprovado até 31 de dezembro de 2013 para instalação, ampliação, modernização ou diversificação enquadrado em setores da economia considerados, em ato do Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional, nas áreas de atuação das extintas Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - Sudene e Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - Sudam, terão direito à redução de 75% (setenta e cinco por cento) do

Veja-se que o problema não está só na neutralidade em si, mas em qual ponto de referência do que seja neutro. O *status quo* vigente nas sociedades desiguais e poucas não o são certamente não pode fundar-se no *status quo* não significa que não haja lugar para ela. Idealmente, o intérprete, o aplicador do direito, o juiz, deve ser neutro. [...].³³³

Quando a neutralidade é aplicada à matéria tributária, surgem duas possíveis conclusões: i) a de que a neutralidade diz respeito à necessidade de se evitarem mudanças nos comportamentos dos agentes econômicos, de forma a manter-se o *status* próprio dos movimentos econômicos e sociais (a tributação não deveria intervir nas condições do mercado); ii) a de que nenhum tributo pode ser considerado neutro, porque terá sempre influência sobre o processo econômico e no contexto social global.

Surgida a partir das teorias econômicas liberais, utilizando-se como ponto de partida a noção de ser o tributo um mal necessário, a doutrina da neutralidade fiscal é um contraponto à intervenção do Estado sobre o processo econômico. Assenta-se, basicamente, na perspectiva liberal da tributação, defendendo a redução do papel do Estado-interventor ao papel do Estado-polícia³³⁴.

Há quem afirme que a neutralidade tributária é princípio que gravita em torno da isonomia, considerando-se neutro o sistema que não interfere na otimização da alocação de meios de produção, que não provoque distorções, conferindo segurança jurídica para o exercício das atividades empresariais³³⁵. A partir disso, a neutralidade realizaria o princípio da igualdade/isonomia, pois não admitiria tratamentos diferenciados para contribuintes equiparados. Seria, pois, um elemento favorável para a coerência de todo o sistema jurídico, na medida em que forçaria o legislador a adotar os princípios que informam a tributação³³⁶.

Ademais, a neutralidade estaria relacionada à liberdade das atividades empresariais, tratando-se de um princípio de grande importância no processo de circulação de riquezas, evitando a distorção de preços e a restrição do fluxo de capitais³³⁷.

António Carlos dos Santos aponta que muitos identificam a neutralidade como a principal norma da tributação³³⁸. No entanto, é de se perguntar: como conceber a neutralidade da tributação se por definição a fiscalidade é uma forma de intervenção do Estado? Aliás, como cita o autor português, mais do que intervenção, nas economias de mercado, a fiscalidade é uma condição de existência do próprio Estado, já que se trata de algo imanente ao seu funcionamento. E prossegue o pesquisador afirmando:

Neste sentido, não se pode estar mais de acordo com a afirmação de Annie VALLÉE de que, em bom rigor, a neutralidade fiscal não existe: um sistema que se limitasse a arrecadar impostos sem modificar os comportamentos dos operadores económicos e, conseqüentemente, sem atingir o funcionamento da economia do mercado não seria concebível. Nem os impostos são neutros, nem a escolha dos impostos ou do sistema fiscal o é.

Todas as formas de tributação provocam distorções. O mesmo acontece com as exclusões, benefícios e incentivos fiscais. Numa primeira aproximação, a questão da neutralidade será assim a da escolha dos impostos (e das técnicas tributárias) que menos distorções provoquem. A neutralidade é um conceito relativo, não um conselho absoluto.³³⁹

Partindo-se da premissa adotada por Santos, nota-se que existem dois sentidos para a neutralidade da tributação: i) o primeiro, influenciado pela ciência das finanças, que sustenta que os tributos não devem prejudicar ou favorecer grupos específicos dentro da economia os tributos, por isso mesmo, devem ser neutros quanto a produtos de natureza similar, processos de produção, formas de empresas, evitando influenciar de forma negativa na concorrência³⁴⁰; ii) o segundo, alicerçado na idéia inversa: a tributação deve

³³⁷ Cf. Ricardo Lobo Torres. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, cit., p. 333.

³³⁸ Cf. António Carlos dos Santos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, cit., p. 354.

³³⁹ *Idem, ibidem*, p. 354-355.

³⁴⁰ Cf. Ana P. Dourado. *A Tributação dos Rendimentos de Capitais: A Harmonização na Comunidade Europeia*. Lisboa: DGCI/CEF, 1996, p. 266.

Assim sendo, existe a corrente dos que criticam a doutrina da neutralidade fiscal ou tributária, já que seria verdadeira falácia. Klaus Vogel, sobre o assunto, adverte que a neutralidade significa falta de todas (ou quase todas) as influências externas, consistindo num princípio que, em direito internacional, representaria uma proteção para os sistemas tributários dos países mais fortes³⁴².

Na Comunidade Européia, como em outros blocos, a neutralidade constitui um mecanismo de harmonização, que afasta os óbices para a criação e para a manutenção de
1 /
devem pautar-se pelas regras internacionais, para evitar tratamentos desiguais entre iguais. Nesse ponto, trata-se de um elemento importante.

Infere-se, porém, que a idéia de neutralidade apresenta-se de forma evidentemente restrita, pois ainda não se constatou, mesmo hipoteticamente, um tributo (e em especial um imposto) completamente neutro, uma vez que toda e qualquer obrigação de cunho tributário, como lembra Santos, atinge e modifica a ordem prestabelecida das coisas, exercendo efeitos sobre a produção e o consumo, a circulação e sobre o rendimento e a propriedade, resultan
1 /
imposto integralmente neutro não existe. Depois da sua incidência, só por milagre a
1 ³⁴³ Daí porque a neutralidade é sempre
relativa, pois pode influenciar mais num contexto do que em outro de escolha³⁴⁴.

³⁴¹ Cf. António Carlos dos Santos. *Op. cit.*, p. 356.

³⁴² Cf. Klaus Vogel. *Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?* In: *Bulletin for International Fiscal Documentation* (2002), p. 4/10. *Apud* Fernando Aurélio Zilveti. *Variações sobre o Princípio da Neutralidade no Direito Tributário Internacional*, cit., p. 29.

³⁴³ Cf. António Carlos dos Santos. *Op. cit.*, p. 359.

³⁴⁴ / / III 2
social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos. Seria impossível transpor a idéia de mercado, estrutura que define preços ou da qual resultam preços como preferem alguns, para o campo do Direito? A resposta é negativa. Exemplo é a denominada guerra fiscal. Visando a atrair agentes produtivos (indústria, comércio, serviços), alguns governantes oferecem benefícios tributários (econômicos) sob a forma de renúncia fiscal. Tal renúncia representa redução do custo de produção, portanto não se deve estranhar a migração de atividades produtivas de um para outro local. Algum agente econômico

Pondere-se, ainda com António Carlos dos Santos, que a neutralidade deve ser concebida com racionalidade do sistema tributário analisado, ao mesmo tempo em que se considera a racionalidade das atividades econômicas. Deve-se levar em conta, então, todas as funções das atividades econômicas e o orçamento público na sua integralidade³⁴⁵.

Pelo exposto, constata-se que nem sempre a neutralidade da tributação será benéfica à sociedade e ao sistema econômico. Deve, antes, ser analisada para dar margem

1 /
/

representando a facilitação da consecução dos objetivos econômicos, e a segunda, o inverso³⁴⁶. Um efeito da neutralidade, portanto, pode ser justamente inverso aos objetivos da ordem econômica. O tributo, em muitos momentos, deve corrigir as distorções, tratando de forma desigual algumas atividades, determinados grupos de agentes econômicos.

No caso brasileiro, pode-se dizer que a neutralidade representa a regra geral: a tributação deve tratar todos igualmente, admitindo a circulação de capital e o desenvolvimento econômico de forma imparcial, ou seja, sem beneficiar agentes econômicos especificamente. Constitui-se, então, em corolário da igualdade, do princípio da isonomia.

Por outro lado, como há no país grandes problemas nacionais, torna-se necessária a utilização da tributação como instrumento de regulação da ordem econômica, visando-se ao desenvolvimento econômico.

Com isso, é fundamental que a tributação seja adaptada às realidades de cada região e de cada atividade econômica, através de incentivos e agravamentos para a correção das distorções nas relações econômicas. Nesse ponto, inexistiria neutralidade da tributação, porque as normas tributárias indutoras, ao incentivarem certos comportamentos

³⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 361.

³⁴⁶ *Idem, ibidem*.

status quo, aspecto que contradiz a
idéia originária de neutralidade.

Ocorre, porém, que a idéia de neutralidade não é absoluta: é, ao contrário relativa, daí porque essas conclusões. Pode-se, então, afirmar que a neutralidade deve pautar a fiscalidade, o denominado objetivo de arrecadação. Quando o tributo servir para a regulação econômica, através das normas tributárias indutoras, a neutralidade deixa de ser observada até pela necessidade de se conferir tratamentos desiguais aos desiguais, privilegiando-se as regiões mais pobres, as atividades econômicas em dificuldades, para

/ ,
(teórica, ordem-objetivo) que a Constituição prescreve.

V. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. O Estado tem o dever constitucional de promover o desenvolvimento econômico nacional, que deve ser visto como um equilíbrio entre a força do capital, através da modernização e do crescimento da economia, e a proteção dos valores sociais.

2. A Constituição, ao tratar do modo de ser da economia, determinando um modelo econômico e social a ser alcançado pelo Estado, é designada, nessa parte, como Constituição Econômica. E é essa a parcela da Constituição que determina como os valores capitalistas e sociais devem ser conciliados, protegendo, de um lado, a liberdade das atividades econômicas e, por outro, o consumidor, o meio ambiente, o mercado, o emprego e a dignidade da pessoa humana. O momento contemporâneo, portanto, impõe que sejam ponderados os valores legitimados pela sociedade, reconhecendo-se a importância das forças econômicas na busca do desenvolvimento econômico, desde vinculadas à noção de harmonia de tais elementos com os valores socialmente relevantes.

3. A Constituição brasileira, nessa perspectiva, eleva a princípios a proteção da liberdade, a livre iniciativa e a livre concorrência, a tutela da propriedade e a sua função social, a proteção do consumidor e do meio ambiente, o tratamento favorecido às empresas de menor porte, a isonomia de tratamento quando as empresas públicas exerçam atividades no mercado (no chamado domínio econômico), a busca do pleno emprego, a valorização do trabalho humano e a redução das desigualdades regionais e sociais.

4. Note-se, por oportuno, que quando identificado o correto sentido da expressão desenvolvimento econômico, por muitos referida como desenvolvimento econômico sustentável (ou sustentado), constata-se que todos os valores concretizados pela Constituição Econômica, através dos seus princípios, estão abrangidos por aquele. Em outras palavras, o efetivo desenvolvimento econômico representa um estado de harmonia entre os valores do sistema social, daí porque se torna impreterível interpretar todos os citados princípios de forma sistemática, uma vez que todos eles mantêm com os demais uma relação de fundamental importância. Não se poderia, pois, proteger o consumidor sem

se garantir a inserção e a manutenção dos agentes econômicos no mercado. Da mesma forma, inexistirá pleno emprego sem redução das desigualdades sociais. E assim sucessivamente.

5. O sistema social global abrange vários outros sistemas ou subsistemas, que se relacionam de forma constante e dinâmica, servindo o sistema jurídico de estrutura para o sistema econômico, daí porque a afirmação de que o direito, enquanto sistema, é a estrutura dos demais subsistemas.

6. Ao seu turno, como ciências que visam à ordem econômica e social, direito e economia são também indissociáveis, uma influenciando a outra em busca de soluções para os conflitos sociais, que são também econômicos. Dessa relação, surge a necessidade de se conferirem condições favoráveis para os agentes desenvolverem a economia e reduzirem os problemas econômicos e sociais. Nesse sentido, diz-se que o direito deve fornecer condições favoráveis para a realização dos comportamentos econômicos mais desejáveis na busca da harmonia das relações econômicas e sociais.

7. O poder econômico é um dado estrutural do sistema econômico, por corresponder ao exercício legítimo da livre iniciativa, da liberdade das atividades econômicas. Deve, pois, ser corretamente compreendido para que atenda à sua função social. Ele está, por isso mesmo, relacionado à noção da função sócio-econômica da empresa, devendo o sistema protegê-lo e reprimir única e exclusivamente o seu abuso, que é justamente o seu exercício ilegítimo, algo que é rotulado como infração à ordem econômica, por representar comportamento de manipulação do processo econômico.

8. O Estado, estruturado pelo sistema jurídico, detém o atributo da coerção, podendo editar normas de direção, verdadeiros comandos, obrigatórios aos agentes e à sociedade como um todo. As normas diretivas, todavia, muitas vezes não são eficazes na realização da vontade constitucional, sendo necessário estimular e/ou desestimular os comportamentos econômicos sociais para que se atinja o objetivo econômico e social, utilizando-se de outra espécie de norma jurídica, designada como norma indutora. As

normas indutoras, ao contrário das diretivas, não obrigam os agentes a comportamentos específicos, mas, instituindo vantagens e/ou desvantagens, induzem os agentes à adoção de comportamentos mais desejáveis na busca da ordem jurídica, inclusive para evitar o cometimento de ilícitos.

9. As normas indutoras, nesse contexto, devem ser editadas a partir dos benefícios que tragam à coletividade, à estrutura social, sendo imprescindível o exame de sua eficiência. O conceito de eficiência, bastante utilizado pela ciência econômica, deve também ser suscitado no estudo das categorias jurídicas, uma vez que se trata de elemento que corresponde ao resultado obtido da comparação entre os efeitos positivos e negativos dos comportamentos exercidos na estrutura social. Fala-se em eficiência, portanto, quando sejam maiores do que os prejuízos à coletividade os benefícios de determinados comportamentos.

10. Nesse ponto, surge a relação entre a Constituição Econômica e a tributação, agora vista como instrumento de regulação. A norma tributária, portanto, além da finalidade arrecadatória, pode servir de instrumento para a mudança da realidade econômica e social, através da concessão de incentivos e/ou agravamentos de natureza fiscal. Fala-se, então, como ensina Luís Eduardo Schoueri, em normas tributárias indutoras.

11. As normas tributárias indutoras, nada obstante tenham a finalidade de regular a ordem econômica e social, promovendo incentivos e/ou agravamentos, são também normas tributárias. E isso é importante no momento em que se analisa a sua natureza jurídica, pois, ao serem configuradas como normas tributárias, devem se sujeitar às regras e aos princípios constitucionais da tributação.

12. Ademais, as normas tributárias indutoras, por terem como finalidade a regulação, sendo editadas para promover a ordem econômica e social, sujeitam-se aos princípios constitucionais econômicos. Assim, não se admitirá qualquer incentivo e/ou agravamento tributário que contrarie os objetivos da Constituição Econômica.

13. É dever do Estado, definido constitucionalmente, a redução das desigualdades regionais e sociais, cabendo-econômicas e sociais, promovendo o bem comum. E por serem medidas de grande relevância nessa perspectiva, pode o Estado utilizar as normas tributárias indutoras para a busca de tal objetivo, concedendo, em respeito aos limites constitucionais, incentivos fiscais para fomentar atividades econômicas nas regiões menos desenvolvidas. E isso tem efetivamente ocorrido, através da concessão de privilégios para empresas que invistam e se instalem em regiões menos desenvolvidas, obtendo-se efetiva melhora nas condições econômicas e sociais, como ocorre atualmente com o nordeste brasileiro, principalmente com a promoção do crescimento das atividades relacionadas com o turismo e com as exportações. Nesse sentido, registre-se, dentre os vários exemplos concretos, a recente Lei Federal nº. 11.196, de 2005.

14. As normas tributárias indutoras, ao instituírem incentivos para a finalidade de fomentar atividades econômicas consideradas prioritárias para a redução das desigualdades regionais e sociais, em cumprimento à Constituição Econômica, devem observar, também, o pacto federativo, respeitando-se os limites conferidos no plano constitucional a cada pessoa jurídica de direito público interno. Assim, constitui matéria obrigatória, para o exame do tema, a fiel observância das competências reguladora e tributária, uma vez que as normas tributárias indutoras devem limitar-se em face da unidade nacional.

15. A neutralidade da tributação tem dois sentidos: i) no caso da norma que objetiva a arrecadação, a tributação há de evitar distorções, sendo neutra na medida do possível; ii) já na hipótese das normas que objetivam regular a economia e o fenômeno social como um

/ / / 1

forma, as normas tributárias indutoras, não tendo como finalidade principal a arrecadação, implicam em mudanças no sistema, daí porque não se trata de normas neutras. Devem, ao contrário, orientar os comportamentos na busca da concorrência, da valorização do poder econômico.

16. O tema dos incentivos fiscais abrange, necessariamente, a abertura de determinados conceitos, não se admitindo, por tal razão, a tipicidade cerrada que é tida no Brasil como verdadeiro dogma. Basta analisar-se o mecanismo de aprovação dos incentivos fiscais e o entendimento do Supremo Tribunal Federal no caso do SAT para se concluir que a tipicidade não pode ser fechada como defendem vários e respeitados autores, especialmente porque não é possível à lei definir totalmente os critérios da sua aplicação, diferenciando-se, por isso, a descrição da definição.

17. Por fim, merece destaque a consideração no sentido de que o tema das normas tributárias indutoras, da regulação do poder econômico pela tributação, a despeito de ser complicadíssimo e ao mesmo tempo desafiador, caracteriza-se por admitir a junção de dois ramos jurídicos difíceis: o direito econômico e o direito tributário, devendo-se, por isso, falar, como fazem os portugueses, num direito econômico-fiscal ou tributário, porque se analisa o regime e os efeitos dos incentivos e dos agravamentos na ordem econômica e social, rompendo-se com a dogmática conservadora da mera fiscalidade.

18. Finalmente, é fundamental ponderar que sem analisar juridicamente os dados econômicos, valorando-os, o sistema jurídico fica cada vez mais distante da realidade idealizada de equilíbrio das relações econômicas e sociais. Disso decorre a última das conclusões, no sentido de que essa metodologia interdisciplinar, há muito desenvolvida em outros países, todos mais evoluídos, deve orientar o novo modo de pensar do jurista, que, muitas vezes ao prender-se à conservadora dogmática, à autonomia científica, foge da realidade e cria muito sem examinar para quê.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico*. In: Temas de Interpretação do Direito Tributário. Organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O Princípio da Isonomia em Matéria Tributária*. In: Teoria Geral da Obrigação Tributária – estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. Coordenador: Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais dos Contribuintes e os Obstáculos à sua Efetivação*. In: Princípios de Direito Financeiro e Tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Organizadores: Adilson Rodrigues Pires & Heleno Taveira Tôrres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Felipe Machado. *Tributação e Dignidade*. In: Elementos Atuais de Direito Tributário. Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins e André Elali. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Crise Econômica e Direito Constitucional*. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: RT, v. 6, 1994.

_____. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In: Direito e Regulação no Brasil e nos EUA. Organizador: Marcelo Figueiredo. São Paulo: Malheiros / Fundação Armando Álvares Penteado, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Poder*. In: Comentários à Constituição do Brasil. V. 1. Autores: Celso Ribeiro Bastos & Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalization: The Human Consequences*. New York: Columbia University Press, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 36, n. 142, abril/junho de 1999.

BETTI, Emílio. *Teoria Generale della Interpretazione*. Milano, 1990.

BILLIER, Jean-Cassien e **MARYIOLI**, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2005. Tradução: Maurício de Andrade.

BIX, Brian H. *A Dictionary of Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

_____. *Dicionário de Política*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BOEHM, Max Hildebert. *The Riddle of Federalism: Does Federalism impact on Democracy?* In: *International Encyclopedia of the Social Sciences*. London: Macmillan, 1932.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais*. Tese de doutoramento em Direito do Estado, PUC/SP, 2006.

BORBA, Eduardo José Paiva. *Mínimo Existencial e Imposto de Renda*. Projeto de Dissertação de Mestrado em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2005.

_____. *Análise da Legalidade como Princípio da Tributação*. In: Elementos Atuais de Direito Tributário. Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins & André Elali. Curitiba: Juruá, 2005.

BOURGOIGNIE, Thierry. *O Conceito Jurídico de Consumidor*. In: Revista do Consumidor. São Paulo: RT, 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRUM, Argemiro J. *Desenvolvimento Econômico Brasileiro*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRUNDTLAND, G. Harlem. *Our Common Future*. In: Report of the World Commission on Environment and Development. Oxford: Oxford University Press, 1987.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Tradução: A. Menezes Cordeiro.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CARRAZZA, Roque Antonio. *O Princípio da Anterioridade Tributária*. In: Elementos Atuais de Direito Tributário – Estudos e Conferências. Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins e André Elali. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos – Um estudo sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *ICMS*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. *Os Princípios Constitucionais Tributários no Sistema Positivo Brasileiro*. In: *Elementos Atuais de Direito Tributário – Estudos e Conferências*. Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins e André Elali. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos de incidência*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2000

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTRO, Aldemario Araujo. *Repercussões da Globalização na Tributação Brasileira*. In: *Elementos Atuais de Direito Tributário*. Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins & André Elali. Curitiba: Juruá, 2005.

CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CEZAROTI, Guilherme. *Subsídios e Incentivos Fiscais – Uma Visão a partir do Tratado da OMC*. In: *Tributação, Justiça e Liberdade – Homenagem a Ives Gandra da Silva*

Martins. Cordenadores: Marcelo Magalhães Peixoto & Edison Carlos Fernandes. Curitiba: Juruá, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COOTER, Robert. & **ULEN**, Thomas. *Law and Economics*. 4. ed. The Addison-Wesley series in economics, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ordem Econômica na Constituição Brasileira*. In: Revista de Direito Público. São Paulo: RT, n. 93.

_____. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1983.

CORREA, Walter Barbosa. *Tensão entre Direito de Tributar e Poder de Tributar no Direito Tributário Brasileiro*. In: Direito Tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. Coordenador: Brandão Machado. São Paulo: Saraiva, 1984.

CORRÊA, Oscar Dias. *Direito e economia na virada do milênio*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NALINI, José Renato. *Dimensões de Direito Contemporâneo*. São Paulo: IOB, 2003.

_____. *Introdução Crítica à Economia Política*. Trabalho apresentado para obtenção da Cátedra de Economia da Faculdade Nacional de Ciências Econômicas da Universidade do Brasil, em 1957.

COSTA, Alcides Jorge. *Algumas Notas sobre a Relação Jurídica Tributária*. In: Direito Tributário Estudos em Homenagem a Brandão Machado. Coordenadores: Luís Eduardo Schoueri e Fernando Aurelio Zilveti. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *História da Tributação no Brasil. In: Princípios e Limites da Tributação.* Coordenação: Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COSTA, Regina Helena. *O Princípio da Capacidade Contributiva.* São Paulo: Malheiros, 1997.

CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência – Mercosul e União Européia.* São Paulo: Manole, 2003.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico: globalização & constitucionalismo.* Curitiba: Juruá, 1999.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva da Globalização – paradoxos e desafios.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DERANI, Cristiane. *Aplicação dos Princípios do Direito Ambiental para o Desenvolvimento Sustentável. In. Direito Tributário Ambiental.* Organizador: Heleno Taveira Torres. São Paulo: Malheiros, 2005.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DOURADO, Ana. *A Tributação dos Rendimentos de Capitais: A Harmonização na Comunidade Européia.* Lisboa: DGCI/CEF, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously.* 16. ed., Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. *The model of rules*. University of Chicago Law Review.

ELALI, André. *O Federalismo Fiscal Brasileiro e o Sistema Tributário Nacional*. São Paulo: MP, 2005.

_____. *Direito Tributário numa Economia Globalizada – Tributação e Integração Econômica Internacional: Um Exame da Jurisprudência do STJ sobre os Acordos que Impedem a Dupla Tributação da renda no Âmbito Internacional*. In: *Temas de Direito Público Aspectos constitucionais, administrativos e tributários Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Coordenadores: Cristiano Carvalho e Marcelo Magalhães Peixoto. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Sobre a Imunidade Tributária como Garantia Constitucional e como Mecanismos de Políticas Fiscais – Questões Pontuais*. In: *Imunidades Tributárias*. Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP, 2004.

_____. *Indução Econômica por meio da Tributação – Incentivos Fiscais nas Micro-regiões – Aspectos Pontuais da Lei nº. 11.196/2005*. In: *D E 1* Organizador: Edison Carlos Fernandes. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Comentários acerca dos Incentivos Fiscais nas Micro-regiões em face da Lei nº. 11.196/05*. In: *Principais Aspectos da Lei nº. 11.196/05 D E 1* Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins, Marcelo Magalhães Peixoto e André Elali. São Paulo: MP, 2006.

FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

_____. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FAVEIRO, Vitor. *O Estatuto do Contribuinte – A pessoa do contribuinte no Estado Social de Direito*. Coimbra Editora, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Fundamentos e Limites Constitucionais da Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. In: Revista de Direito Público. São Paulo: RT, n. 47-48.

_____. *Obrigação Tributária Acessória e Limites de Imposição: Razoabilidade e Neutralidade Concorrencial do Estado*. In: Princípios e Limites da Tributação.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. Recife: UFPE, 1977.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A Constituição e o Meio Ambiente – Os Princípios Constitucionais Aplicáveis à Matéria e Alguns Temas Correlatos*. In: Direito Tributário Ambiental. Organizador: Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Malheiros, 2005.

FILHO, José Augusto Peres. *Responsabilidade do Estado no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: iEditora, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GELLHORN, Ernerst. *Antitrust Law and Economics*. St. Paul: West Publishing Co., 1986.

GODOI, Marciano Seabra de. *Questões Atuais do Direito Tributário na Jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2006.

GOLDBERG, Daniel K.. *Entendendo o Federalismo Fiscal: Uma Moldura Teórica Multidisciplinar*. In: *Federalismo Fiscal*. Org. José Maurício Conti. São Paulo: Manole, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUIMARÃES, D. Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *O Declínio do Neoliberalismo e o Papel do Estado no Século XXI*. In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*. São Paulo: Malheiros & Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas, 2003.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004.

GUTMANN, Daniel. *Do Direito à Filosofia do Tributo. In: Princípios e Limites da Tributação*. Coordenação: Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Tradução: Selma Ferraz e Roberto Ferraz.

HAMON, Francis, **TROPER**, Michel e **BURDEAU**, Georges. *Direito Constitucional*. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1961.

HELLER, Heinz R. *O Sistema Econômico Uma Introdução à Teoria Econômica*. Tradução: Terezinha Santoro. Revisão: José Paschoal Rossetti. São Paulo: Atlas, 1977.

HORVATH, Estevão. *O Princípio do Não-confisco no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

JANSEN, Letácio. *Introdução à Economia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. *In: Comentários ao Código Tributário Nacional*. Vários autores. Coordenação: Marcelo Magalhães Peixoto e Rodrigo Masset Lacombe. São Paulo: MP, 2005.

LACOSTE, Yves. *Os Países Subdesenvolvidos*. 17. ed. São Paulo: DIFEL, 1985. Tradução: Américo E. Bandeira.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. Tradução: José Lamego.

LEBRUN, Gerard. *O que é Poder*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992

MAIA, Robson. *In: Comentários ao Código Tributário Nacional*. Coordenadores: Marcelo Magalhães Peixoto e Rodrigo Lacombe. São Paulo: MP, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da Imposição Tributária*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998.

_____. *Aspectos Tributários da nova Constituição*. Resenha Tributária, 1990.

_____. *Descompetitividade Empresarial e Lei Tributária*. *In: Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. Coordenador: Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Uma Teoria do Tributo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Imunidade Tributária dos Correios e Telégrafos*. *In: Revista Jurídica*, 288/32.

MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *A Política Tributária como Instrumento de Defesa do Contribuinte*. *In: A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*. Coordenador: Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: IOB, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Estado e a Ordem Econômica*. *In: Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 62

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.

_____. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Estudos de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Direito Fiscal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

NAZAR, Nelson. *Direito Econômico*. Bauru: Edipro, 2004.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Desenvolvimento econômico – Um retrospecto e algumas perspectivas*. In: *Regulação e Desenvolvimento*. Coordenação: Calixto Salomão Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e Meio Ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEIRA, Gésner e **RODAS**, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PELTZMAN, S. *A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de Desregulação*. In. *Regulação e Democracia o debate norte-americano*. Coordenação: Paulo Mattos. São Paulo: editora 34, 2004.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica – o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2005.

PERNOMIAN RODRIGUES, José Roberto. *O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências*. Tese de doutoramento apresentada à Universidade de São Paulo.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas Abusivas no Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Incentivos Fiscais e o Desenvolvimento Econômico*. In. *Direito Tributário Homenagem a Alcides Jorge Costa*. Coordenação: Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

PONTES, Helenilson Cunha. *Revisitando o Tema da Obrigação Tributária*. In: *Direito Tributário Homenagem a Alcides Jorge Costa*. Coordenação: Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

POSNER, Richard A. *Teorias da Regulação Econômica. In: Regulação Econômica e Democracia – o debate norte-americano*. Coordenação: Paulo Mattos. São Paulo: editora 34, 2004. Tradução: Mariana Mota Prado.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICH, Norbert. *Mercado Y Derecho*. Trad.: Antoni Font. Barcelona: Ariel, 1985.

ROCHER, Guy. *Sociologia Geral*. V. 1. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1982.

ROQUE, Ana. *Regulação do Mercado – novas tendências*. Quid Júris?, 2004.

SANCHES, J. L. Saldanha. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, J. Albano. *Teoria Fiscal*. Lisboa: Universidade Técnica de Lisboa – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Regulação e Desenvolvimento* (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Regulação e Desenvolvimento* (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2002.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.

_____. *A Tetradimensionalidade do Direito – Escorço Inicial*. In: Cadernos de Soluções Constitucionais. São Paulo: Malheiros & Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SCHOUERI, Luís Eduardo.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Elementos de Teoria Geral do Estado Comunitário*. Campinas: Interlex, 2000.

SÓLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTR, 1994.

STREETEN, Paul Patrick. *Thinking about Development*. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1999.

SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Organização: Décio Zylbersztajn & Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TIPKE, Klaus. *Sobre a Unidade da Ordem Jurídica Tributária*. Tradução: Luís Eduardo Schoueri. In: *Direito Tributário Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. Coordenação: Luís Eduardo Schoueri & Fernando Zilvetti. São Paulo: Dialética, 1998.

TIPKE, Klaus & **YAMASHITA**, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOBENAS, José Castan. *Lãs Diversas Escuelas Jurídicas y el Concepto Del Derecho*. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1947.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Incentivos Fiscais na Constituição e o “Crédito-prêmio de IPI”*. In: *Direito Tributário Atual* 18. São Paulo: Dialética e Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Sistemas Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *O Princípio da Tipicidade no Direito Tributário*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 235, Jan./Mar. 2004.

_____. *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Social*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21-39. Tradução de Marco Aurélio Greco.

VIDIGAL, Geraldo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1977.

VILANOVA, Lorival. *Causalidade e Relação no Direito*. Recife: UFPE, s/d.

_____. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Axis Mundis & IBET, 2004.

_____. *A Crise do Estado sob o ponto de vista da Teoria do Estado*. In: Jhering e o Direito no Brasil Seminário Nacional de Comemoração ao Centenário de seu Falecimento. Recife: UFPE, 1996.

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002.

ZILVETI, Fernando Aurélio. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. *Variações sobre o Princípio da Neutralidade no Direito Tributário Internacional*. In: *Direito Tributário Atual* 19. Coordenação: Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri e Paulo Celso Bergstrom Bonilha. São Paulo: Dialética & Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2005.

Measuring the Tax Burden on Capital and Labor. Cambridge, Massachusetts, USA
London, England: The MIT Press, 2004.

ACESSO ELETRÔNICO

Associação Paulista de Estudos Tributários. APET. Disponível em: <<<http://www.apet.org.br>>>. Acessado em 20 de fevereiro de 2006.

Banco do Nordeste do Brasil. BNB. Disponível em: <<http://www.bnb.gov.br/content/aplicacao/Investir_no_Nordeste/Fatores_de_atratividade/gerados/fatores_de_atratividade.asp>>. Acessado em 16 de maio de 2006.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE. Disponível em: <<<http://www.ibge.gov.br>>>. Acessado em 11 de junho de 2006.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEA. Disponível em: <<<http://www.ipea.gov.br/pub/ppp/PPP16/PARTE7.doc>>>. Acessado em 29 de maio de 2006.

Jornal Tribuna do Norte. TRIBUNA DO NORTE. Disponível em: <<<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia.php?id=9857>>>. Acessado em 15 de maio de 2006.

Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788], n. 69, agosto de 2000. Disponível em: <<<http://www.ub.es/geocrit/sn-69-56.htm>>>. Acessado em 14 de maio de 2006.

Superior Tribunal de Justiça. STJ. Disponível em: <<<http://www.stj.org.br>>>. Acessado em 13 de maio de 2006.

Supremo Tribunal Federal. STF. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acessado em 13 de maio de 2006.

Supremo Tribunal Federal. STF. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info301>>>. Acessado em 13 de maio de 2006.

Universo Online. UOL. Disponível em: <<<http://www2.uol.com.br/canalexecutivo/notas05/201020055.htm>>>. Acessado em 14 de junho de 2006.

Universidade Presbiteriana Mackenzie. MACKENZIE. Disponível em: <<<http://www.mackenzie.com.br>>>. Acessado em 22 de outubro de 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)