



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ FELIPE MONTEIRO SEIXAS

**TRIBUTAÇÃO INDUTORA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: uma
investigação crítica**

Recife
2017

LUIZ FELIPE MONTEIRO SEIXAS

**TRIBUTAÇÃO INDUTORA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: uma
investigação crítica**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Orientador: Prof.^o. Doutor Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Recife

2017

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira CRB/4-1736

S457t Seixas, Luiz Felipe Monteiro.
Tributação Indutora e Análise Econômica do Direito: uma investigação crítica / Luiz Felipe Monteiro Seixas. – Recife: O Autor, 2017.
215 f.

Orientador: Marcos Antônio Rios da Nóbrega.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.
Inclui referências.

1. Direito Tributário - Brasil. 2. Tributação Indutora. 3. Análise Econômica do Direito. 4. Tributo. 5. Incentivo Fiscal. I. Nóbrega, Marcos Antônio Rios da (Orientador). II. Título.

343.8104 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2019-23)

LUIZ FELIPE MONTEIRO SEIXAS

**TRIBUTAÇÃO INDUTORA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: uma
investigação crítica**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada em: 30/03/2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Dr. Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti (Presidente/UFPE)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a. Dr^a. Luciana Grassano Gouvêa de Melo (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o. Dr. Yanko Marcius de Alencar Xavier (Examinador Externo)
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof^a. Dr^a. Maria Marconiete Fernandes Pereira (Examinadora Externa)
Centro Universitário de João Pessoa

Prof^o. Dr. André de Souza Dantas Elali (Examinador Externo)
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

A Sara, por quem tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à Uiara do Nascimento Nunes, minha querida amiga e para sempre família, por todo apoio dado nos últimos anos deste projeto de vida, recheados de momentos de alegria, frustração, cansaço e determinação. Minha cara, sem você este trabalho não seria possível de ser concretizado.

Ao meu orientador, o Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega, por acompanhar minha jornada intelectual durante os anos de doutoramento junto à Universidade Federal de Pernambuco e, sobretudo, pelo suporte conferido para a elaboração deste trabalho.

Aos Professores Drs. Edilson Pereira Nobre Júnior, Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti e George Browne Rego, pelas lições iniciais nas primeiras disciplinas do doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

Aos amigos Raoni Macedo Bielschowsky, Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin e Igor Alexandre Felipe de Macêdo, que acompanham meus estudos acadêmicos desde o mestrado, seja pelos diversos cafés e cervejas que tomamos nos últimos anos, seja pelas conversas de teor acadêmico e profissional que continuamos mantendo ou, simplesmente, pela amizade desprendida.

Um especial agradecimento aos amigos do doutorado Roberto Gomes de Albuquerque Melo Junior e Karoline Lins Câmara Marinho de Souza, por todo o apoio dado durante essa empreitada acadêmica.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, pela acolhida na cidade do Recife durante os semestres letivos presenciais.

A todos os funcionários e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, responsáveis por manter o nível de excelência do Programa.

Ao Ministério da Educação e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela bolsa concedida durante o período do doutoramento, oportunizando-me dedicação exclusiva à pesquisa.

Il problema del giurista è da un lato quello di rendersi conto del mondo che ci circonda, dall'altro di elaborare un pensiero giuridico che sia strumento di intelligenza e di azione, di comprensione del presente e di azione per il futuro. (ASCARELLI, 1959, p. 101.)

RESUMO

Este trabalho corresponde a um estudo crítico da denominada *tributação indutora* (instrumentalizada pelas *normas tributárias indutoras*) sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito (ou Direito & Economia). Para tanto, será empreendido um exame preliminar dos aspectos conceituais e históricos da tributação indutora, com destaque para a distinção entre fiscalidade e extrafiscalidade; a função, o conceito e a classificação das normas tributárias indutoras; o estudo da tributação indutora sob a perspectiva da Ciência das Finanças; e uma proposta de classificação das duas principais espécies de normas tributárias indutoras, os tributos regulatórios e os incentivos fiscais (ambos com diferentes subespécies). A tese propõe-se a examinar os fundamentos e objetivos da tributação indutora, enfocando no emprego das normas tributárias indutoras como instrumento de regulação econômica/correção das falhas de mercado, e na relação entre a tributação indutora e a Ordem Econômica Constitucional brasileira (a qual confere a possibilidade de o Estado brasileiro intervir na economia via normas tributárias indutoras). Serão apresentados os pressupostos metodológicos da Análise Econômica do Direito adotados neste trabalho (como os conceitos de escassez, custo de oportunidade, maximização de utilidade, escolha racional, equilíbrio e eficiência econômica), além de serem examinados os fundamentos básicos da teoria econômica da tributação (a exemplo da relação entre tributação e eficiência econômica e da teoria da tributação ótima). Nesse sentido, a tese pretende realizar um estudo da tributação indutora sob a óptica e com base nos pressupostos metodológicos do Direito & Economia, examinando temas como a relação entre tributação indutora e eficiência, o *trade-off* entre eficiência e equidade e suas consequências para a tributação indutora, e discutindo uma proposta de tributação indutora ótima; além disso, e também com fundamento da Análise Econômica do Direito, são propostos critérios de diagnóstico das normas tributárias indutoras (tanto os tributos regulatórios, quanto os incentivos fiscais), como a análise custo-benefício, as perspectivas contemporâneas dos tributos regulatórios, o exame dos incentivos fiscais a partir da teoria do gasto tributário e os diferentes mecanismos de controle dos incentivos fiscais existentes no Brasil. A tese propõe-se, portanto, a esclarecer um questionamento elementar acerca do tema, indo além da análise jurídica tradicional, qual seja, se a tributação indutora, para os fins a que se propõe, representa um bom instrumento de regulação econômica.

Palavras-chave: Tributação Indutora. Normas Tributárias Indutoras. Análise Econômica do Direito. Regulação econômica.

ABSTRACT

This work corresponds to a critical study of the so-called *regulatory taxation* (instrumented by *regulatory tax rules*) from the perspective of Economic Analysis of Law (or Law & Economics). To this end, a preliminary examination of the conceptual and historical aspects of regulatory taxation will be undertaken, with emphasis on the distinction between fiscality and extrafiscality; of regulatory taxation from the perspective of Science of Finance; and a proposal of classification to the two main types of regulatory tax rules, regulatory taxes and tax incentives (both with different subspecies). The thesis proposes to examine the fundamentals and objectives of regulatory taxation, focusing in the use of regulatory tax rules as an instrument of economic regulation/correction of market failures, and in the relationship between regulatory taxation and Brazilian Constitutional Economic Order (which confers the possibility of the Brazilian State to intervene in the economy by regulatory tax rules). Will be presented the methodological assumptions of the Economic Analysis of Law adopted in this work (such as the concepts of scarcity, opportunity cost, utility maximization, rational choice, equilibrium and economic efficiency) will be presented, as well as the fundamentals of economic theory of taxation will be examined (for example, the relationship between taxation and economic efficiency and the theory of optimal taxation). In this sense, the thesis intends to carry out a study of regulatory taxation under the optics and based on the methodological assumptions of Law & Economics, examining topics such as the relation between regulatory taxation and efficiency, the *trade-off* between efficiency and equity and its consequences for inductive taxation and discussing a proposal of optimal regulatory taxation; in addition, and also based on Economic Analysis of Law, criteria for diagnosis of tax regulatory rules are proposed (both regulatory taxes and tax incentives), such as cost-benefit analysis, he contemporary perspectives of regulatory taxes, the examination of tax incentives from the theory of tax expenditure and the different mechanisms of control of the fiscal incentives existing in Brazil. The thesis proposes, therefore, to clarify an elementary question about the subject, going beyond the traditional legal analysis, that is, if the regulatory taxation, for the purposes that it proposes, represents a good instrument of economic regulation.

Keywords: Regulatory Taxation. Regulatory Tax Rules. Economic Analysis of Law. Economic regulation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	TRIBUTAÇÃO INDUTORA: ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS	19
2.1	EM BUSCA DO CONCEITO DE TRIBUTAÇÃO INDUTORA: DA ESTRUTURA À FUNÇÃO	19
2.1.1	Sobre fiscalidade e extrafiscalidade	22
2.1.2	Entre a arrecadação e a regulação: função, conceito e classificação das normas tributárias indutoras	34
2.1.3	As normas tributárias indutoras sob a perspectiva da Ciência das Finanças	39
2.2	TRIBUTAÇÃO INDUTORA EM ESPÉCIE: TRIBUTOS REGULATÓRIOS E INCENTIVOS FISCAIS	43
2.2.1	Tributos regulatórios	45
2.2.2	Incentivos fiscais	46
3	FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA TRIBUTAÇÃO INDUTORA	63
3.1	TRIBUTAÇÃO INDUTORA E REGULAÇÃO ECONÔMICA	64
3.1.1	Introdução à teoria da regulação econômica	66
3.1.2	Uma breve história da teoria da regulação	69
3.1.3	Falhas de mercado e regulação econômica	73
3.1.4	A tributação indutora como instrumento de regulação econômica	78
3.2	TRIBUTAÇÃO INDUTORA E ORDEM ECONÔMICA	84
3.2.1	Sobre a Ordem Econômica Constitucional	85
3.2.2	Princípios da Ordem Econômica na Constituição de 1988	87
3.2.3	Intervenção econômica na Constituição de 1988	92
3.2.4	A tributação indutora e sua relação com princípios da Ordem Econômica	97
4	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E ECONOMIA DA TRIBUTAÇÃO	104
4.1	PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	106
4.1.1	Escassez, <i>trade-offs</i> e custo de oportunidade	108
4.1.2	Maximização e escolha racional	111
4.1.3	Equilíbrio e eficiência econômica	115

4.2	FUNDAMENTOS DA TEORIA ECONÔMICA DA TRIBUTAÇÃO	119
4.2.1	Teoria da tributação e sistema tributário ideal	122
4.2.2	Tributação e eficiência econômica	126
4.2.3	Tributação e escolha racional	131
4.2.4	Teoria da tributação ótima	135
5	TRIBUTAÇÃO INDUTORA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: POR UMA PERSPECTIVA CRÍTICA	142
5.1	DIREITO E ECONOMIA DA TRIBUTAÇÃO INDUTORA	143
5.1.1	Sobre a relação entre tributação indutora e eficiência econômica	143
5.1.2	Tributação indutora: entre eficiência e equidade	150
5.1.3	Propostas para uma teoria da tributação indutora ótima	155
5.2	INSTRUMENTOS DE ANÁLISE E CONTROLE DA TRIBUTAÇÃO INDUTORA	161
5.2.1	Tributação indutora e análise custo-benefício	161
5.2.2	<i>Pigouvian taxes</i>: os tributos regulatórios em perspectiva	166
5.2.3	Os incentivos fiscais e a teoria do gasto tributário	172
5.2.3.1	<i>Gasto tributário e responsabilidade fiscal no Brasil</i>	174
5.2.3.2	<i>Fiscalização dos incentivos fiscais enquanto gasto tributário</i>	178
5.2.4	Mecanismos de controle dos incentivos fiscais	184
6	CONCLUSÕES	191
	REFERÊNCIAS	201

1 INTRODUÇÃO

“Num horizonte infinito de possibilidades abertas ao pensamento, cada um deve escolher o seu próprio itinerário.”

BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 29.

No século VII, após a conquista de Jerusalém, os muçumanos passaram a adotar um peculiar sistema tributário que diferia da anterior tributação existente durante o domínio romano. Na época, eram recorrentes as investidas do Império Romano, que buscava retomar o território da Judéia. Nesse período, os muçumanos resolveram instituir diferentes tributos (principalmente sobre a propriedade), cobrados exclusivamente dos indivíduos não-muçumanos (basicamente, cristãos e judeus) que residissem na cidade de Jerusalém. Dessa forma, para evitar a tributação (e garantir proteção contra o Império Romano), bastava que os não-muçumanos se convertessem ao Islã.

Essa história, contada por Charles Adams em sua obra *For Good and Evil: the impacts of taxes in the course of civilization*¹, serve para ilustrar como a tributação foi (e continua sendo) utilizada para fins outros que não o de arrecadar receitas para os cofres do Estado. Não obstante a função principal da tributação continuar sendo a obtenção de recursos para o financiamento dos diferentes serviços e políticas públicas do governo, desde longa data percebeu-se que as diferentes normas tributárias influenciam o comportamento dos indivíduos. Essa constatação permitiu, em maior ou menor grau, manejar tributos e normas tributárias para a consecução de fins diversos, distintos da mera arrecadação (condição essa comumente denominada de *extrafiscalidade*).

É a partir dessa constatação inicial, qual seja, a de que as normas tributárias influenciam o comportamento dos indivíduos, que se insere o objeto desta obra. Aqui, e conforme será examinado nos capítulos subsequentes, a proposta passa a ser examinar o emprego das normas tributárias com finalidades não arrecadatórias, para a consecução de outros fins, relacionados à intervenção do Estado na economia. Para tanto, faremos uso da expressão *tributação indutora* para referir-se à tal função da tributação, qual seja, a de induzir condutas, estimulando ou desestimulando o comportamento dos agentes econômicos em direção a objetivos específicos, de interesse do Estado.

¹ ADAMS, Charles. *For good and evil: the impacts of taxes in the course of civilization*, 2. ed. Lanham, Maryland: Madison Books, 2001. p. 131-135.

A expressão *tributação indutora* deriva de uma outra denominação sinônima, qual seja, as *normas tributárias indutoras*, cunhada por Luís Eduardo Schoueri na obra *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*². A obra em questão, fruto da tese de Schoueri para o concurso de professor titular da Universidade de São Paulo, publicada no ano de 2005, representa uma das mais importantes referências nos estudos do Direito Tributário brasileiro, criando uma nova abordagem teórica e metodológica para a análise de institutos que já eram, em certa medida, discutidos pela literatura tributária³. Ao ampliar o discurso do Direito Tributário para o Direito Econômico (e vice-versa), Luís Eduardo Schoueri buscou expandir o exame da norma tributária, em particular, da norma tributária indutora, para além da análise formalista/positivista então imperante nos estudos do Direito Tributário. Para tanto, buscou fontes diversas que permitissem compreender o funcionamento da tributação indutora através de outros ramos científicos, adotando um enfoque pragmático⁴. Partindo desse enfoque pragmático, é a função, portanto, o elemento caracterizador da norma tributária indutora.

Luís Eduardo Schoueri não foi pioneiro em sua análise. Obras e trabalhos acadêmicos diversos já se dedicavam ao exame da extrafiscalidade, em suas diferentes subespécies e aplicações⁵. Tais obras, à sua maneira, contribuíram e contribuem para o exame da matéria. Schoueri, no entanto, além de criar uma terminologia específica para o objeto de estudo (*normas tributárias indutoras*), inovou ao realizar uma verdadeira “anatomia” da tributação indutora no Brasil, investigando, através de uma perspectiva própria, a estrutura e a função das normas tributárias indutoras.

Relativamente à terminologia criada por Schoueri – *normas tributárias indutoras* –, o autor justifica sua adoção como expressão adequada para o objeto que pretende examinar, em

² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

³ Desde a consolidação dos estudos do Direito Tributário no Brasil, manuais e cursos de Direito Financeiro/Direito Tributário ou de Ciência das Finanças já contemplavam, mesmo que de modo superficial, capítulos ou tópicos específicos sobre os fins extrafiscais/regulatórios dos tributos, a exemplo da obra *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, de Aliomar Baleeiro, que dedica o Capítulo XX para o exame da matéria (BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015). O próprio Alfredo Augusto Becker, na obra *Teoria Geral do Direito Tributário*, aborda a questão da tributação extrafiscal em seu Capítulo V (BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007).

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 4-5.

⁵ Dentre os exemplos de trabalhos precursores no Brasil sobre a tributação extrafiscal, podemos citar: *As funções extra-fiscais do impôsto*, tese apresentada por Alberto Deodato à Faculdade de Direito da Universidade Minas Gerais para o concurso de professor catedrático de Ciência das Finanças (1949); *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*, de Walter Barbosa Corrêa (1964); *Isenções tributárias* (obra atualmente denominada *Teoria geral da isenção tributária*), de José Souto Maior Borges (1ª edição publicada em 1969); *Incentivos fiscais para o desenvolvimento*, obra coletiva organizada por Antônio Roberto Sampaio Dória (1971); *Extrafiscalidade e desenvolvimento econômico*, artigo de autoria de Gerd Willi Rothman (Separata do Relatório 1966-1970, Câmara Teuto-Brasileira de Comércio e Indústria. p. 107-115).

detrimento da distinção entre “tributos indutores” e “tributos arrecadadores”. Isto porque, em sua essência, nenhum tributo é essencialmente indutor ou exclusivamente arrecadador: todos os tributos, em maior ou menor grau, possuem ambas as características. Neste trabalho, conforme será desenvolvido nos capítulos subsequentes, parte-se da mesma premissa adotada por Luís Eduardo Schoueri de que todos os tributos, sejam os dotados de viés arrecadador ou regulatório, possuem a capacidade de influenciar ou induzir determinados comportamentos nos indivíduos. O caráter distintivo é exatamente a função da norma tributária, se arrecadar ou induzir certa conduta. No entanto, a adoção da terminologia *tributação indutora* e expressões análogas (*normas tributárias indutoras*, *tributação regulatória*, *extrafiscalidade* etc.) traduzem, guardadas certas particularidades, o mesmo objeto de estudo, qual seja, normas tributárias cuja principal função é induzir, de forma deliberada e intencional, determinados comportamentos dos agentes econômicos, em atendimento a interesses e objetivos do Estado.

Conforme mencionado, Luís Eduardo Schoueri pauta sua análise partindo da relação existente entre o Direito Tributário e o Direito Econômico como determinante no exame das normas tributárias indutoras, posto que tais normas possuem como principal característica a aptidão de serem instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico⁶. A partir dessa relação entre o Direito Tributário e o Direito Econômico, advém todo um novo contexto de análise da norma tributária, que adota como parâmetro os fundamentos e princípios da Ordem Econômica constitucional, conforme preceituados no art. 170 da Constituição Federal de 1988, tais como a livre iniciativa, a propriedade privada, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente, dentre outros.

Mas a intervenção econômica, por si só, não permite caracterizar o real objetivo da tributação indutora. Em outros termos: intervir para quê? Schoueri explica que a intervenção econômica possui dois principais objetivos: corrigir as imperfeições dos mecanismos de mercado e implementar objetivos positivos do Estado⁷. Os objetivos de intervenção econômica via normas tributárias indutoras, nos termos elencados por Luís Eduardo Schoueri, conforme veremos, padecem de limitações teóricas e práticas que restringem a análise da tributação indutora, limitações essas que podem ser assim enumeradas: i) pouca ênfase no fenômeno da regulação econômica, enquanto campo teórico da Economia, e sua relação com a tributação indutora; ii) compreensão limitada das falhas de mercado (inclusive diante da sua relevância no

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 45 e ss.

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 69-103.

contexto da teoria da regulação contemporânea) e do efeito que a tributação indutora exerce na correção (ou não) dessas falhas; e, principalmente iii) ausência de uma real análise do grau de eficiência das normas tributárias indutoras, ou, em outras palavras, se a tributação indutora é um bom instrumento de regulação econômica⁸.

Em razão do modelo constitucional (e do sistema jurídico) adotado no Brasil, a análise está pautada pelas normas e limites impostos pela Constituição Federal de 1988 no que diz respeito à criação/utilização de normas tributárias indutoras. Nesse aspecto, são as normas constitucionais, sobretudo as representativas do Direito Tributário e do Direito Econômico, elementos de conformação da tributação indutora⁹. O papel que a Constituição desempenha no ordenamento jurídico brasileiro repercute, por óbvio, nos estudos doutrinários aqui desenvolvidos. Devido a isso, o exame da tributação indutora empreendido por Schoueri tem como uma das principais premissas a utilização da Constituição Brasileira como parâmetro de análise. Tal postura metodológica também é a adotada neste trabalho. No entanto, o viés constitucional dado à tributação indutora é apenas um dos elementos constitutivos de nossa análise. Para além do plano da conformação constitucional, buscamos investigar a real funcionalidade e eficiência no uso da tributação indutora como instrumento de regulação econômica, a partir da abordagem metodológica da Análise Econômica do Direito.

Este breve retrospecto da obra de Luís Eduardo Schoueri permite ilustrar, portanto, as particularidades do autor no exame da tributação indutora, que possui como elemento definidor a perspectiva constitucional – com destaque para as normas constitucionais do Direito Tributário e do Direito Econômico – como parâmetro de análise. Não obstante seu caráter inovador para a época, o trabalho de Schoueri – em que pese afirmar que adota um “enfoque pragmático” no exame de tributação indutora – não apresenta conclusões reais sobre o fenômeno, conclusões estas que não podem ser extraídas somente através da análise jurídica.

Nesse sentido, partimos do pressuposto de que o trabalho de Schoueri, assim como dos demais estudos da extrafiscalidade no Brasil, não são suficientes para responder diversas outras questões, questões essas cuja importância é tamanha ao ponto de justificar ou não a utilização da tributação indutora no nosso sistema jurídico. Em que pese as significativas contribuições

⁸ Cristiano Carvalho, partindo de reflexão similar e fazendo referência aos incentivos fiscais – uma das espécies de norma tributária indutora – destaca: “Manipular incentivos é tarefa sobremodo complexa e muitas vezes os resultados são nulos ou mesmo opostos ao que o legislador pretendia obter. Ainda assim, ao impor custos ou benefícios por meio da tributação, o Estado pode deter razoáveis chances de alcançar os fins pretendidos, desde que os planejadores de políticas públicas compreendam como os indivíduos reagem a incentivos.” CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livre-docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 187.

⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15.

desenvolvidas pela doutrina tributária brasileira sobre o tema, permanece sem resposta uma pergunta essencial: as normas tributárias indutoras, para os fins a que se propõem, são um bom instrumento de intervenção econômica?

A partir de tal questionamento, derivam outras reflexões: Quais os reais objetivos das normas tributárias indutoras? Da maneira em que as normas tributárias indutoras são adotadas no Brasil, esses objetivos são atendidos? As consequências (positivas e negativas) de uma norma tributária indutora podem ser estimadas? Como os indivíduos reagem à indução tributária? É possível desenvolver mecanismos de análise e controle para a criação/implementação de normas tributárias indutoras?¹⁰

Para tanto, adotaremos neste trabalho uma visão muito particular do fenômeno da tributação indutora, particular por dois motivos: primeiro porque leva em conta o contexto brasileiro, as peculiaridades do sistema jurídico aqui adotado e a realidade socioeconômica na qual estamos inseridos; segundo, devido ao fato de também utilizarmos uma abordagem metodológica ainda pouco comum nos estudos jurídicos desenvolvidos no Brasil, qual seja, a *Análise Econômica do Direito*¹¹, fazendo amplo uso de conceitos advindos da teoria econômica, os quais, entendemos, são de grande valia para as conclusões e propostas de soluções para os problemas que experienciamos na prática – problemas estes que, muitas vezes, não são resolvidos, ou sequer analisados pela Ciência Jurídica desenvolvida no Brasil. Não obstante tomar a realidade brasileira como pano de fundo, esta tese adotará uma série de trabalhos, referências e experiências estrangeiras como parâmetro de análise, em particular os estudos que se propuseram a examinar – para além do âmbito jurídico – os problemas que iremos expor.

Fazendo jus à citação de José Souto Maior Borges transcrita no início do capítulo, tomaremos um caminho muito particular no exame das normas tributárias indutoras. Particular porque, primeiro, vale-se da fonte original na compreensão do fenômeno da extrafiscalidade, em uma justa deferência aos tributaristas e financistas, nacionais e estrangeiros, que primeiro examinaram os efeitos políticos, econômicos e sociais das normas tributárias que não possuíam como finalidade imediata a arrecadação. Segundo, porque adota a tradição tributária como ponto de partida, buscando ir além, mas sem sair dela. Em terceiro lugar, devido ao fato da análise pautar-se nas características do sistema tributário brasileiro, sendo ele o objeto de exame e crítica. Por fim, em razão da perspectiva metodológica e epistemológica adotada no decorrer

¹⁰ Este último questionamento ganha relevo, sobretudo, em razão da discussão relativa à concessão de incentivos fiscais, receitas públicas em potencial, mas que, em muitos casos, são concedidos sem qualquer parâmetro técnico-jurídico.

¹¹ No decorrer do trabalho, faremos uso das expressões “Análise Econômica do Direito”, “Direito e Economia” e *Law and Economics* como sinônimas.

do trabalho, qual seja, o *Law and Economics*, que para nós representa uma das mais importantes e úteis ferramentas de análise jurídica, sobretudo no que tange à eficiência da norma jurídica, incluindo a norma tributária indutora.

As normas tributárias indutoras permitem ampla margem de pesquisa sob o enfoque do Direito e Economia, em particular devido à sua relação intrínseca com o Direito Econômico e com conceitos oriundos da Ciência Econômica, como a regulação econômica e as falhas de mercado. A literatura tributária brasileira ainda não possui um trabalho sólido sobre as questões relativas à funcionalidade e eficiência na utilização de normas tributárias para fins de intervenção econômica, problemáticas que poderiam ser melhor respondidas por meio do referencial teórico e empírico do *Law and Economics*.

Dessa forma, propomo-nos a inaugurar uma nova abordagem na análise da tributação indutora, elaborando *insights* e respondendo questionamentos que, até então, não eram objeto de investigação da doutrina tributária tradicional, como, por exemplo, a análise da norma tributária indutora enquanto função, os custos e benefícios vinculados à adoção de determinada medida de indução tributária, os efeitos das normas tributárias indutoras no comportamento dos indivíduos, dentre outros. Sob tal aspecto, a abordagem metodológica da Análise Econômica do Direito permitirá não só encontrar respostas para tais questionamentos, mas também desenvolver um pensamento prospectivo sobre a matéria.

Nesse sentido, o objeto geral da tese corresponde a um exame crítico da tributação indutora sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, com o escopo de analisar a eficiência, funcionalidade e consequências das normas tributárias indutoras adotadas no sistema tributário brasileiro, principalmente no que diz respeito à sua adequação como instrumento de regulação econômica. Dentre os objetivos específicos, destacam-se: i) a delimitação do conceito e as principais características da tributação indutora; ii) apresentar os aspectos conceituais e históricos da tributação indutora, tanto na perspectiva brasileira quanto estrangeira; iii) investigar os fundamentos e objetivos da tributação indutora; iv) discutir a utilização da tributação indutora como instrumento de regulação econômica; v) abordar a relação existente entre a tributação indutora e a concretização de princípios e objetivos constitucionais, com ênfase nos princípios informativos da Ordem Econômica Constitucional; vi) expor a metodologia e as principais premissas da Análise Econômica do Direito, discutindo a sua aplicação no exame da tributação; viii) analisar criticamente a tributação indutora sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, com o objetivo de definir uma nova abordagem para a matéria, que permita averiguar os efeitos (intencionais ou não) das normas tributárias indutoras sobre o comportamento dos agentes econômicos; ix) avaliar se as normas tributárias

indutoras, nos moldes em que são adotadas no sistema jurídico brasileiro, conseguem atender aos objetivos a que se propõem; x) propor instrumentos de análise e controle no emprego da tributação indutora, com base nas normas que compõem ordenamento jurídico brasileiro e nos conceitos e ferramentas do da Análise Econômica do Direito.

A metodologia empregada no trabalho utilizará primordialmente a pesquisa de cunho bibliográfico e documental, com ênfase no estudo interdisciplinar envolvendo o Direito Tributário, o Direito Econômico, o Direito Constitucional, o Direito Financeiro/Orçamentário, a Economia, a Ciência das Finanças/Economia do Setor Público, a Análise Econômica do Direito e a Economia da Tributação. Também haverá referência a pesquisa legislativa, com destaque para as normas que compõe o ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação ao plano da obra, esta tese está estruturada em quatro capítulos nucleares, assim descritos:

O Capítulo 2, denominado *Tributação indutora: aspectos conceituais e históricos*, propõe-se a fazer uma revisão da literatura tributária, financeira e econômica sobre as normas tributárias indutoras, apresentando a distinção entre fiscalidade e extrafiscalidade; a função, o conceito e a classificação das normas tributárias indutoras; a percepção dos financistas acerca da tributação indutora; bem como apresentando um critério de distinção das principais espécies de normas tributárias indutoras examinadas neste trabalho, quais sejam, os tributos regulatórios e os incentivos fiscais.

O Capítulo 3, intitulado *Fundamentos e objetivos da tributação indutora*, apresenta, em nossa concepção, as principais justificativas de caráter econômico e jurídico para o emprego de normas tributárias indutoras, quais sejam, a regulação econômica e a concretização de princípios e valores previstos no ordenamento jurídico, com especial ênfase para os princípios e fundamentos da Ordem Econômica Constitucional. Para tanto, serão examinados os aspectos introdutórios e principais conceitos da teoria da regulação econômica, com destaque para as falhas de mercado, relacionando-os com a tributação indutora, bem como apresentando a estrutura da Ordem Econômica Constitucional brasileira, com ênfase nas normas de intervenção econômica previstas na Constituição Federal de 1988 e dos princípios informativos da Ordem Econômica, relacionando-os com a tributação indutora.

O Capítulo 4, *Análise Econômica do Direito e Economia da Tributação*, possui caráter fundante, apresentando os conceitos básicos relacionados à Análise Econômica do Direito, tais como escassez, custos de oportunidade, escolha racional, equilíbrio, eficiência econômica, além de examinar os fundamentos da teoria econômica da tributação, a exemplo do que se compreende como um sistema tributário ideal, da relação entre a tributação e eficiência

econômica, assim como da relação entre tributação e escolha racional, apresentando também a teoria da tributação ótima. A proposta passa a ser examinar tais conceitos de maneira a aplicá-los no exame da tributação indutora.

Por fim, o Capítulo 5, *Tributação indutora e Análise Econômica do Direito: por uma perspectiva crítica*, vale-se dos diferentes conceitos desenvolvidos nos capítulos antecedentes para empreender um exame crítico da tributação indutora a partir do ferramental do Direito e Economia, discutindo, em sua primeira parte, a relação entre a tributação indutora e a eficiência econômica, o *trade-off* existente entre a eficiência e a equidade e suas consequências para as normas tributárias indutoras, propondo critérios para a construção de uma teoria da tributação indutora ótima; na sua segunda parte, o capítulo dedica-se à proposição de instrumentos de análise e controle das normas tributárias indutoras, a exemplo da análise custo-benefício, da investigação dos reais e potenciais efeitos dos tributos regulatórios, do exame dos incentivos fiscais enquanto hipótese de renúncia de receita e a partir da teoria do gasto tributário, bem como discutindo os mecanismos de controle (principalmente de controle de suas características materiais) dos incentivos fiscais previstos na legislação brasileira.

2 TRIBUTAÇÃO INDUTORA: ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS

“[...] por normas tributárias indutoras se entende um aspecto das normas tributárias, identificado a partir de uma de suas funções, a indutora.”

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 30.

“Na construção de cada tributo não mais será ignorado o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão, agora de um modo consciente e desejado; apenas haverá maior ou menor prevalência deste ou daquele finalismo.”

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007. p. 623-624.

Neste capítulo iremos empreender uma revisão da literatura tributária, financista e econômica sobre a tributação indutora. Não obstante seu caráter expositivo, aprofundaremos alguns conceitos e critérios de classificação das normas tributárias indutoras, numa abordagem muito particular sobre o tema.

Para tanto, a compreensão da tributação indutora passa pelas discussões iniciadas pelos financistas e tributários em torno da extrafiscalidade e do emprego de normas tributárias com fins regulatórios. Dessa forma, nas próximas páginas iremos empreender um estudo descritivo da tributação indutora, partindo das reflexões iniciais relacionadas à dicotomia entre fiscalidade e extrafiscalidade (bastante difundida no Direito Tributário brasileiro); analisando o instituto da tributação indutora dentro da perspectiva da extrafiscalidade; examinando as normas tributárias indutoras sob a perspectiva das Finanças Públicas e do Direito Financeiro; e, por fim, expondo como a tributação indutora manifesta-se na prática, através dos tributos regulatórios e dos incentivos fiscais.

2.1 EM BUSCA DO CONCEITO DE TRIBUTAÇÃO INDUTORA: DA ESTRUTURA À FUNÇÃO

A função, como veremos, é elemento distintivo das normas tributárias indutoras. Isto porque uma norma tributária pode conter diferentes funções: arrecadar, redistribuir renda, simplificar o sistema tributário, induzir comportamentos. A função de induzir, de (des)estimular, de regular, de direcionar condutas conferirá, no entanto, particulares características às normas tributárias indutoras.

Esse especial papel atribuído ao estudo da função da norma tributária não é fortuito, mas corresponde a uma guinada na própria Ciência do Direito desenvolvida no Brasil. A tradição

jurídica brasileira possui como uma de suas principais fontes de referência o formalismo jurídico, sobretudo o de matriz kelseniana. O positivismo jurídico de Hans Kelsen, para quem importa, tão somente, investigar o que é o Direito, sem qualquer preocupação imediata sobre como deve ser o Direito¹², repercutiu, em boa medida, na análise jurídica desenvolvida no Brasil, difundindo-se a abordagem formalista/estruturalista no exame norma jurídica, sem uma preocupação real com a função da norma e, principalmente, com os efeitos e com a eficácia da norma no plano fático.

No entanto, as próprias mudanças sociais ocorridas durante o século XX demandaram uma revisão crítica da Ciência Jurídica e do próprio papel do Direito enquanto instrumento de regulação de condutas. Com a ascensão do *Welfare State* e a adoção das diferentes políticas intervencionistas, há uma mudança de perspectiva na atuação do Estado, de meramente repressor/protetor de interesses individuais, para promotor, estimulando e incentivando comportamentos desejados. Essa mudança de perspectiva influencia diretamente o papel que o Direito representa na sociedade, motivo pelo qual a análise estruturalista é colocada em xeque, já que volta-se apenas para os aspectos formais da norma.

Um dos expoentes na mudança de paradigma da Teoria do Direito é o jurista italiano Norberto Bobbio, que empreende uma revisão crítica do positivismo jurídico, sobretudo o positivismo de Kelsen. Fruto disso é a obra *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, compilação de uma série de ensaios elaborados por Bobbio entre as décadas de 1960 e 1970¹³. Bobbio, que durante boa parte de sua carreira acadêmica adotou o positivismo kelseniano como referencial teórico, rompe com a tradição estruturalista – sem rejeitar sua importância¹⁴ –, desenvolvendo o conceito de “funcionalismo” e da “função promocional” do Direito.

¹² Este corte epistemológico é colocado por Hans Kelsen logo em sua primeira página da obra *Teoria pura do direito*: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. [...] Como teoria, quer conhecer exclusivamente o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1

¹³ Adotamos neste trabalho a tradução brasileira: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura a função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

¹⁴ Como destaca Mario G. Losano, no prefácio à edição brasileira da obra *Da estrutura a função: novos estudos de teoria do direito*: “Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica, contudo, a rejeição de uma visão estrutural do direito. Trata-se, não de um repúdio, mas sim de um completamento: a explicação estrutural do direito conserva intacta a sua força heurística, mas deve ser completada como uma explicação funcional do direito, ausente em Kelsen porque este último seguira com rigor a escolha metodológica de concentrar-se no aspecto estrutural do direito, e não no aspecto funcional”. LOSANO, Mário G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura a função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. XLI.

Nessa visão, o Direito e, por conseguinte, as normas jurídicas, também desempenham a função de estimular, de promover comportamentos desejáveis. O ordenamento jurídico não deve ser encarado como uma instituição estanque, voltada apenas para a repressão e controle de condutas (mediante as chamadas “sanções negativas”), mas também desempenha um papel ativo na busca do bem comum, incentivando/estimulando condutas desejáveis do ponto de vista do interesse público. Este incentivo à comportamentos socialmente desejáveis, decorrente da função promocional do Direito, é alcançado por meio do que Bobbio denomina de “sanções positivas”¹⁵, instrumentalizadas através de normas jurídicas de caráter indutor¹⁶.

Normas de natureza interventiva/regulatória podem representar hipóteses do exercício da função promocional do Direito, em particular quando tais normas possuem como objetivo fomentar determinada atividade econômica ou promover o desenvolvimento. Subvenções, subsídios, incentivos diversos, quando traduzidos em normas jurídicas, representam, para Bobbio, espécies de “sanções positivas”, aptas a estimular determinadas atividades que o Estado reputa como desejáveis do ponto de vista econômico¹⁷.

A tributação indutora encaixa-se na abordagem funcionalista do Direito exatamente porque realça a função que as normas tributárias desempenham no sistema socioeconômico. Quando instituídas, as normas tributárias indutoras pretendem alcançar determinado fim

¹⁵ “Entendo por ‘função promocional’ a ação que o direito desenvolve pelo instrumento das ‘sanções positivas’, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de ‘incentivos’, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas, indenizações, reparações, restituições, ressarcimentos, etc., mas sim, a ‘promover’ a realização de atos socialmente desejáveis. Essa função não é nova. Mas é nova a extensão que ela teve e continua a ter no Estado contemporâneo: uma extensão em contínua ampliação, a ponto de fazer parecer completamente inadequada, e, de qualquer modo, lacunosa, uma teoria do direito que continue a considerar o ordenamento jurídico do ponto de vista da sua função tradicional puramente protetora (dos interesses considerados essências por aqueles que fazem as leis) e repressiva (das ações que a eles se opõem).” BOBBIO, Norberto. *Da estrutura a função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. XII.

¹⁶ Tercio Sampaio Ferraz Junior também destaca o papel das sanções positivas no modelo de Estado intervencionista: “[...] a tese de que a sanção é elemento necessário da norma pressupõe que a ordem jurídica seja uma ordem coativa, e isso implica uma noção restritiva de sanção, típica das concepções do direito do século XIX, de fundo liberal. Trata-se da idéia de que o direito atua como comandos que obrigam ou proíbem condutas, sendo limitações ao comportamento apenas à medida que a liberdade comportamental de um possa prejudicar a liberdade de outro. Trata-se de uma concepção que tem por base o mercado livre, no qual a interferência prescritiva do Estado deve ser mínima. Ora, o Estado contemporâneo, caracterizado por sua extensiva intervenção no domínio econômico, tornou a tese da essencialidade da sanção, no sentido de um ato de coação enquanto um mal, demasiadamente estreita. Hoje se fala, cada vez mais, de sanções premiaias, como são, por exemplo, os incentivos fiscais, cuja função é o encorajamento de um ato (sanção-prêmio) e não seu desencorajamento (sanção-castigo).” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 94.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura a função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 100-101.

almejado pelo legislador, mediante a função indutora, fim este destinado a modificar o comportamento, direcionar a conduta dos indivíduos¹⁸.

Não sem razão, o componente econômico perpassa toda a abordagem funcionalista. Isto porque um dos pilares da teoria econômica contemporânea, em particular da teoria da escolha racional, é que todos os indivíduos reagem à incentivos. A norma jurídica, nesta perspectiva, também representa um importante incentivo a influenciar o comportamento dos indivíduos, incluída, aqui, a norma tributária indutora. Busca-se com a tributação indutora regular a conduta dos agentes econômicos em direção à interesses públicos consentâneos com os princípios e valores do sistema jurídico/social/econômico no qual a norma tributária está inserida.

No entanto, a perspectiva funcionalista do Direito, nos moldes comumente discutidos no cenário jurídico brasileiro, não é suficiente para nossa análise. Pretendemos ir além do funcionalismo, mas sem sair dele. Isto porque, para além do exame das funções das normas tributárias indutoras, queremos investigar como elas se comportam na prática, se elas efetivamente funcionam, se atendem aos objetivos a que se propõe (ou não). Para esta reflexão tomaremos o referencial metodológico e epistemológico da Análise Econômico do Direito, que nos confere instrumentos hábeis para examinar os efeitos concretos da norma extrafiscal, sobretudo do ponto de vista de sua eficiência enquanto instrumento de regulação econômica.

Voltemo-nos, por ora, para os aspectos descritivos da tributação indutora, em razão da sua relevância para a compreensão e evolução do fenômeno da extrafiscalidade.

2.1.1 Sobre fiscalidade e extrafiscalidade

O Estado contemporâneo é hoje, sem margem para dúvidas, um Estado predominantemente fiscal. Fiscal porque depende, em grande medida, de uma estrutura financeira cuja principal fonte de receitas públicas advém dos tributos. É nesse sentido que se emprega a expressão “Estado Fiscal” como representativa do modelo de financiamento público adotado hodiernamente em grande parcela dos países¹⁹.

¹⁸ Marcos André Vinhas Catão, destacando a função promocional dos incentivos fiscais, espécie de norma tributária indutora, afirma que “[...] as normas veiculadoras de incentivo fiscal seriam normas de organização do estado, com função promocional e sob uma perspectiva funcionalista. São concebidas sob os pilares da Intervenção do Estado no Domínio Econômico, através da doutrina da extrafiscalidade.” CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 8.

¹⁹ José Casalta Nabais destaca que o termo “Estado Fiscal” foi utilizada, inicialmente, por Lorenz von Stein, na obra *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, vols. I (1885) e II (1886). No entanto, a sua difusão foi resultado das discussões mantidas por Rudolf Goldscheid e Joseph Schumpeter em torno dos problemas financeiros enfrentados pelos estados durante a Primeira Guerra Mundial. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 191, nota 11.

A tributação como principal fonte receita da coletividade não é uma característica inerente às primeiras civilizações. Não obstante haver registros históricos que indicam a existência de um sistema tributário rudimentar desde a época da civilização suméria²⁰, é somente com o advento do Estado Moderno que a fiscalidade é adotada como principal instrumento de financiamento público²¹.

Num retrospecto sobre o tema, a preocupação com uma fonte organizada de financiamento do Estado inicia-se no período medieval, com o denominado Estado Patrimonial, que se consolidou no século XVI. Naquela época, a principal fonte de receita pública decorria da exploração dos recursos patrimoniais pertencentes ao Estado, sobretudo os advindos de sua própria propriedade (cujo controle era exercido pelo rei e pelos senhores feudais)²². Predominava, então, o denominado “patrimonialismo financeiro”, correspondente ao financiamento do Estado através das rendas patrimoniais, tendo a receita tributária caráter secundário²³.

Posteriormente, o Estado Patrimonial é sucedido pelo Estado de Polícia (século XVIII)²⁴. O Estado de Polícia mantém alguma das características do Estado Patrimonial, mas passa a adotar outras, principalmente a postura intervencionista (inclusive mediante a intervenção econômica através de normas tributárias), a modernização, a centralização administrativa e o paternalismo²⁵. Diferentemente do Estado Patrimonial, o tributo não possui mais caráter secundário enquanto receita pública, passando a ser uma das principais fontes de arrecadação. Por outro lado, exatamente em razão da perspectiva intervencionista, é durante o

²⁰ “Algumas pesquisas históricas dão conta da existência de traços de tributação na Mesopotâmia. [...] Especula-se que uma obrigação tributária determinada fosse estabelecida, pioneiramente, entre os anos 7.000 e 4.000 a.C. Os registros efetivamente encontrados em pesquisas arqueológicas remontam os anos 4.000 e 3.000 a.C., presentes nos limites dos Templos e Palácios Sumérios, na Mesopotâmia (hoje sul do Iraque). [...] Os sumérios seriam pioneiros na tributação e desenvolveram conceitos relativos à arrecadação durante os anos 3.000 e 2.000 a.C. O pagamento de tributos em bens foram observados nas pesquisas arqueológicas sobre o povo sumério. Tributos eram arrecadados aos templos. Também se observa a cobrança de imposto por ocasião das guerras. Alguns achados arqueológicos na beira do Rio Tigre apontam para a tributação sobre os vencidos de guerra, porém sem precisão quanto à época desse imposto.” ZILVETI, Fernando Aurelio. *A Evolução da Teoria da Incidência – Análise histórica das estruturas socioeconômicas na formação do Sistema Tributário*. 2010. Tese (Livro-Docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 52-53.

²¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 191-192.

²² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

²³ TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 13-14.

²⁴ Conforme destaca Ricardo Lobo Torres, o Estado de Polícia: “Baseia-se na atividade de ‘polícia’, que corresponde ao conceito alemão de *Polizei*, e não ao de política no sentido grego ou latino, eis que visa sobretudo à garantia da ordem e da segurança e à administração do bem-estar e da felicidade dos súditos e do Estado.” TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 52.

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20; TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 52.

período do Estado de Polícia que se começa a notar o uso de normas tributárias com fins regulatórios²⁶.

Com o declínio do absolutismo e surgimento do Estado Moderno, o Estado de Polícia é substituído pelo Estado Fiscal, inspirado no sistema econômico capitalista e no liberalismo político²⁷. Conforme mencionamos em linhas pretéritas, a principal característica do Estado Fiscal é o seu financiamento via tributos²⁸. Adotando classificação proposta por Ricardo Lobo Torres e Luís Eduardo Schoueri, o Estado Fiscal pode ser dividido em três fases distintas: o Estado Fiscal Minimalista (ou Estado Liberal Fiscal); o Estado Social Fiscal; e o Estado Democrático Fiscal.

O Estado Fiscal, em sua primeira fase (séculos XVIII e XIX), devido à influência do liberalismo clássico, ganha contornos de Estado mínimo, daí a denominação Estado Fiscal Minimalista ou Estado Liberal Fiscal²⁹. O tributo, conforme mencionado, já é a principal fonte de receita pública do Estado. No entanto, o exercício do poder de tributar deve respeitar os limites impostos pelo próprio Estado (comumente em sua carta constitucional), havendo um amplo desenvolvimento dos direitos e garantias do contribuinte. Por outro lado, em razão das características liberais, a atividade fiscal deve evitar, ao máximo, intervir no sistema econômico, de maneira a preservar a livre iniciativa e a livre concorrência³⁰.

Na primeira metade do século XX, as concepções do Estado Liberal são colocadas em xeque, abrindo espaço para o Estado de Bem-Estar Social ou Estado Social (*Welfare State*), o qual também irá influenciar o modelo fiscal adotado, agora com a denominação de Estado Social Fiscal, com ênfase na redistribuição de renda e redução das desigualdades socioeconômicas. Os tributos permanecem sendo a principal fonte de receitas públicas, no entanto o Estado Social Fiscal afasta-se das características do Estado mínimo³¹. Com isso, há

²⁶ “O tributo deixa de ser esporádico e destinado a atender necessidades públicas e passa a exibir finalidades extrafiscais, podendo ser cobrando, com apoio na Razão de Estado, para ulterior fomento das atividades produtivas. O tesouro público financia o desenvolvimento das empresas e, muitas vezes, procede à intervenção direta na economia, empregando os recursos nos monopólios e no fabrico de produtos, como pólvora, armas, pano e cordame para a marinha, etc.” TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 53.

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 97.

²⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 1 – Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 523.

³⁰ “[...] O Estado deveria, seja em seus gastos, seja em sua arrecadação, evitar qualquer medida que tivesse a finalidade ou a provável consequência de desviar o mecanismo de distribuição do mercado de sua trilha ‘natural, o que implicava afastarem-se tributos aduaneiros protecionistas, subvenções, auxílio sociais etc.” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24.

³¹ José Casalta Nabais sintetiza a distinção entre o Estado Liberal Fiscal e o Estado Social Fiscal na seguinte passagem: “[...] não se deve identificar o estado fiscal como estado liberal, uma vez que aquele, no entendimento que dele temos, conheceu duas modalidades ou dois tipos ao longo da sua evolução: o estado fiscal liberal, movido

uma elevação da carga tributária como forma de suprir os gastos públicos decorrentes da concretização dos direitos sociais (educação, saúde, seguridade social, direitos trabalhistas etc.)³². O Estado Social Fiscal também ganha contornos intervencionistas, refletindo numa maior utilização de normas tributárias com finalidades extrafiscais.

Na segunda metade do século XX, o modelo welfarista de Estado passa a ser questionado em razão do crescimento demasiado do gasto público, que não se traduz, essencialmente, em redistribuição de renda e redução de desigualdades. Nesse cenário, o Estado Social Fiscal cede espaço para o Estado Democrático Fiscal, conforme expressão proposta por Ricardo Lobo Torres³³, cujas principais características são a diminuição do tamanho do Estado e das políticas intervencionistas³⁴. A tributação permanece como principal fonte de financiamento do Estado, no entanto há uma maior preocupação da sociedade no que diz respeito ao controle das finanças estatais, sobretudo diante da ineficiência do gasto público³⁵.

Este esboço histórico sobre a evolução da tributação permite ilustrar o papel que os tributos desempenham na composição das finanças estatais, papel este consolidado a partir do advento do Estado Fiscal. Nesse sentido, a aceção dos tributos enquanto principal instrumento de arrecadação correspondente exatamente à característica da *fiscalidade*³⁶. Mas, ao lado da fiscalidade, há situações nas quais as normas tributárias são empregadas com fins outros que não o de arrecadar, domínio ao qual está inserida a *extrafiscalidade*³⁷.

pela preocupação de neutralidade econômica e social, e o estado fiscal social, economicamente interventor e socialmente conformador. O primeiro, pretendendo-se um estado mínimo, assentava numa tributação limitada – a necessária para satisfazer as despesas estritamente decorrentes do funcionamento da máquina administrativa do estado –, uma máquina que devia ser tão pequena quanto possível. O segundo, movido por preocupações de funcionamento global da sociedade e da economia, tem por base uma tributação alargada – a exigida pela estrutura estadual correspondente.” NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004. p. 194.

³² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 1 – Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 532-533.

³³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 1 – Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 545.

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

³⁵ Daí a edição, por exemplo, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), inspirada no *Budget Enforcement Act* americano (1990) e no *Fiscal Responsibility Act* neozelandês (1994). Conforme disposto em seu art. 1º, a LRF “estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal”.

³⁶ Como já afirmado em obra de nossa autoria “[...] a fiscalidade apresenta-se como corolário do Estado Fiscal.” SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação, Finanças Públicas e Política Fiscal: uma análise sob a óptica do Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 32.

³⁷ Ao lado das funções fiscal e extrafiscal, Schoueri também destaca outra importante função das normas tributárias, qual seja, a de simplificar o sistema tributário: “Se a idéia da extrafiscalidade traz em seu bojo todo o conjunto de funções da norma diversa da mera fiscalidade, *i.e.*, da simples busca da maior arrecadação, é imediato que ali se incluirá, por exemplo, a função de mera simplificação do sistema tributário. Tal raciocínio exige que se reconheça, além da função arrecadadora e da extrafiscal, a categoria simplificadora, *i.e.*, uma função das normas tributárias regida pelo princípio da praticabilidade, autorizando o aplicador da lei a adotar medidas globais, generalizantes, com a finalidade de simplificar o sistema tributário. Exemplo de função simplificadora de uma

Acerca do conceito/concepção de extrafiscalidade, assim se manifesta a literatura tributária brasileira, pretérita e contemporânea: representa a função social, econômica e política dos tributos³⁸; busca, de forma consciente, estimular o comportamento dos indivíduos, sem possuir imediato efeito arrecadatório³⁹; exercício da função regulatória/intervencionista pelo ordenamento tributário⁴⁰; aplicação das normas tributárias com o escopo principal de modificar o comportamento dos indivíduos, sem preocupação imediata com a arrecadação⁴¹; compreende todos os casos desvinculados da distribuição proporcional da carga tributária e da simplificação do sistema tributário⁴²; atuação setorial do Estado que visa estimular determinada atividade, grupo ou valor juridicamente protegido⁴³; uso da tributação com escopos não arrecadatórios, mas de teor econômico, político e social⁴⁴; atendimento de determinados interesses políticos, sociais e econômicos, considerados relevantes dentro do contexto nacional⁴⁵; atuação do Estado na indução dos agentes econômicos a determinados comportamentos via tributação⁴⁶; corresponde a uma das formas de intervenção do Estado na economia⁴⁷. Não obstante as diferentes acepções de extrafiscalidade, todas elas convergem para dois pontos comuns: a ausência de fins arrecadatórios (ao menos de forma imediata) e o objetivo de regular/intervir no sistema socioeconômico, mediante a modificação do comportamento dos indivíduos.

Walter Barbosa Corrêa, em obra pioneira sobre o tema da extrafiscalidade (*Contribuições ao Estudo da Extrafiscalidade*, de 1964), destaca a relação existente entre *tributação extrafiscal* e exercício do *poder de polícia*. Na concepção do autor o poder de polícia, enquanto instituto do Direito Administrativo, representa a atuação estatal no sentido de coibir

norma tributária é a introdução da sistemática do lucro presumido, na legislação do imposto de renda.” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32. Em sentido contrário, rejeitando a classificação das normas simplificadoras como espécie autônoma dentro das normas tributárias, mas sim como subespécie de normas fiscais ou extrafiscais, cf. ASSIS, Karoline Marchiori. *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 106-107.

³⁸ DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do imposto*. 1949. Tese (Concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças). Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1949. p. 66.

³⁹ CORRÊA, Walter Barbosa. *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*. São Paulo: 1964. p. 54.

⁴⁰ BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 70.

⁴¹ ROTHMANN, Gerd Willi. *Extrafiscalidade e desenvolvimento econômico*. In: Câmara Teuto-Brasileira de Comércio e Indústria. (Org.). Relatório da Diretoria - 1966 a 1970. São Paulo, 1972. p. 108.

⁴² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32.

⁴³ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 4

⁴⁴ GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 46.

⁴⁵ PIRES, Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão dos incentivos fiscais no Brasil. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 17-18.

⁴⁶ ELALI, André de Souza Dantas. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 21.

⁴⁷ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 73.

ou desincentivar determinados comportamentos dos indivíduos contrários ao que se entende como interesse social ou bem comum⁴⁸. No entanto, para Walter Barbosa Corrêa o exercício do poder de polícia não se confunde com o poder de tributar, seja com fins arrecadatórios ou regulatórios. Sob tal perspectiva, o poder de polícia restringe ou proíbe uma conduta individual em caráter absoluto, impondo uma sanção ao indivíduo infrator. Por outro lado, através do exercício da extrafiscalidade a intervenção do Estado dá-se de forma relativa, posto que as normas tributárias extrafiscais possuem o condão apenas de desestimular comportamentos indesejáveis, mas sem impor uma sanção ao indivíduo⁴⁹. Leila Paiva, partindo das colocações feitas por Walter Barbosa Corrêa, também sustenta que a extrafiscalidade e o exercício de poder de polícia não se confundem, já que o rol de interesses públicos protegidos pelas formas de intervenção estatal é distinto⁵⁰.

Diferentemente do apontado por Walter Barbosa Corrêa, entendemos ser plenamente possível a utilização de uma norma tributária extrafiscal para o exercício do poder de polícia. Conforme já mencionado, o poder de polícia corresponde a uma atuação estatal no sentido de promover o bem comum, desincentivando ou, em último grau, proibindo comportamentos contrários ao interesse coletivo.

Aqui, partimos do pressuposto de que o poder de polícia está inserido no poder de regular, cujo sentido é bem mais amplo, mas também voltado ao incentivo ou desincentivo de comportamentos favoráveis ou contrários ao interesse público. Essa é a acepção empregada, por exemplo, por Ruy Barbosa Nogueira, que utiliza as expressões *poder de regular* e *poder de polícia* como sinônimas⁵¹. Nesse sentido, é plenamente possível utilizar uma norma tributária extrafiscal para o exercício do poder de regular⁵². Exemplo disso é a tributação incidente sobre

⁴⁸ CORRÊA, Walter Barbosa. *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*. São Paulo: 1964. p. 26.

⁴⁹ CORRÊA, Walter Barbosa. *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*. São Paulo: 1964. p. 29 e 33.

⁵⁰ PAIVA, Leila. *Disciplina jurídica da extrafiscalidade*. 1994. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994. p. 26. Em páginas posteriores, a autora destaca a possibilidade de serem instituídas taxas decorrentes do exercício do poder de polícia com caráter extrafiscal. Nas palavras da autora: “[...] é possível afirmar que a extrafiscalidade potencializa o poder de polícia, mas sem confundir-se com ele. Os graus de potencialização serão definidos pela própria Constituição, que estabelece os limites da intervenção estatal”. PAIVA, Leila. *Disciplina jurídica da extrafiscalidade*. 1994. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994. p. 74.

⁵¹ “O poder de regular, também conhecido como o ‘poder de polícia’ (*police power*) é o poder de promover o bem público pela limitação e regulação da liberdade, do interesse e da propriedade. [...] O poder de regular encontra-se referido em muitos tratados sobre tributos, exatamente porque o tributo é também um instrumento, um meio de regular. Por meio do tributo o poder público poderá fomentar uma atividade, como poderá restringi-la ou até impedir uma atividade ilícita. Essas funções do tributo deverão estar em harmonia, em paralelo, com o poder de regular, pois não deverá, por exemplo, um tributo prejudicar uma atividade lícita.” NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 185-186.

⁵² Schoueri, não obstante destacar que uma norma tributária pode ter relação tanto com o poder de tributar quanto com o poder de regular, afirma, no caso das normas tributárias indutoras, uma maior pertinência com o último: “[...] importa que se reafirme, neste passo, que as normas tributárias indutoras são reflexo do poder de regular, não do poder de tributar. Não obstante se insiram no ordenamento por meio de tributos que lhes servem de veículos,

o fumo e as bebidas alcoólicas. Em que pese a licitude do comércio de tais gêneros, em razão dos problemas de saúde advindos do consumo de tabaco e álcool, surge uma preocupação do Estado em desestimular o consumo desses bens. O desestímulo dar-se-ia exatamente através de uma alta carga tributária, majorando o preço final dos produtos e, supostamente, diminuindo seu consumo.

Ainda sobre a relação entre poder de polícia e extrafiscalidade, observamos que as discussões iniciais sobre o uso de normas tributárias para fins diversos do arrecadatório colocam exatamente o poder de polícia como elemento distintivo dos fins extrafiscais da tributação, em oposição do poder de tributar. Edwin R. A. Seligman, financista americano que produziu importantes trabalhos nos campos da tributação e das finanças públicas na primeira metade do século XX, destaca a dicotomia existente entre o poder de tributar (*taxing power*) e o poder de polícia (*police power*), em sua obra *Essays in taxation*. À época, o entendimento predominante era o de que o poder de polícia deveria ser utilizado tão somente para regular, enquanto que o poder de tributar destinava-se à obtenção de receita. Seligman cita, por exemplo, David A. Wells, para quem um tributo que não possua com principal característica a obtenção de receita não seria um tributo, mas um exercício inconstitucional do poder de tributar⁵³. Seligman menciona também o pensamento de Thomas M. Cooley, que admite a possibilidade de um tributo derivar do *taxing power* ou do *police power*, a depender do objetivo principal, arrecadar ou regular⁵⁴. O ponto que merece destaque no pensamento de Seligman é exatamente a dificuldade em se delimitar quando um tributo resulta exclusivamente do poder de tributar ou essencialmente do poder de regular. Isto porque, do ponto de vista econômico ou financeiro, ambas as características podem coexistir numa mesma espécie tributária⁵⁵.

são elas *instrumentos de que se vale o legislador para conduzir, por indução, o comportamento dos contribuintes, gerando estímulos positivos ou negativos, conforme o contribuinte incorra, ou não, na hipótese prevista em lei.*” (Grifos do autor). SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 351.

⁵³ SELIGMAN, Edward R. A. *Essays in taxation*. 8. ed. London: Macmillan & Co., 1915. p. 402.

⁵⁴ SELIGMAN, Edward R. A. *Essays in taxation*. 8. ed. London: Macmillan & Co., 1915. p. 402.

⁵⁵ É a partir da dicotomia entre poder de tributar e poder de regular desenvolvida pela literatura tributária norte-americana que surge a distinção entre *tax* (cuja tradução adequada é “imposto”) e *fee* (“taxa”). Isto porque na classificação adotada nos Estados Unidos, o *tax* não confunde-se com o *fee*: o primeiro deriva diretamente do poder de tributar, tendo como objetivo imediato a obtenção de receita; já o segundo decorre do poder de regular, cobrado, comumente, em decorrência de uma atividade ou serviço específico realizada pelo Estado. Tal distinção ganha destaque no cenário brasileiro exatamente porque resulta, mantidas as devidas diferenças, na classificação dos tributos em “impostos” – cuja cobrança não decorrer de nenhuma atividade específica realizada pelo Estado em favor do contribuinte – e “taxas” – cuja exigência está diretamente vinculada ao exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público em favor do contribuinte, conforme previsão contida no art. 145, inciso II, da CF/1988. Não obstante a classificação adotada no Brasil, de caráter eminentemente jurídico, filiamo-nos à Seligman, no sentido de o exercício do poder de tributar e do poder de regular pode ser encontrados em ambas as espécies tributárias, em maior ou menor grau. Sobre o tema, cf. SELIGMAN, Edward R. A. *Essays in taxation*. 8. ed. London: Macmillan & Co., 1915. p. 406.

Partindo da distinção (que demonstramos não existir em sua plenitude) entre poder de tributar e poder de regular (ou poder de polícia), chega-se à outra diferenciação, qual seja, normas tributárias com exclusivo caráter arrecadador (ou fiscal), ou somente com características extrafiscais/regulatórias. Uma separação total é de difícil verificação prática, posto que nenhum tributo possui somente natureza fiscal ou apenas extrafiscal⁵⁶. Não obstante a extrafiscalidade não possuir o objetivo primário de arrecadar, é possível vislumbrar ambos os escopos – regular e arrecadar – em uma norma tributária extrafiscal. No Brasil, encontramos diversos exemplos de tributos com significativo impacto na arrecadação, mas que também são empregados para fins extrafiscais, a exemplo do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), do Imposto sobre Movimentações Financeiras (IOF), das contribuições para o Programa de Integração Social/ Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS). Por outro lado, mesmo os tributos cujo objetivo imediato é arrecadar, também induzem o comportamento dos indivíduos, ainda que não seja esta sua função principal.

Um exemplo prático de tributo com finalidade extrafiscal, mas que confere ampla arrecadação ao Estado brasileiro, é o IPI incidente sobre o cigarro e o sobre as bebidas alcoólicas. Um dos pressupostos para a adoção de alíquotas elevadas sobre tais produtos é exatamente diminuir o seu consumo por parte da população. Do consumo destes dois bens poderão decorrer problemas de saúde para os indivíduos, algo não desejável do ponto de vista do interesse público. Por outro lado, o Estado acaba arcando com significativos gastos com saúde pública em decorrência dos problemas ocasionados pelo consumo do cigarro e da bebida, motivo pelo qual há um interesse em desestimular tal consumo através da imposição fiscal. Sob a perspectiva da arrecadação, segundo dados da Receita Federal do Brasil, entre os meses de janeiro e dezembro de 2016 a arrecadação do IPI incidente sobre o fumo e a bebida correspondeu ao montante de R\$ 8,602 bilhões, representando aproximadamente 19,13% da arrecadação total do IPI no período⁵⁷. Nesse sentido, percebe-se, através do exemplo

⁵⁶ Walter Barbosa Corrêa, em passagem sobre a extrafiscalidade, já destacava que “A prática mostra ser difícil determinar com minuciosa certeza quando se trata de um ou outro fenômeno, isto é, quando se está ou não diante de uma lei ou tributo extrafiscal, porque muitas vezes os fins procurados se mesclam numa mesma figura. O problema da classificação da extrafiscalidade excede em dificuldade, pois, liminarmente, não é fácil afastar a ‘zona cinzenta’ que separa a extrafiscalidade da tributação, bem como aclarar os casos que se poderiam denominar de ‘área mista’, onde tanto a extrafiscalidade como a tributação coexistem de forma marcante.” CORRÊA, Walter Barbosa. *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*. São Paulo: 1964. p. 60.

⁵⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *Análise da Arrecadação das Receitas Federais – Dezembro de 2016*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2017. p. 40. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2016/dezembro2016/analise-mensal-dez-2016.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

mencionado, que num mesmo tributo é possível coexistir tanto finalidades fiscais quanto extrafiscais⁵⁸.

No entanto, para fins de caracterização da natureza da norma tributária em fiscal ou extrafiscal, deve-se determinar qual a sua função primária, se arrecadar ou regular condutas. Tal discriminação não se justifica somente por razões teóricas. As normas tributárias de maneira geral devem atender aos parâmetros prescritos pelo sistema constitucional brasileiro, sobretudo no que tange às limitações constitucionais ao poder de tributar. Esses limites aplicam-se, sem distinção, às normas tributárias com características fiscais ou extrafiscais. No entanto, especificamente quanto às normas tributárias com função predominantemente extrafiscal, em razão da aptidão em intervir/regular a economia, essas normas passam a sofrer a influência imediata de outras limitações e princípios constantes na Constituição, principalmente os vinculados à Ordem Econômica e à competência em matéria regulatória.

Uma última perspectiva da tributação extrafiscal que merece referência corresponde à concepção da extrafiscalidade na destinação do produto arrecadado. Discutimos nas linhas anteriores a faceta da extrafiscalidade principalmente enquanto imposição, isto é, normas tributárias de viés extrafiscal que possuem como principal finalidade regular condutas/intervir na economia no momento da incidência. Exemplo disso seria o aumento (ou diminuição) da alíquota do IPI sobre determinado bem, desestimulando ou estimulando seu consumo: nessa situação, o objetivo extrafiscal da norma surge no momento em que o indivíduo é incitado ou dissuadido a consumir o bem escolhido.

A extrafiscalidade na destinação da receita arrecadada é resultado de uma atuação estatal posterior, que utilizaria os recursos obtidos com determinado tributo extrafiscal, aplicando-os em áreas específicas, com o escopo de regular/intervir em tais áreas. Há, portanto, uma vinculação da receita tributária obtida com o tributo extrafiscal, receita essa que será aplicada em setores/atividades predefinidas⁵⁹. Corresponderia a uma extrafiscalidade indireta, posto que a intervenção/regulação não ocorreria imediatamente à incidência da norma tributária extrafiscal, mas em momento futuro, mediante uma atuação positiva do Estado, que faria uso

⁵⁸ No mesmo sentido, André Elali: “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 fiscalidade.” ELALI, André de Souza Dantas. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 22.

⁵⁹ LIMA, Isabel Arruda Matheos de. *Normas Tributárias Indutoras Ambientais*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. p. 93-94.

dos recursos eventualmente arrecadados, aplicando-os em áreas cuja intervenção é considerada como necessária⁶⁰.

Exemplos de tributos cuja extrafiscalidade residiria na destinação da receita seriam as contribuições especiais, que englobam as contribuições sociais, as contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE) e contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas (ou contribuições corporativas), todas previstas, art. 149, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que atribui competência exclusiva à União para sua instituição⁶¹.

Dentre as contribuições especiais apresentadas, as CIDEs, como o termo sugere, representam tributos que possuem como escopo a intervenção econômica, intervenção essa que ocorrerá mediante a aplicação da receita obtida em setores/áreas/atividades específicas⁶². A CIDE-Combustíveis em particular, cujos contornos estão delineados no art. 177, § 4º, da Constituição Federal de 1988, corresponde à tributo incidente sobre o setor de combustíveis, tendo a receita a seguinte destinação: i) pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; ii) financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e iii) financiamento de programas de infraestrutura de transportes⁶³.

Há, portanto, uma determinação constitucional impondo que a receita da CIDE-Combustíveis seja empregada em setores econômicos voltados para subsidiar os preços dos combustíveis, promover a proteção do meio ambiente e financiar a infraestrutura de transportes.

⁶⁰ “De fato, a *extrafiscalidade nos tributos tem dois vieses*: um pertinente à *arrecadação*, que reside no *fato gerador*, outro pertinente à *destinação do tributo arrecadado*, que corresponde ao *aspecto finalístico do tributo*, voltado à realização dos fins do Estado e dos direitos fundamentais do cidadão.” (Grifos do autor). GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 176.

⁶¹ “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

⁶² As contribuições de intervenção no domínio econômico não são figuras recentes na experiência tributária brasileira, havendo adoção, em período anterior à Constituição de 1998, de CIDEs voltadas para setores como açúcar, café, borracha, portos etc. (GRECO, Marco Aurélio. Apresentação. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 7). Contemporaneamente, são exemplos de CIDEs previstas no sistema tributário brasileiro: a contribuição de intervenção no domínio econômico para o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, também conhecida como CIDE-Royalties, instituída pela Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000, cujos recursos são destinados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT; a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (CONDECINE), instituída pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, cujo produto da arrecadação é destinado ao Fundo Nacional da Cultura – FNC; e o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), instituído, originalmente, pelo Decreto-Lei nº 2.404, de 23 de dezembro de 1987, atualmente disciplinado pela Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004, cuja receita será utilizada pela União para o desenvolvimento da marinha mercante e da indústria de construção e reparação naval brasileiras.

⁶³ Atualmente, a CIDE-Combustíveis é disciplinada pela Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001, responsável pela sua instituição, e pela Lei nº 10.636, de 30 de dezembro de 2002, que dispõe sobre a aplicação dos recursos arrecadados com a referida contribuição.

Dessa forma, diante das características da CIDE-Combustíveis, ela corresponderia à tributo cuja extrafiscalidade reside na destinação do produto arrecadado. Por outro lado, a CIDE-Combustíveis também comporta amplo manejo de sua alíquota, que pode ser reduzida e restabelecida por ato normativo do Poder Executivo, conforme previsão contida no art. 177, § 4º, inciso I, alínea *b*, da CF/1988, configurando-se como exceção ao princípio da legalidade tributária. Nesse sentido, é conferido ao Poder Executivo Federal um maior grau de intervenção no setor de combustíveis, posto que a alteração da alíquota da CIDE-Combustíveis repercute diretamente no preço do produto e, por conseguinte, no mercado consumidor. Portanto, há também o atributo da extrafiscalidade na imposição no caso da CIDE-Combustíveis⁶⁴.

Marco Aurélio Greco, em sentido contrário, entende que as contribuições especiais, incluídas as contribuições de intervenção no domínio econômico, não são dotadas do atributo da extrafiscalidade. Não obstante destacar que a arrecadação não é o elemento distintivo das contribuições, a finalidade a que se dirigem é distinta da finalidade buscada nos demais tributos extrafiscais, os quais, comumente, são voltados para estimular (sentido positivo) ou desestimular (sentido negativo) determinada conduta. Ainda que se pretendesse conferir às contribuições o caráter extrafiscal, Marco Aurélio Greco entende que elas possuiriam somente uma função positiva⁶⁵.

Acerca da característica da extrafiscalidade na destinação do produto, entendemos que tal atributo não define a natureza extrafiscal da norma tributária, sobretudo da norma tributária indutora, conforme veremos adiante, não obstante representar uma das possíveis formas de intervenção econômica. Em último grau, representaria uma extrafiscalidade indireta, posto que ela não ocorre no momento da incidência, mas no momento da destinação/aplicação da receita. De um lado, temos que o escopo imediato da extrafiscalidade na destinação do produto não é arrecadar; de outro, também não pretende intervir na economia mediante a imposição fiscal;

⁶⁴ Isabel Arruda Matheus de Lima, em sentido contrário ao afirmado, entende que a extrafiscalidade da CIDE-Combustíveis – não obstante a flexibilidade conferida ao Poder Executivo na alteração de sua alíquota – reside somente na destinação da receita: “[...] a intervenção do estado por meio da CIDE-combustível não se dá por meio de alterações nas alíquotas, como ocorre com o Imposto sobre Produtos Industrializados, por exemplo. Neste último, a diminuição do valor a ser pago pelo contribuinte com a diminuição da incidência tributária visa incentivar determinados comportamentos, principalmente os de consumo em relação a determinadas mercadorias. Como (sic) a CIDE-combustível, não. Apesar de haver a previsão de variação nas alíquotas, conforme acima afirmado, a intervenção por esta contribuição especial se dá por meio de destinação do produto da respectiva arrecadação para determinadas áreas da economia”. LIMA, Isabel Arruda Matheos de. *Análise da eficiência econômica da CIDE-combustível pela perspectiva da nova economia institucional*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. p. 152.

⁶⁵ GRECO, Marco Aurélio. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - Parâmetros para sua Criação. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - Parâmetros para sua Criação. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 25-26.

busca-se, no entanto, utilizar os recursos arrecadados fomentando/incentivando/subsidiando determinados setores, cuja atuação específica pelo Estado é encarada como medida necessária em termos de regulação econômica. Em verdade, encontramos aqui certa semelhança entre a denominada extrafiscalidade na destinação da receita e o conceito de parafiscalidade, ao menos em sua acepção original⁶⁶.

Não obstante tal posição, uma norma tributária pode ser dotada de caráter extrafiscal no momento de sua imposição, bem como o produto arrecadado poderá ser utilizado para atender interesses de caráter político, econômico e social que vão além da arrecadação. Registramos anteriormente que o IPI incidente sobre o cigarro, além de poder ser empregado para diminuir o consumo (através de elevadas alíquotas), corresponde a uma significativa parcela da arrecadação do referido imposto (juntamente com o IPI sobre a bebida alcoólica). A espécie tributária “imposto” possui como uma de suas características exatamente a não-afetação de sua receita, isto é, o produto arrecadado será destinado para o financiamento de atividades gerais do Estado. Nesse sentido, a receita obtida com o IPI sobre o cigarro será destinada para o orçamento geral. Poderíamos pensar numa técnica de tributação na qual o IPI fosse substituído por uma contribuição especial (também com uma elevada alíquota), cuja destinação estaria diretamente vinculada ao financiamento dos gastos com saúde pública decorrentes de doenças associadas ao consumo do cigarro, bem como políticas públicas antitabagistas⁶⁷. Dessa forma, teríamos, de um lado, a adoção da extrafiscalidade mediante o emprego de altas alíquotas da contribuição – cujo objetivo é desestimular o consumo – e de outro, a destinação da receita obtida para políticas de saúde pública – que também visam reduzir o consumo do cigarro e minimizar os efeitos nocivos decorrentes do tabagismo.

⁶⁶ Atualmente, no Brasil o termo “parafiscalidade” é empregado nos casos em que há a delegação da capacidade tributária ativa, isto é, quando o ente público originalmente competente para instituir e cobrar determinado tributo confere à outro ente o exercício das atividades de arrecadação e fiscalização da atividade tributária. No entanto, em sua formulação original, o conceito de parafiscalidade era um tanto diverso: “A ideia de parafiscalidade, em sua origem, tinha menos a ver com a natureza do sujeito ativo, e mais com a destinação dos recursos: existindo, ao lado do orçamento geral, outros orçamentos a que se destinariam tributos específicos (as contribuições), então tais tributos estariam na parafiscalidade, i.e., ao lado da fiscalidade.” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 471.

⁶⁷ Conforme aponta Marcos Aurélio Pereira Valadão: “*Considering both sides of the public budget, tobacco tax bills are frequently proposed, either as a regular source of revenue or to fund specific tobacco related activities, such as tobacco control or health care expenditures.*” Em tradução livre: “Considerando ambos os lados do orçamento público, os tributos sobre o tabaco são frequentemente propostos como uma fonte regular de receita ou para financiar atividades específicas relacionadas ao tabaco, como o controle do tabaco ou despesas com saúde pública.” VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Regulatory tobacco tax framework: a feasible solution to a global health problem*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 245. Essa discussão será retomada no Capítulo 5, item 5.2.2.

2.1.2 Entre a arrecadação e a regulação: função, conceito e classificação das normas tributárias indutoras

Analizamos no tópico anterior as funções fiscais e extrafiscais da tributação. Apesar de a classificação possuir importante significância, principalmente para fins de compreensão dos efeitos que as normas tributárias desempenham no sistema socioeconômico – arrecadar e regular – destacamos que estes mesmos efeitos não podem ser examinados de forma excludente, isto é, normas tributárias que possuem somente efeitos extrafiscais ou fiscais. Em se tratando dos fins da tributação, deparamo-nos com a chamada “zona cinzenta”, conforme metáfora utilizada por Walter Barbosa Corrêa⁶⁸.

Essa mesma conclusão pode ser estendida à tributação indutora, a qual, como veremos, figura tanto como sinônimo quanto como espécie da extrafiscalidade. Luís Eduardo Schoueri reconhece este fato – de que efeitos indutores e arrecadadores podem convergir em uma mesma norma tributária – motivo pelo qual não recomenda o uso das expressões “tributos indutores” ou “tributos arrecadadores”, já que seria pouco provável que um determinado tributo possuísse, exclusivamente, apenas uma dessas características⁶⁹. Para Schoueri, a expressão “normas tributárias indutoras” possui maior precisão técnica, em razão de traduzir um efeito específico – o indutor – enquanto caracterizador da norma tributária, a qual, eventualmente, não deixa de possuir o atributo da arrecadação de receitas.

A discussão proposta por Luís Eduardo Schoueri reside no critério distintivo das normas tributárias indutoras das demais normas tributárias (arrecadadoras ou simplificadoras⁷⁰). Após revisão da literatura sobre o tema, Schoueri aponta que os estudos pioneiros sobre a tributação indutora tentavam justificar o seu fundamento a partir da finalidade, sobretudo do ponto de vista da intenção do legislador que elabora a norma tributária indutora⁷¹. Mas mesmo esse critério ainda é insuficiente para caracterizar a norma tributária, pelos motivos já apresentados, quais sejam, a coexistência de finalidades arrecadadoras ou simplificadoras na norma tributária indutora⁷². Partindo das premissas desenvolvidas por Klaus Vogel, Schoueri elabora o conceito

⁶⁸ Cf. nota 56.

⁶⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 16.

⁷⁰ Sobre normas tributárias simplificadoras, cf. nota nº 37.

⁷¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 24-25

⁷² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 25.

de “função” enquanto elemento distintivo da norma indutora⁷³. Conforme excerto transcrito no início do capítulo, é a função indutora que qualifica uma norma tributária como tal, em detrimento das demais funções que essa mesma norma tributária pode possuir (simplificar ou arrecadar)⁷⁴. Para Schoueri, este realce na função indutora permite que realizemos um corte no exame da norma tributária indutora, separando-a de outras funções, que eventualmente também podem estar presentes na norma⁷⁵.

Sob outra perspectiva, mas também fazendo uso do conceito de função, Reuven Avi-Yonah, no artigo *The Three Goals of Taxation*, enumera quais seriam os três objetivos ou funções da tributação: arrecadar receita, redistribuir renda e regular⁷⁶. A arrecadação, conforme já analisado, corresponderia à função mais elementar da tributação, conferindo a receita necessária para as necessidades governamentais, incluindo a provisão de bens públicos. A redistribuição seria uma segunda função da tributação, que não se confundiria de imediato com a de arrecadar, possuindo o objetivo primário de diminuir a desigualdade de renda entre os indivíduos⁷⁷. Por fim, a tributação também possui função regulatória, quando possui como escopo direcionar a conduta dos agentes econômicos no atendimento dos interesses

⁷³ “Versando acerca da função, Vogel ressaltou que qualquer norma que verse sobre impostos possui função (positiva ou negativa) de arrecadar (*Estragsfunktion*); ao mesmo tempo, aquela norma pode ter outras três funções, que nem sempre encontram presentes, simultaneamente, em todas as normas; i) a função de distribuir a carga tributária (*Lastenausteilungsfunktion*), que implica a repartição das necessidades financeiras do Estado segundo os critérios de justiça distributiva; ii) função indutora; e iii) função simplificadora. Evidencia-se, então, que ‘o contraste com a regulação não é a obtenção de receitas – também os impostos regulatórios têm uma função de gerar receita – mas a distribuição da carga tributária’, daí que ‘a distinção está entre a função distributiva da carga tributária e a função regulatória das leis tributárias.’” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 27.

⁷⁴ Acerca da função das normas tributárias, afirma Isabel Arruda Matheos de Lima: “[...] o termo função, por seu turno, é utilizado para distinguir os diversos atributos que uma norma tributária pode deter. Uma norma de finalidade extrafiscal, portanto, pode ter várias funções, como por exemplo, a função facilitadora ou indutora, inclusive ao lado da função arrecadatória [...]” LIMA, Isabel Arruda Matheos de. *Normas Tributárias Indutoras Ambientais*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. p. 90.

⁷⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 29.

⁷⁶ AVI-YONAH, Reuven. *The Three Goals of Taxation*. *Tax Law Review*, v. 60, n. 1, p. 1-28, 2006. p. 3.

⁷⁷ A função redistributiva da tributação é bastante conhecida dos países em desenvolvimento (o Brasil incluso), muitas vezes confundindo-se com a própria função arrecadatória, já que parte da receita arrecadada acaba sendo destinada para políticas públicas de caráter redistributivo/assistencialista. Nos Estados Unidos, por outro lado, políticas fiscais redistributivas ainda pautam o debate público no que diz respeito às funções da tributação. Conforme destaca Reuven Avi-Yonah: “*What cannot be denied, however, is that many developed nations in fact have sought to use taxation for redistributive purposes, although it also is debate how effective taxation was (or can be) in redistribution.*” Em tradução livre: “O que não pode ser negado, no entanto, é que muitas nações desenvolvidas, de fato, têm procurado usar uma taxa com propósitos redistributivos, embora também seja debatido o quão efetiva a taxa foi (ou pode ser) na redistribuição.” AVI-YONAH, Reuven. *The Three Goals of Taxation*. *Tax Law Review*, v. 60, n. 1, p. 1-28, 2006. p. 3.

governamentais⁷⁸. Esta última perspectiva, a da função regulatória da tributação, corresponde à função indutora, conforme desenvolvida por Luís Eduardo Schoueri.

Convergemos aqui para a concepção da função indutora (ou regulatória) como caracterizadora da norma tributária indutora. É ela o critério distintivo em relação às demais funções da tributação, seja arrecadar, redistribuir ou simplificar o sistema tributário. Não obstante a possibilidade de uma mesma norma tributária possuir diferentes funções, a função de destaque da norma tributária indutora é a de regular, a de direcionar comportamentos.

Nesse sentido, o critério *função* coaduna-se com a análise funcionalista do Direito, nos termos apresentados por Norberto Bobbio, em particular a função promocional das normas jurídicas. Isto porque, conforme analisamos, a função promocional possui como característica o intuito de estimular, de fomentar determinada atividade ou conduta, com o fim último de concretizar princípios e valores almejados pelo Estado, sobretudo os de natureza socioeconômica. Dessa forma, a função indutora das normas tributárias corresponde a uma das formas de instrumentalização da função promocional do Direito.

A partir da noção de função e do conceito de tributação indutora, surge outro critério de diferenciação, agora no âmbito da extrafiscalidade. Se num primeiro momento a extrafiscalidade e a tributação indutora podem ser encaradas como expressões sinônimas, segundo a classificação proposta por Schoueri, ambos os conceitos também devem ser examinados como gênero (extrafiscalidade) e espécie (normas tributárias indutoras)⁷⁹. Isso porque a expressão *extrafiscalidade* é utilizada, comumente, somente em seu conceito estrito, qual seja, normas tributárias com fins não fiscais, destinadas a regular o comportamento dos indivíduos/intervir na economia, conceito esse que corresponde ao de tributação indutora. No entanto, em sua acepção ampla, a extrafiscalidade engloba todas as normas tributárias com objetivos desvinculados da arrecadação, mas não necessariamente voltados à indução

⁷⁸ Em outra perspectiva, mas de maneira similar à classificação adotada por Reuven Avi-Yonah, Karoline Marchiori de Assis, com base nos trabalhos de Joachim Lang e George Jochum, confere à extrafiscalidade finalidades redistributivas ou indutoras: “Lang, por sua vez, entende que as normas de finalidade extrafiscal podem ser indutoras ou redistributivas. Por outro giro, pode-se afirmar que, por finalidade extrafiscal, endentem-se finalidades indutoras e redistributivas. Nesse sentido, as normas de finalidades indutoras são aquelas que buscam estimular um determinado comportamento, entendido como requerido pelo bem comum. Para Lang, tais normas justificam-se pelo princípio do bem comum e pelo princípio do merecimento. As normas de finalidade redistributiva, por sua vez, são aquelas que visam à correção de uma determinada situação (*Wohlstandskorrektur*) visando à maior igualdade social. Segundo Lang, as normas de finalidade redistributiva justificam-se a partir do princípio da necessidade do Estado de bem-estar social.” ASSIS, Karoline Marchiori. 2013. *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2013. p. 103.

⁷⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 32-34.

econômica⁸⁰. Exemplo disso é a legislação brasileira do imposto de renda, em particular a Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que concede isenção do imposto de renda para pessoas portadoras de moléstias graves; ou as diversas legislações municipais, que concedem isenção do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) para indivíduos hipossuficientes que possuam um único imóvel urbano no qual residam, dotado de pequenas dimensões. Tais normas, em que pese não possuïrem qualquer escopo arrecadatório, também não representam, ao menos em uma análise imediata, uma atuação reguladora por parte do Estado, possuindo eminente viés social, correspondendo à acepção ampla de extrafiscalidade.

Ao adotar a expressão *normas tributárias indutoras*, Schoueri delimita o significado da extrafiscalidade (agora compreendida em seu sentido estrito), tendo como objeto as normas tributárias com fins não arrecadatórios, cuja função é induzir o comportamento dos agentes/intervir na economia⁸¹. Mas a função indutora ainda não nos confere uma compreensão adequada da norma tributária indutora. Induzir como, porquê e para quê?

Com relação ao primeiro questionamento, a indução manifesta-se comumente em normas de incentivos/vantagens ou de desincentivos/agravamentos. Ao conceder um benefício fiscal a um agente econômico na hipótese deste mesmo agente adotar determinado comportamento (instalação de um polo industrial em região economicamente subdesenvolvida, aquisição de tecnologia/bens de produção produzidos em território nacional, reinvestimento de capital etc.), busca-se estimular, através da norma tributária indutora, uma conduta desejável por parte do Estado. Os incentivos fiscais são bastante representativos da prática de realizar estímulos através da tributação indutora, motivo pelo qual Marcos André Vinhas Catão os denomina como sendo um exemplo de extrafiscalidade positiva⁸². Por outro lado, o governo também pode desestimular condutas indesejáveis, por meio do aumento da carga tributária. Com base em exemplo citado por Schoueri⁸³, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 182, § 4º, inciso II, a possibilidade do governo municipal instituir IPTU progressivo no tempo, cujas alíquotas irão aumentar no decorrer dos anos para imóveis que não estejam sendo devidamente utilizados ou subutilizados, de maneira a desincentivar condutas contrárias ao aproveitamento adequado do solo urbano.

⁸⁰ Nesse sentido, destaca Karoline Marchiori de Assis: “[...] é inadequada a referência à indução em oposição à fiscalidade, uma vez que as normas extrafiscais podem visar a outras finalidades que não à indutora.” ASSIS, Karoline Marchiori. 2013. *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2013. p. 96.

⁸¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33.

⁸² CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 28.

⁸³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 53.

Vê-se, portanto, que as principais técnicas da tributação indutora derivam de normas tributárias de incentivo e de desincentivo⁸⁴. No mesmo sentido, José Casalta Nabais, em exposição sobre o tema, afirma que a técnica da extrafiscalidade apresenta-se sob duas formas distintas: os impostos extrafiscais e os benefícios fiscais⁸⁵. Os impostos fiscais corresponderiam à normas tributárias de caráter dissuasivo, voltadas à desincentivar determinadas condutas mediante o agravamento da carga tributária, a exemplo dos impostos aduaneiros de viés protecionista⁸⁶. Por outro lado, os benefícios fiscais representam normas tributárias destinadas à estimular ou fomentar determinadas atividades ou comportamentos mediante a redução da carga tributária⁸⁷.

A partir da distinção da indução tributária via agravamentos ou vantagens e da classificação proposta por Casalta Nabais (impostos extrafiscais e benefícios fiscais), propomos uma terminologia para as técnicas de tributação indutora mais consentânea com a perspectiva deste trabalho, qual sejam, *tributos regulatórios e incentivos fiscais*.

Os *tributos regulatórios* representam a técnica da indução tributária destinada ao desincentivo de condutas contrárias ao interesse do Estado. Coadunam-se ao que em Economia denomina-se como *impostos* ou *tributos pigouvianos* (*pigovian* ou *pigouvian taxes*), em referência ao economista inglês Arthur C. Pigou⁸⁸. Dessa forma, normas tributárias indutoras destinadas a desestimular o comportamento dos agentes econômicos, a exemplo da tributação incidente sobre o tabaco e as bebidas alcoólicas, representam exemplos de tributos regulatórios. A expressão “regulatório” é adotado aqui em sentido estrito, posto que a tributação indutora representa, de maneira geral, uma forma de regular condutas, inclusive quando voltada para incentivar comportamentos.

A segunda acepção, qual seja, a indução tributária destinada à estimular ou fomentar determinadas atividades ou comportamentos mediante desoneração tributária, passa a ser

⁸⁴ Marcos André Vinhas Catão, em referência à trabalho de Marcus Abraham, menciona que para este autor, além da extrafiscalidade positiva (estimulando comportamentos desejáveis) e da extrafiscalidade negativa (restringindo condutas indesejáveis), haveria também a extrafiscalidade distributiva, que teria como objetivo a redistribuição de riqueza e, por conseguinte, a redução das desigualdades sociais (CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 28, nota 39). Divergindo da observação do autor, entendemos que a função redistributiva não é um atributo específico da extrafiscalidade, mas da própria tributação.

⁸⁵ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 630.

⁸⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 630.

⁸⁷ “Mais frequente é, sem dúvida, o recurso ao não imposto ou ao menos imposto com o objectivo de condicionar os comportamentos económicos e sociais dos contribuintes. Efectivamente, é no domínio dos chamados benefícios fiscais que a extrafiscalidade se revela em termos mais significativos e frequentes [...]” NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 632-633.

⁸⁸ A perspectiva pigouviana da tributação indutora será examinada adiante.

genericamente denominada como *incentivos fiscais*, expressão já consagrada no Direito Tributário brasileiro. Nesse sentido, a expressão “incentivos fiscais” não representa uma categoria própria de norma tributária indutora prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mas um gênero do qual derivam diversas espécies normativas (isenções, remissão e anistia, créditos presumidos, alíquota zero, diferimento, regimes tributários especiais, dentre outros)⁸⁹. Para nós, interessa-nos a função indutora que o incentivo fiscal desempenha, qual seja, estimular condutas através da desoneração tributária.

As reflexões quanto aos fundamentos e objetivos da tributação indutora serão examinadas a partir de dois fundamentos básicos: i) a necessidade do governo intervir no mercado, mediante a atividade regulatória, sobretudo quando o mercado é ineficiente ou apresenta falhas; ii) a concretização de princípios e valores consagrados no texto constitucional, com especial ênfase na Ordem Econômica constitucional, que possui relação direta com a própria atuação interventiva do Estado, inclusive via normas tributárias indutoras. Os fundamentos e objetivos da tributação indutora serão analisados de forma mais detida no Capítulo 3.

2.1.3 As normas tributárias indutoras sob a perspectiva da Ciência das Finanças

Anteriormente à própria consolidação do Direito Tributário como disciplina autônoma, as funções sociais, políticas e econômicas da tributação já eram objeto de análise dos economistas e financistas clássicos.

Adolph Wagner, economista alemão do século XIX, influenciado pelo socialismo marxista, desenvolveu uma teoria social do tributo⁹⁰ ou, nas palavras de Edwin R. A. Seligman, uma teoria sociopolítica do tributo⁹¹. Na visão de Wagner, a história das finanças públicas possui dois principais períodos: o período puramente fiscal, no qual o principal objetivo da

⁸⁹ Conforme aponta Adilson Rodrigues Pires: “Tarefa das mais complexas consiste em unificar os conceitos emitidos por autores brasileiros ao tratarem dos incentivos fiscais. Qualquer fórmula que reúna características apenas genéricas do tema poderá inibir a identificação de desvios ou de fins antijurídicos ou ilegítimos.” PIRES, Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão dos incentivos fiscais no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 19.

⁹⁰ DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do imposto*. 1949. Tese (Concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças) – Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1949. p. 20.

⁹¹ “[The] Professor Wagner [...] includes in the very definition of a tax the ‘socio-political’ element or the duty of regulating and correcting the distribution and use of private property.” Em tradução livre: “[O] Professor Wagner [...] inclui na própria definição de tributo o elemento ‘socio-político’ ou o dever de regular e corrigir a distribuição e uso da propriedade privada.” SELIGMAN, Edward R. A. *Essays in taxation*. 8. ed. London: Macmillan & Co., 1915. p. 402.

tributação é arrecadar; e o período sociopolítico, no qual as justificativas sociais da tributação ganham papel de destaque em detrimento dos fins arrecadatórios⁹². Ao adotar como pano de fundo o conflito entre classes da teoria marxista, Wagner, sem se afastar das funções fiscais dos tributos, propõe outras funções, agora de caráter político, social e ético⁹³, principalmente para que haja uma distribuição de riqueza mais equitativa, a partir da instituição da progressividade na tributação⁹⁴.

Edwin R. A. Seligman, em sua obra *Progressive taxation in theory and practice*, rebate as proposições de Adolph Wagner, em particular no que diz respeito à afirmação de que, do ponto de vista histórico, inicialmente os governos preocupam-se tão somente com finalidades arrecadatórias. Isto porque as funções sociais dos tributos já acompanham as finanças públicas mesmo quando voltadas para políticas arrecadatórias, a exemplo da instituição de tributos sobre bens luxuosos ou suntuários⁹⁵. Por outro lado, Seligman, afastando-se do ideal socialista da tributação proposto por Wagner, entende que as mudanças em termos de política fiscal não podem ser empreendidas de maneira a resultar em mais desigualdade de renda⁹⁶. Para o autor,

⁹² SELIGMAN, Edward R. A. *Progressive taxation in theory and practice*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1908. p. 129.

⁹³ Citando Adolph Wagner, Alberto Deodato afirma: “A estrutura econômica, social, e política do povo é o reflexo da organização da economia pública e do regime da propriedade e da aquisição. A constituição política, o agrupamento de interesses e sua divisão em partidos, a oposição de interesses entre possuidores e não possuidores, (que é a oposição social propriamente dita) refletem-se e reagem sobre o regime da propriedade e da aquisição. Há, portanto, uma dependência recíproca. A tributação não é apenas simples negócio de finanças nem de técnica financeira, mas sempre questão de política social, de ética, de economia pública.” DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do imposto*. 1949. Tese (Concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças) – Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1949. p. 21.

⁹⁴ SELIGMAN, Edward R. A. *Progressive taxation in theory and practice*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1908. p. 130.

⁹⁵ Assim afirma o autor: “All governments have allowed social considerations in the wider sense to influence their revenue policy. The whole system of protective duties has been framed not merely with regard to revenue considerations, but also with the aim of producing results which should directly affect social and national prosperity. Taxes on luxuries have often been mere sumptuary laws designed as much to check consumption as to yield revenue. Excise taxes have frequently been levied from a wide social, as well as from a narrow fiscal, standpoint. From the very beginning of all tax systems the social reasons have often been present. The attempt sharply to distinguish such periods historically, therefore, can scarcely be termed successful.” Em tradução livre: “Todos os governos têm permitido considerações de ordem social no sentido mais amplo influenciarem suas políticas de receitas. O inteiro sistema de tarifas protecionistas tem sido moldado não apenas levando em conta considerações de receita, mas também com o objetivo de produzir resultados que deveriam afetar diretamente a prosperidade social e nacional. Impostos sobre luxos têm sido muitas vezes meras leis suntuárias planejadas tanto para verificar o consumo como para produzir receitas. Impostos sobre certos bens de consumo têm sido frequentemente cobrados partindo de um ponto de vista amplamente social, assim como especificamente fiscal. Desde o início de todos os sistemas tributários, as razões sociais têm estado presente. A brusca tentativa de distinguir historicamente tais períodos, portanto, dificilmente pode ser considerada como bem sucedida.” SELIGMAN, Edward R. A. *Progressive taxation in theory and practice*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1908. p. 130.

⁹⁶ SELIGMAN, Edward R. A. *Progressive taxation in theory and practice*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1908. p. 131-132.

não obstante a tributação também deter fins sociais, esta mesma finalidade seria mais bem alcançada na realização da despesa pública, e não na obtenção de receita⁹⁷.

Arthur C. Pigou, economista inglês que desenvolveu importantes trabalhos na área da Economia e das Finanças Públicas no início do século XX, examinou os efeitos regulatórios dos tributos em sua obra clássica *The Economics of Welfare*, cuja primeira edição é de 1920⁹⁸. Em seu trabalho, Pigou desenvolveu (mesmo não adotando tal nomenclatura) a noção de “externalidades”, sobretudo as externalidades negativas (a exemplo da poluição ambiental), que representam falhas ou imperfeições no mecanismo de mercado derivadas da ação de um ou mais agentes econômicos que afetam outros indivíduos/agentes econômicos que não escolheram participar de tal ação, impondo-lhes custos ou benefícios, mas sem qualquer medida de caráter compensatório⁹⁹. No caso de uma externalidade negativa, a proposta de Pigou é que os custos decorrentes da externalidade sejam compensados pelo agente causador, através, por exemplo, da intervenção estatal. Uma das formas pelas quais tal externalidade pode ser “internalizada” é por meio da imposição de tributos de caráter regulatório (daí a denominação *pigouvian tax*). Nesse sentido, Pigou contribuiu de maneira capital para o estudo dos tributos regulatórios (e da tributação indutora de maneira geral), já que suas proposições são fundantes para a formulação da teoria da regulação, das falhas de mercado e do uso da tributação como mecanismo de intervenção econômica.

Sob outra perspectiva, merece referência o trabalho do economista alemão Fritz Neumark denominado *O Imposto como Instrumento de Política Econômica, Social e Demográfica*, apresentado no Congresso do Instituto Internacional de Finanças Públicas de Roma em 1948¹⁰⁰. Influenciado pela perspectiva do intervencionismo estatal, Neumark afirma em seu trabalho que os tributos exercem não só a função de arrecadar recursos, mas também representam ferramenta de política econômica, social e demográfica. Em razão de tal constatação, para o autor as discussões no âmbito da Ciência das Finanças sobre se o Estado deve ou não instituir tributos com fins extrafiscais não possuiria mais relevância, importando

⁹⁷ SELIGMAN, Edward R. A. *Progressive taxation in theory and practice*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1908. p. 132.

⁹⁸ Merece referência também o trabalho *A Study in Public Finance*, originalmente publicado em 1927, abordando temas correlatos à tributação e ao comportamento do contribuinte. Cf. PIGOU, Arthur C. *A Study in Public Finance*. 3. ed. London: Macmillan, 1947.

⁹⁹ O conceito de externalidade enquanto falha de mercado será abordado no Capítulo 3, item 3.1.3.

¹⁰⁰ DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do impôsto*. 1949. Tese (Curso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças) – Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1949. p. 17; BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 19. ed. rev. e atu. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 238.

apenas se as medidas intervencionistas (inclusive via tributos) são adequadas aos fins a que se propõem¹⁰¹.

No mesmo Congresso de Roma, o trabalho de Fritz Neumark foi revisado pelo financista francês Henri de Laufenburger. Segundo Laufenburger, não caberia a adoção de tributos com finalidades sociais, econômicas ou políticas, sendo estas tão somente função da despesa pública¹⁰². É mediante a aplicação da despesa pública que se torna possível realizar uma intervenção econômica e social, ao destinar recursos e subsídios para setores como a agricultura, os transportes, a indústria, dentre outros¹⁰³. Para o financista francês, um imposto extrafiscal só atingiria seus objetivos na hipótese de a receita arrecadada ser destinada a fins econômicos e sociais¹⁰⁴. Partindo da reflexão de ambos os autores (Fritz Neumark e Henri Laufenburger), Alberto Deodato posiciona-se no sentido de que os tributos exercem funções sociais, inclusive quando seu objetivo é oposto ao da arrecadação¹⁰⁵.

Acerca da perspectiva financeira dos tributos extrafiscais, Aliomar Baleeiro destaca a diferenciação entre as finanças neutras e as finanças funcionais, que toma como premissas as inovações advindas da teoria econômica de John Maynard Keynes, sobretudo do ponto de vista da política fiscal¹⁰⁶. Nesse sentido, as finanças funcionais representam a atuação financeira do

¹⁰¹ DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do impôsto*. 1949. Tese (Concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças) – Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1949. p. 17-18.

¹⁰² Nesse sentido, Alberto Deodato, citando Henri Laufenburger: ““Em matéria de Finanças Públicas, só a despesa aparece como instrumento eficaz de reformismo ou dirigismo. O impôsto não lhe poderá ser associado utilmente, a menos que seu produto seja expressamente empregado nesse fim. O impôsto deve conservar seu papel essencial de proporcionar ao Estado os recursos indispensáveis à realização dos seus fins os mais complexos. Um reformismo fiscal e deliberado não será legítimo e eficaz senão sob duas condições: que seja compatível com o equilíbrio orçamentário; que fique um simples auxiliar da política econômica e social sem pretender se substituir a ela.””. DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do impôsto*. 1949. Tese (Concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças) – Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1949. p. 18-19.

¹⁰³ DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do impôsto*. 1949. Tese (Concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças) – Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1949. p. 50-52.

¹⁰⁴ DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do impôsto*. 1949. Tese (Concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças) – Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1949. p. 58-59.

¹⁰⁵ “Afirmar que só a despesa tem essa função social é incorrer em erro. Há impostos cuja finalidade não é render: é deixar de render, é nada arrecadar para o fisco. Quando se estabelece um imposto contra o luxo ou contra o álcool; quando se cria uma tarifa alta para certas mercadorias importadas; quando se diminui o imposto sobre as novas construções – não se tem em vista arrecadar, aumentar a receita. A finalidade é não se luxar, não se beber, não se importar, construir-se mais. Entre o dinheiro que devia entrar para o fisco e os efeitos do não rendimento, o Estado prefere a segunda hipótese. Escasseado os objetos de luxo, a economia individual será mais farta para os gêneros úteis de alimentação e vestuário. Anula-se a ostentação do luxo inútil, que externa, de modo tão chocante, as desigualdades sociais. Eliminando-se a receita tributária do álcool, acaba-se ou alivia-se a chaga social do alcoolismo, com todo o seu cortejo de misérias e desgraças. Sendo nula a importação de certas mercadorias estrangeiras, florescem as indústrias nacionais similares, enriquecendo a economia. Diminuindo o imposto sobre novas edificações, estas se tornam mais fáceis e auxiliam o crescimento das cidades e a resolução do grave problema da habitação. O imposto teve, assim, a sua função social porque não deu rendimento.” DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do impôsto*. 1949. Tese (Concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças) – Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1949. p. 64-65.

¹⁰⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 19. ed. rev. e atu. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35.

Estado orientada para intervir na conjuntura econômica, correspondendo ao exercício da política fiscal em sua acepção contemporânea, conforme as formulações elaboradas por Keynes¹⁰⁷.

Dos conceitos expostos, percebe-se que o emprego dos tributos com finalidades regulatórias acompanhou a própria evolução das teorias econômicas, sobretudo o liberalismo e o intervencionismo. No liberalismo, não obstante reconhecer-se os efeitos extrafiscais dos tributos, a exemplo dos impostos aduaneiros, a tributação permanece sendo encarada com fins estritamente arrecadatórios¹⁰⁸. Com o advento do modelo intervencionista de Estado, rompe-se com a perspectiva das finanças neutras, havendo a adoção de tributos com finalidades extrafiscais, representando uma das formas de intervenção do Estado na economia.

2.2 TRIBUTAÇÃO INDUTORA EM ESPÉCIE: TRIBUTOS REGULATÓRIOS, INCENTIVOS FISCAIS E FIGURAS AFINS

Conforme já desenvolvido anteriormente, a tributação indutora representa o exercício de uma das funções da tributação, cujo objetivo imediato não é arrecadar, mas direcionar o comportamento dos agentes econômicos, em atendimento a interesses e objetivos do Estado. Também destacamos que as principais técnicas de indução tributária ocorrem através de agravamentos/desestímulos ou vantagens/estímulos ou, conforme classificação por nós proposta, por *tributos regulatórios* ou *incentivos fiscais*. Ambas as técnicas de indução repercutem de forma distinta nos agentes econômicos: por meio dos tributos regulatórios, busca-se coibir ou reduzir a prática de determinados comportamentos indesejados pelo Estado, mediante, por exemplo, a majoração da carga tributária de um tributo; através dos incentivos fiscais, pretende-se estimular certa conduta, por intermédio de uma desoneração tributária em favor do contribuinte.

No entanto, um dos principais problemas práticos consiste exatamente em delimitar, do ponto de vista jurídico-formal, quais são as diferentes espécies de normas tributárias indutoras,

¹⁰⁷ “Em verdade, a despeito das novidades terminológicas, a ‘Política Fiscal’ é apenas nova aplicação dos instrumentos financeiros para fins ‘extrafiscais’. A Política Fiscal, no campo econômico, era bem conhecida dos clássicos para o protecionismo por meio de impostos alfandegários. Alguns a advogam para fins ‘sociopolíticos’, como preferia dizer Seligman referindo-se às tendências de reforma social pelo tributo, defendidas por Wagner. Hoje, a política anticíclica de modificação da conjuntura e da estrutura atrai as atenções em finanças extrafiscais”. BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 19. ed. rev. e atu. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35.

¹⁰⁸ CORRÊA, Walter Barbosa. *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*. São Paulo: 1964. p. 14.

em especial das normas indutoras que concedem vantagens/estímulos (incentivos fiscais)¹⁰⁹. Isso porque, conforme veremos, as classificações jurídicas adotadas no Brasil e no âmbito internacional são bastante diversas, apesar de coincidirem quanto aos seus efeitos. Essa distinção poderia levar a equívocos quanto à compreensão das diferentes espécies de normas tributárias indutoras comumente empregadas.

Nesse sentido, uma primeira e importante observação a ser feita corresponde ao fato de que, independentemente da categoria jurídica adotada, sobretudo do ponto de vista da legislação brasileira, o principal fator caracterizador da norma tributária indutora permanece sendo aptidão de incentivar ou desincentivar comportamentos. A roupagem jurídica empregada presta-se apenas para a adequação da norma tributária indutora aos critérios e limites normativos impostos pelo próprio sistema jurídico na qual está inserida, isto é, sua adequação jurídico-formal¹¹⁰.

Iniciaremos examinando as normas tributárias indutoras que impõem agravamentos (os tributos regulatórios), e, em seguida, os incentivos fiscais. Em razão da natureza particular do estudo empreendido, é provável que determinadas categorias de normas tributárias que, para alguns, teriam função indutora, não sejam contempladas; ou, por outro lado, que acabemos inserindo espécies normativas as quais normalmente não são examinadas no âmbito da tributação indutora. Nesse sentido, reiteramos aqui que o critério definidor da adequação de uma norma tributária como indutora ou não permanece sendo: i) a ausência de finalidade arrecadatória imediata; ii) o escopo de estimular (no caso dos incentivos fiscais) ou desestimular (no caso dos tributos regulatórios) o comportamento dos agentes econômicos, em direção à finalidades almejadas pelo governo.

¹⁰⁹ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 51-52. Relativamente aos tributos regulatórios, conforme será apresentado, as variações não dizem respeito propriamente à técnica de indução, mas ao objeto da indução (por exemplo, redução do consumo de álcool, tabaco, açúcar, poluição ambiental etc.).

¹¹⁰ Ricardo Lobo Torres já atentava para esse fato, ao afirmar que “Desmistificou-se nos últimos anos o mecanismo dos privilégios e das desgravações fiscais. Percebe-se que hoje são todos conversíveis entre si, o que permite que se lhes desvende a concessão injustificada, ainda que camuflada sob diferentes rótulos. A própria legislação ordinária brasileira emprega indistintamente os termos ‘incentivo’, ‘estímulo’ e ‘prêmio’, que têm a mesma extensão dos privilégios e não possuem significado jurídico claro. Os *privilégios tributários*, que operam na vertente da *receita*, estão em simetria e podem ser convertidos em *privilégios financeiros*, a gravar a *despesa pública*. A diferença entre eles é apenas jurídico formal”. (Grifos do autor). TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 3 – Os direitos humanos e a tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 373.

2.2.1 Tributos regulatórios

Com relação aos *tributos regulatórios* – normas tributárias indutoras que impõem agravamento aos sujeitos – conforme já exposto, o objetivo é coibir ou reduzir determinada conduta contrária aos interesses do governo, em que pese sua licitude¹¹¹. Representa o exercício do poder de regular (*police power*) do Estado, em atendimento ao interesse público ou bem comum. Nesse sentido, o agravamento pode decorrer tanto da majoração da carga tributária de tributo já existente quanto mediante a instituição de novo tributo no sistema tributário¹¹².

Mencionamos anteriormente a elevada tributação incidente sobre o cigarro e sobre as bebidas alcoólicas, exemplos recorrentes do emprego de normas tributárias indutoras com a finalidade de desestimular o consumo¹¹³. Sob outra perspectiva, a indução tributária via agravamento pode derivar de medidas de caráter protecionista, uma das primeiras manifestações da extrafiscalidade na história da tributação, mediante o aumento das alíquotas do imposto de importação sobre determinados bens, cujo objetivo, em princípio, é a proteção da economia nacional.

No âmbito internacional, os tributos regulatórios, sob a denominação genérica de *pigouvian taxes* ou *corrective taxes*, possuem como escopo reduzir as ineficiências do mercado. O objetivo é regular o mercado mediante a imposição de tributos que oneram determinado produto ou serviço, modificando o comportamento dos agentes econômicos. Conforme examinaremos adiante, diferentemente dos incentivos fiscais, os tributos regulatórios pouco variam quando à técnica empregada (resultando sempre no aumento de um determinado tributo, por meio do aumento de sua alíquota, por exemplo). De maneira geral, também são comumente atrelados à tributos sobre o consumo, como, no caso brasileiro, o Imposto de Importação, o IPI, o IOF, o PIS/PASEP e a COFINS e o ICMS. A principal distinção encontrada é, principalmente, quanto ao objeto, isto é, quanto a conduta ou ao bem se pretende tributar, desestimulando sua prática ou consumo. Vejamos alguns exemplos de tributos regulatórios.

O *soda tax* propõe reduzir o consumo de bebidas com alto teor de açúcar, como refrigerantes e sucos industrializados. Tendo em vista que tais produtos estão atrelados à problemas de saúde pública como obesidade e diabetes, a proposta é que majorando tais tributos

¹¹¹ “Fala-se em agravamento quando a norma tributária indutora torna mais oneroso o comportamento indesejado, implicando aumento dos custos do contribuinte, que, assim, fica propenso a adotar comportamento alternativo, menos oneroso.” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 205.

¹¹² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 205.

¹¹³ Cf. item 2.1.1.

(via um tributo específico ou aumento da alíquota de um tributo preexistente), o preço das bebidas açucaradas também irá aumentar, tendo como consequência uma diminuição em seu consumo.

De maneira análoga, também é feita referência ao *fat tax*, um tributo incidente sobre alimentos com alto teor de gordura. Assim como no *soda tax*, a proposta é reduzir o consumo desses tipos de alimento (também associados à problemas de saúde, como doenças cardíacas e obesidade), através do aumento da carga tributária incidente (que terá como consequência uma potencial redução de seu consumo).

No mesmo sentido, os *tobacco taxes* voltam-se para a tributação do tabaco e seus derivados, também por questões de saúde pública, tendo em vista que o tabagismo está associado ao câncer e doenças do trato respiratório. Novamente, o efeito esperado é que haja uma redução no consumo do tabaco em razão da majoração dos preços do bem devido ao aumento da tributação incidente.

De maneira geral, também é feita referência ao *sin tax* (que pode ser traduzido literalmente como “tributo sobre o pecado”), um tributo voltado para certos bens considerados nocivos para a sociedade, tais como o álcool, o tabaco e os jogos de azar¹¹⁴.

O *ecotax* ou *green tax* representa um tributo regulatório incidente sobre atividades consideradas nocivas para o meio ambiente e excessivamente poluentes. Posto que a atividade poluidora representa uma externalidade negativa, a proposta é criar um tributo (ou aumentar um tributo já existente), de maneira que, de um lado, o agente poluidor compense a sociedade pelas consequências de sua atividade e, de outro lado, funcione como um incentivo para que sejam adotadas novas práticas menos poluentes. Desdobramento dos *green taxes* são os *carbon tax* (também denominado de *fuel tax* ou *gas tax*), voltados especificamente para a tributação do carbono derivado do consumo de combustíveis fósseis. A proposta é tributar a venda de combustíveis (aumentando o preço final do produto), de maneira a reduzir a demanda pelo seu consumo e, com isso, reduzir a emissão de carbono decorrente da queima de combustíveis.

2.2.2 Incentivos fiscais

A respeito dos *incentivos fiscais* – normas tributárias indutoras que resultam em vantagens tributárias em favor do agente econômico – sua principal finalidade é estimular

¹¹⁴ Sobre o tema, cf. VASQUES, Sérgio. *Os impostos do pecado: o tabaco, o álcool, o jogo e o fisco*. Coimbra: Almedina, 1999.

comportamentos desejáveis pelo Estado¹¹⁵. Mediante o emprego dos incentivos fiscais, o Estado fomenta setores ou atividades de caráter estratégico, com o fim último de atingir objetivos de caráter socioeconômico, como a atração de investimentos, a promoção do desenvolvimento ou a redução de desigualdades regionais.

Conforme já mencionado, o exame das diferentes espécies de normas tributárias indutoras não obedece a critérios rígidos, adotando diferentes formas ou, muitas vezes, representando técnicas de tributação utilizadas pelo Estado. No caso dos incentivos fiscais não será diferente. Analisemos, então, as diferentes espécies de incentivos fiscais, conforme discutidos pela literatura tributária brasileira e estrangeira, iniciando com as *subvenções*.

As *subvenções* correspondem à incentivos de natureza financeira ou creditícia, concedidas pelo Estado em favor do particular, para alcançar determinada finalidade específica vinculada ao interesse público¹¹⁶. Conforme destaca Marcos André Vinhas Catão, a problemática reside no fato de que, para alguns autores, as *subvenções* não possuem natureza tributária, estando regidas apenas pelas normas do Direito Financeiro, já que, comumente, materializam-se em uma concessão crédito ou auxílio pecuniário¹¹⁷. No entanto, num exame prático da matéria, encontramos situações nas quais, sob a denominação “*subvenção*”, um ente público, ao invés de conceder auxílio financeiro sob a forma de empréstimo, autoriza uma empresa a reduzir, por determinado prazo, o valor de tributo devido, a exemplo do ICMS¹¹⁸. Esse é o motivo pelo qual Marcos André Vinhas Catão atribui, em determinados casos, às *subvenções* a características de também serem incentivos fiscais¹¹⁹.

Sob outra perspectiva, em referência ao trabalho de Udo W. Brabowski, Luís Eduardo Schoueri, ao discorrer sobre o aspecto financeiro das normas tributárias indutoras, enquadra-as no gênero das *subvenções*¹²⁰. As *subvenções* representariam prestações pecuniárias especiais por parte de um determinado ente público em favor de um agente econômico (produtores ou

¹¹⁵ “As normas tributárias indutoras atuam, também, no sentido de incentivar contribuintes que adotem comportamentos desejados pelo legislador. Vale-se o legislador da premissa de que os contribuintes buscam economizar tributos, para abrir uma válvula, pela qual a pressão tributária é aliviada, de modo dosado.” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 206.

¹¹⁶ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 60.

¹¹⁷ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 61-62.

¹¹⁸ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 64.

¹¹⁹ “[...] não obstante, *a priori*, a figura da *subvenção* ser tomada realmente como instituto próprio de Direito Financeiro e não tributário, o que nem por isso a desonera de certas restrições, dentre as quais a necessária previsão orçamentária, ressaltamos que a análise concreta dos incentivos concedidos sob a forma de *subvenção* pode inferir se tratar de benefícios de natureza tributária.” CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 63.

¹²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 57.

consumidores), nas quais, no lugar de uma contrapartida econômica, surge a obrigação pelo beneficiário da subvenção de adotar determinado comportamento ou conduta, em atendimento ao interesse público¹²¹. A partir desse conceito, Schoueri reconhece as normas tributárias indutoras – em especial, os incentivos fiscais – como espécie do gênero *subvenções*, cuja disciplina jurídica fica à cargo do Direito Financeiro¹²².

Cabe o registro de que, no Brasil, as subvenções estão contempladas na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (também conhecida como “Lei de Direito Financeiro”), na qual, em seu art. 12, § 3º, conceitua as subvenções como sendo transferências dirigidas a cobrir despesas de determinadas entidades, públicas ou privadas, separando-as em subvenções de caráter social (destinadas instituições públicas ou privadas de natureza cultura ou assistencial, sem fins lucrativos) e subvenções de natureza econômica (voltadas para empresas públicas ou privadas que exercem atividade industrial, comercial, ou agropecuária).

O *crédito presumido* (também denominado como *crédito outorgado*¹²³) configura-se como uma forma de concessão de incentivos fiscais na qual é conferida ao contribuinte a possibilidade de abater do valor do tributo devido determinadas quantias ou percentuais (créditos), de maneira similar à redução da base de cálculo dos tributos¹²⁴. Com isso, reduz-se o montante do tributo que será pago com o aproveitamento do crédito previamente definido. O termo “crédito” é empregado em uma acepção imprópria, já que o crédito presumido não gera um direito de crédito do contribuinte contra a Fazenda, mas apenas a redução do valor do tributo a ser pago. Segundo Marcos André Vinhas Catão, o crédito presumido representaria, em essência, uma técnica legislativa de cálculo do tributo, por vezes confundindo-se com um subsídio, uma subvenção ou redução da base de cálculo¹²⁵. A sistemática de concessão de crédito presumido é bastante adotada no Brasil nos tributos sobre o consumo, a exemplo do IPI, das contribuições para o PIS/PASEP, da COFINS e do ICMS.

¹²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 57.

¹²² “A inclusão dos incentivos fiscais entre as formas de subvenção assume maior relevo quando se analisam suas conseqüências do ponto de vista do Direito Financeiro. Assim é que nos Estados Unidos, reconhecida tal natureza jurídica, tornou-se mandatória a identificação das normas tributárias indutoras, que, enquanto subvenções, deveriam ter seus efeitos identificados no orçamento, passando-se a publicar, desde 1968, o *Tax Expenditure Budget*.” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 58.

¹²³ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 254.

¹²⁴ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 250.

¹²⁵ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 71.

Os créditos presumidos também são adotados no âmbito da tributação internacional, principalmente em acordos para evitar a bitributação sobre a renda, através das cláusulas de *tax sparing e matching credit*. Países em desenvolvimento, que buscam atrair capital para seu território, costumam conceder incentivos fiscais, diminuindo ou eliminando a tributação sobre a renda dos investidores estrangeiros. No entanto, muitas vezes, essa redução ou extinção da tributação sobre a renda do investimento realizado não opera no lado do país em que o investidor reside, permanecendo como contribuinte do tributo sobre a renda, situação que reduz ou anula os efeitos do incentivo fiscal concedido¹²⁶. Nesse sentido, através da cláusula de *tax sparing* (que deverá ser prevista em eventual acordo de bitributação celebrado entre países desenvolvidos e em desenvolvimento) há uma concessão de crédito fictício, permitindo que o investidor goze de um crédito fiscal no Estado de residência (a ser abatido do montante pago a título tributo sobre a renda), crédito esse que teria o mesmo valor do tributo a ser pago no Estado da fonte; no entanto, o Estado da fonte, em razão da concessão do incentivo fiscal, não irá tributar os rendimentos auferidos pelo investidor, reduzindo-se a carga tributária total¹²⁷. Por meio do *matching credit*, o Estado da fonte estabelece um limite para a tributação dos rendimentos do investidor; por outro lado, o Estado de residência, mediante a concessão de um crédito presumido, considera que o investidor realizou um pagamento no Estado da fonte superior ao limite estabelecido por este, de maneira a reduzir o valor total dos tributos a serem pagos¹²⁸. Através das cláusulas de *tax sparing e matching credit* pretende-se fomentar a atração de investimentos em países com economias emergentes, que não possuem um mercado financeiro plenamente desenvolvido.

Os *subsídios* representam qualquer auxílio governamental, seja ele de caráter financeiro, fiscal, comercial ou cambial, destinado à fomentar a produção industrial e as exportações do país¹²⁹. Dessa forma, os subsídios poderão adotar um viés de incentivo fiscal, desde que

¹²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordo de bitributação e incentivos fiscais: o papel das cláusulas de *tax sparing e matching credit*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 253-257.

¹²⁷ SILVA, Mauro José. *Da competição à cooperação tributária internacional: aspectos jurídicos da promoção do desenvolvimento num cenário internacionalizado*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 64-65.

¹²⁸ “De regra, concede-se ao investidor crédito, em seu país de residência, equivalente ao imposto a que normalmente se sujeitam os investimentos do Estado da fonte, enquanto, simultaneamente, este é reduzido.” SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordo de bitributação e incentivos fiscais: o papel das cláusulas de *tax sparing e matching credit*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 261.

¹²⁹ PIRES, Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão dos incentivos fiscais no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 22.

relacionados à prática de desoneração tributária em favor de determinado agente econômico, como forma de promover atividades produtivas consideradas relevantes do ponto de vista estatal. Em sua acepção clássica, possuem relação com as medidas de caráter protecionista, cujo principal escopo eram proteger e estimular a indústria nacional.

No âmbito internacional, os subsídios eram disciplinados, originalmente pelo *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*, celebrado no ano de 1947, que estipulava regras quanto à concessão de subsídios pelos países signatários. Posteriormente, com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), no ano de 1995, que sucedeu o *GATT*¹³⁰, a regulação do comércio internacional (incluindo a concessão de subsídios) passou a ser realizada pela referida organização internacional. Atualmente, é o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), celebrado no âmbito da OMC, que disciplina a prática de concessão de subsídios entre seus países membros¹³¹, inclusive discriminando as hipóteses de concessão de subsídios específicos, vedada pela organização internacional¹³².

As *isenções*, por seu turno, representam uma das formas mais comuns de incentivos fiscais adotadas no Brasil. Disciplinadas nos arts. 176 a 179 do Código Tributário Nacional (CTN), as *isenções* configuram-se como uma desoneração tributária derivada de lei específica, que confere ao contribuinte a possibilidade de reduzir ou eliminar o montante de tributo potencialmente devido. Em razão do estrito regime de competência tributária estabelecido na Constituição Federal de 1988, em regra, somente o ente federativo que detém competência para a instituição de determinado tributo poderá conceder isenção deste mesmo tributo, mediante lei específica¹³³.

Persevera no Brasil discussão doutrinária quanto à natureza jurídica das isenções, se representam dispensa legal do pagamento de tributo devido (cuja origem remonta aos trabalhos de Rubens Gomes de Souza, conforme aponta Elcio Henriques Fiori¹³⁴) ou configuram-se como hipótese de não incidência tributária, em razão da ausência da obrigação de pagar tributo,

¹³⁰ ELALI, André de Souza Dantas. *Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 206.

¹³¹ ELALI, André de Souza Dantas. *Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 207.

¹³² “A conceituação de ‘subsídios específicos’, que é, como visto, proibido e acionável, de acordo com ASMC da OMC, inclui duas características: i) ser uma contribuição financeira, na forma de dinheiro ou de fornecimento de algum benefício econômico; ii) que beneficie o destinatário de forma diferente dos demais concorrentes do mercado. E o benefício, em verdade, ocorre quando um agente econômico assume certa posição financeira que não alcançaria sem o auxílio representado pelo subsídio.” ELALI, André de Souza Dantas. *Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 209.

¹³³ BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 30-31.

¹³⁴ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 208.

conforme defendido por José Souto Maior Borges¹³⁵. Não obstante sua importância para a dogmática do Direito Tributário brasileiro, para nosso estudo interessa-nos as características eficaciais/práticas das normas tributárias isentivas, quais sejam, desonerar o contribuinte do pagamento de tributo potencialmente devido e, com isso, reduzir a sua carga tributária.

Nesse ponto, torna-se necessário analisar alguns critérios de distinção das isenções, conforme previstos na legislação tributária brasileira. Isso porque nem toda isenção configura-se como hipótese de tributação com finalidade indutora. Isenção que exonera o contribuinte do pagamento do imposto de renda em razão de ser portador moléstia considerada grave, nos termos da legislação tributária, não obstante possuir importante função social, não possui o condão de regular condutas/direcionar o comportamento dos agentes econômicos, afastando-se do conceito de norma tributária indutora, conforme já apresentado. Por outro lado, isenções que eliminam ou reduzem o pagamento de tributo, com finalidade de estimular determinada atividade econômica ou atrair investimentos para o país, representam hipóteses de norma tributária indutora¹³⁶.

Uma outra particularidade das isenções que nos interessa corresponde à distinção entre isenções gratuitas e onerosas. O CTN prevê, em seu art. 179, que as isenções, quando não concedidas em caráter geral, dependerão, para sua concessão, de despacho da autoridade administrativa competente, mediante prévio requerimento do contribuinte interessado, que deverá comprovar o preenchimento dos requisitos legais ou contratuais necessários a obtenção da isenção¹³⁷. Em resumo: diferentemente das isenções gratuitas, nas isenções onerosas é exigida uma contraprestação do contribuinte para que possa se beneficiar do incentivo fiscal, contraprestação esta que deverá estar prevista em lei ou em contrato a ser celebrado com o poder público. Exemplos de isenções onerosas são os incentivos fiscais concedidos pelas

¹³⁵ Como afirmado pelo autor em sua obra clássica: “Por esses motivos, entendemos, contra a quase unanimidade da doutrina nacional, que inexistente obrigação tributária principal nos casos de isenção. [...] O efeito principal e a finalidade última da isenção é o de impedir o nascimento do débito tributário e pois necessariamente da obrigação respectiva.” BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 191.

¹³⁶ Esse entendimento também é sustentado por Karoline Marchiori de Assis, ao comparar as isenções com os benefícios fiscais: “[...] ainda que se possa vislumbrar uma intersecção entre os campos materiais das isenções e dos benefícios fiscais, está-se falando de conceitos distintos. Os elementos ‘finalidade extrafiscal’ e a ‘concessão de vantagem’ – que, na forma demonstrada, são essenciais para a caracterização dos benefícios fiscais – não necessariamente integram uma norma veiculadora de isenção. Ou seja, tais elementos não são necessários para a configuração de uma isenção, conforme já apontado acima. Não obstante, não se vislumbra nenhum empecilho pra que uma norma veiculadora de isenção seja dotada de finalidade extrafiscal e conceda vantagem da forma como se discorreu acima. Logo, é possível que benefícios fiscais sejam concedidos na forma de isenção; mas, por outro lado, também é possível que isenções não caracterizem benefícios fiscais.” ASSIS, Karoline Marchiori. *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 143-144.

¹³⁷ TILBERY, Henry. Base econômica e efeito das isenções. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1971. p. 36-39.

agências de desenvolvimento regional brasileiras, como a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM). Ambas as agências de desenvolvimento regulam a concessão de isenções de tributos como o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) mediante o preenchimento de determinados requisitos por parte da empresa que busca o incentivo fiscal.

Por vezes, a *isenção* confunde-se com as figuras da *não incidência* e da *alíquota zero*. Isso porque ambos os institutos operam no âmbito da relação obrigacional-tributária, impedindo que tal obrigação nasça e, com isso, exonerando o sujeito passivo do pagamento de tributo¹³⁸. Nesse sentido, entendemos que as figuras – isenção, não incidência e alíquota zero – são sinônimas, representando hipóteses impeditivas de incidência tributária (no caso da alíquota zero, o impedimento deriva de um critério quantitativo¹³⁹). Para efeitos práticos, os referidos institutos poderão representar formas de incentivos fiscais desde que atendam aos critérios já mencionados (ausência de fins arrecadatórios imediatos e função de estimular comportamentos através da concessão de vantagens fiscais).

Outra hipótese de incentivo fiscal que atua na receita pública é o *diferimento* no pagamento do tributo, o qual, como o termo sugere, corresponde à ampliação do prazo para recolhimento ou extinção do crédito tributário¹⁴⁰. O diferimento por vezes confunde-se com a isenção, principalmente nos casos em que a condição necessária para tornar exigível o crédito tributário não ocorre no plano fático¹⁴¹. A técnica do diferimento é bastante adotada com o objetivo de simplificar os mecanismos de arrecadação tributária, principalmente nos casos de

¹³⁸ Como afirma Paulo de Barros Carvalho: “Se o fato é isento, sobre ele não se opera a incidência e portanto, não há que falar em fato jurídico tributário, tampouco em obrigação tributária. E se a isenção se der pelo conseqüente, a ocorrência fática encontrar-se-á inibida juridicamente, já que sua eficácia não poderá irradiar-se.” CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 599.

¹³⁹ Esse não é o entendimento perfilado por Sacha Calmon Navarro Coêlho, para quem a alíquota zero é instituto distinto da isenção e da não incidência, representando, no primeiro caso, uma situação na qual há fato gerador da obrigação principal (incidência, portanto), no entanto não há tributação, em razão da alíquota zero (cf. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 228-229). No mesmo sentido, Ricardo Lobo Tórres, que assim afirma: “A isenção [...] é uma autolimitação do poder tributário e opera pela suspensão da eficácia da norma de incidência. Na alíquota zero a norma de incidência permanece íntegra e há apenas suspensão de um dos seus elementos quantitativos. O fato gerador, que se compõe de vários elementos (objeto, sujeito, alíquota, base de cálculo) sofre a nulificação de um desses elementos, a alíquota, que desce para zero.” TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 313.

¹⁴⁰ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 83.

¹⁴¹ Nesse sentido, pontua Adilson Rodrigues Pires: “Aperfeiçoa-se o diferimento mediante a realização de um evento futuro, para o qual devam concorrer os fatos jurídicos necessários ao seu enquadramento. Não se verificando as condições exigidas, o crédito tributário, ainda assim, não pode ser exigido, por consistir, de fato, numa pura isenção.” PIRES, Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão dos incentivos fiscais no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 23.

tributos não cumulativos¹⁴². Como destacar Elcio Henriques Fiori, em tributos sobre o consumo sujeito ao regime não-cumulativo (a exemplo do ICMS) por vezes adota-se o diferimento como técnica de arrecadação, na qual o tributo não é pago pelo produtor, mas pelos adquirentes das mercadorias¹⁴³.

A *remissão* e a *anistia* representam hipóteses de extinção e de exclusão do crédito tributário, respectivamente, estando disciplinadas nos art. 172 (*remissão*) e 180 a 182 (*anistia*) do CTN. Ambas se configuram como situações nas quais há perdão do débito tributário previamente constituído. No caso da *remissão*, o ente político, mediante ato unilateral, extingue crédito tributário devido pelo sujeito passivo, exonerando-o do pagamento. Conforme leitura do art. 172 e incisos, do CTN, os motivos que justificam a concessão da *remissão* vão desde a situação econômica do sujeito passivo, o reduzido valor do crédito tributário exigido, ou às condições específicas de determinada região do território do ente político tributante (normalmente por motivos de caráter socioeconômico). Já na *anistia*, o perdão do ente político será relativo às multas decorrentes de infrações tributárias, podendo ser concedida em caráter geral (abrangendo a todos que se encontrem em determinada situação, sem impor qualquer condição) ou limitada (limitando o quantitativo do débito tributário passível de ser anistiado, ou a região do território do ente político que será beneficiada com a *anistia*), conforme previsão contida no art. 181 do CTN. Em sendo concedida em caráter limitado, haverá a necessidade de despacho da autoridade administrativa concedendo a *anistia*, desde que o contribuinte interessado comprove o preenchimento dos requisitos legais para sua concessão, nos termos do art. 182 do CTN. Ambas as hipóteses de perdão de débito tributário somente poderão ser concedidas mediante lei específica autorizadora, editada pelo ente federativo que detém competência para a instituição do tributo remido ou anistiado.

Nem toda norma tributária que concede *remissão* ou *anistia* possuirá características de incentivo fiscal. Nesse sentido, é necessário perquirir, a partir da função da norma tributária, se a *remissão* e a *anistia* possuem como finalidade induzir determinados comportamentos dos indivíduos, ou se possuem apenas o objetivo de abdicar de receita tributária já constituída.

¹⁴² COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 254.

¹⁴³ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 257. Com base nas lições de Sacha Calmon Navarro Coelho, Elcio Fiori pontua que “[...] o efeito financeiro do diferimento nesses tributos é tão somente a postergação do pagamento da obrigação pecuniária, tendo em vista que a etapa seguinte da cadeia produtiva recolherá o tributo em seu valor integral, pois não existirá crédito do tributo cobrado na etapa anterior.” FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 258.

Prática recorrente no sistema tributário brasileiro, principalmente a partir da década de 1990, é a instituição programas de parcelamento tributário especial vinculados à anistia de multas decorrentes de infrações tributárias eventualmente devidas pelo contribuinte. O parcelamento tributário representa hipótese de suspensão do crédito tributário, previsto no art. 155-A do CTN, conferido ao contribuinte a possibilidade de realizar o pagamento dos seus débitos tributários de forma parcelada, desde que atendido determinados requisitos legais. No âmbito federal, a partir da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, que instituiu o primeiro programa de parcelamento tributário especial, denominado “Programa de Recuperação Fiscal” (REFIS), para além de conferir ao contribuinte a possibilidade de pagar, de forma parcelada, os tributos devidos, há também a previsão de concessão de anistia, reduzindo ou eliminando multas de ofício e de mora, desde que atendidas determinadas condições. Está-se aqui diante de clara norma tributária indutora, sob a rubrica de incentivo fiscal¹⁴⁴. Não obstante o objetivo de também arrecadar tributos já constituídos, através do REFIS o Fisco renuncia de parte do crédito tributário (através da anistia), estimulando os contribuintes devedores a retornarem à condição de adimplentes, mediante a adesão ao programa de parcelamento tributário especial.

Examinemos agora a figura das *imunidades* enquanto norma tributária indutora com característica de incentivo fiscal. Há uma ampla corrente teórica no Brasil que discute a natureza jurídica das imunidades¹⁴⁵. Adotaremos aqui acepção de que as imunidades tributárias configuram-se como normas tributárias de matriz constitucional que suprimem ou limitam a competência dos entes políticos de instituir tributos.

A Constituição Brasileira de 1988 possui diversas normas constitucionais prevendo imunidades tributárias, com destaque para as imunidades discriminadas no art. 150, inciso VI e alíneas. As imunidades previstas no referido dispositivo constitucional podem ser resumidas na vedação imposta aos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, das

¹⁴⁴ Esse também é o entendimento de Marcos André Vinhas Catão, que assim afirma: “Embora não envolva propriamente uma desoneração da carga tributária, ou a renúncia da potestade tributária principal, o REFIS envolve um complexo de normas que podem conjuntamente se caracterizar como um mero incentivo fiscal. Engloba ao mesmo tempo anistias fiscais (redução ou eliminação das multas de ofício e de mora), e moratórias ou diferimentos (alongamento do prazo de pagamento de dívidas fiscais em atraso), sob a condição de quitação integral dos débitos e transação sob compromisso com o sujeito passivo.” CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 53.

¹⁴⁵ Paulo de Barros Carvalho examina as diferentes correntes teóricas que discutem a natureza jurídica das imunidades tributárias. Sobre o tema, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 335-371.

autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Das imunidades acima listadas, entendemos que diversas delas representam hipóteses de normas tributárias indutoras que concedem vantagens (incentivos fiscais). A imunidade conferida aos templos religiosos representa uma forma de fomentar a difusão da atividade religiosa no território nacional, desonerando igrejas e templos da carga tributária eventualmente incidente a título de impostos¹⁴⁶. Por outro lado, a imunidade tributária das entidades educacionais e assistenciais sem fins lucrativos configuram-se também como importante incentivo ao fomento à constituição dessas entidades¹⁴⁷, representando instrumento de correção das falhas de mercado relacionadas às externalidades positivas e aos bens públicos¹⁴⁸. A imunidade aos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, ao afastar a incidência de qualquer imposto sobre tais produtos, fomenta (em tese) os referidos setores produtivos¹⁴⁹ e incentiva a difusão de informação, educação e cultura. Por fim, a imunidade tributária conferida à indústria musical nacional – recentemente incluída pela Emenda Constitucional nº 75, de 15 de outubro de 2013, também se configura como norma tributária indutora (incentivo fiscal), estimulando a produção musical brasileira através de redução da carga tributária.

A Constituição Federal de 1988 também prevê uma série de imunidades tributárias relacionadas à atividade de exportação, tanto relacionadas à impostos (art. 153, § 3º, inciso III; art. 155, § 2º, inciso X, alínea *a*; e art. 156, § 3º, inciso II) quanto à contribuições (art. 149, §

¹⁴⁶ Discordamos, aqui, da posição de Luís Eduardo Schoueri, que não atribui o caráter indutor à imunidade atribuída aos templos de qualquer culto, pelo motivo da referida imunidade não operar no âmbito do domínio econômico (cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 315-316). Conforme já destacando anteriormente (cf. item 2.1.2.), a nossa concepção de normas tributárias indutoras engloba não apenas as normas tributárias que tem como objetivo imediato atuar no domínio econômico, mas qualquer norma tributária que não possua como finalidade imediata arrecadar, mas sim regular/modificar o comportamento dos agentes econômicos.

¹⁴⁷ Novamente, afastamo-nos da posição de Schoueri, que também restringe (salvo casos pontuais) o alcance do conceito de normas tributárias indutoras às imunidades concedidas às entidades assistenciais e educacionais sem fins lucrativos, posto que, em regra, não atuam no domínio econômico. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 316-319.

¹⁴⁸ O assunto será aprofundado no Capítulo 3, item 3.1.3 e 3.1.4.

¹⁴⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 319.

2º, inciso I), representando nítido exemplo de incentivos fiscais, posto que desoneram o setor de exportações, estimulando seu desenvolvimento¹⁵⁰.

Duas outras técnicas de tributação que podem configurar-se como incentivos fiscais são a *redução da base de cálculo* e a *redução da alíquota* de tributos. Aqui os incentivos repercutem no aspecto quantitativo da relação jurídico-tributária. A base de cálculo, desdobramento da hipótese de incidência, representa a quantificação do fato jurídico tributário¹⁵¹, variando em cada tributo. A alíquota, por sua vez, é normalmente expressa em um percentual que incide sobre a base de cálculo, permitindo calcular o valor do tributo devido¹⁵²⁻¹⁵³. Dessa forma, é possível que o ente político que detém competência para a instituição do tributo reduza a sua base de cálculo ou a alíquota, diminuindo a arrecadação e concedendo vantagem fiscal ao contribuinte, no intuito de direcionar comportamentos.

Importante distinção deve ser feita com relação à técnica tributária de dedução da base de cálculo, que não se confunde com a redução da base de cálculo. A dedução da base de cálculo é técnica bastante comum na tributação sobre a renda, permitindo determinar qual a renda tributável. A partir de da identificação da renda bruta, aplicam-se determinadas deduções (por exemplo, gastos do contribuinte com saúde ou educação, no caso do imposto de renda), de maneira a definir os rendimentos líquidos que serão tributados. Nesse sentido, as deduções da base de cálculo, por via de regra, não representam incentivos fiscais, ao menos de forma imediata, já que compõe a própria natureza dos tributos sobre a renda, não tendo como escopo direcionar comportamentos dos contribuintes¹⁵⁴.

¹⁵⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 319.

¹⁵¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 455.

¹⁵² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 455.

¹⁵³ Como destaca Luís Eduardo Schoueri, nem sempre a base de cálculo é expressa em termos financeiros e a alíquota será apresentada em um percentual: “Há tributos em que a alíquota é fixa, já expressa em moeda, quando a base de cálculo passará a ser uma quantificação de determinadas situações. Por exemplo: se a taxa para a autenticação de assinaturas é de R\$ 5,00 por assinatura, bastará quantificar o número de assinaturas reconhecidas, para se chegar ao montante do tributo devido. Neste caso, a alíquota (fixa) é R\$ 5,00 e a base de cálculo é o número de assinaturas aposta no documento.” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 455.

¹⁵⁴ Marcos Nóbrega, em reflexão análoga, mas partindo do conceito de gasto tributário, assim expõe: “É sabido que a Constituição Federal, no § 1º do artigo 145, determina que os impostos, sempre que possível, deverão levar em consideração a capacidade contributiva do indivíduo. No caso do IR, uma das formas de aferir a capacidade contributiva é através da técnica das deduções. É óbvio que um contribuinte que tem elevadas despesas médicas ou mesmo altos gastos com educação possui menor capacidade para pagar tributo do que o outro. Dessa forma, as deduções do imposto de renda fazem parte da estrutura básica do imposto e servem como indicadores de capacidade contributiva do indivíduo. Tal mecanismo, repetimos, faz parte da ‘gênese’; da ‘estrutura’ do imposto de renda e portanto não podem ser considerados como gastos tributários.” NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do art. 14 da LRF*. CEPAL. p. 27. Disponível em: www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/marcosnobrega1.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

Os bens de produção de uma empresa, que compõem seu ativo imobilizado, sofrem depreciação no decorrer do tempo, depreciação essa que estará registrada também contabilmente, já que irá influenciar no resultado do exercício financeiro da empresa, classificando-se como despesa. Eventualmente, a depender da lucratividade da empresa, os efeitos da depreciação dos bens de produção irão refletir numa maior ou menor tributação sobre a renda. Em determinados casos, é conferido à empresa contribuinte a possibilidade de adotar uma sistemática de depreciação fictícia, também denominada de *depreciação acelerada*, trazendo-lhe vantagens do ponto de vista fiscal.

A *depreciação acelerada*, técnica de tributação bastante comum no âmbito dos tributos corporativos (como o IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL), também pode representar hipótese de incentivo fiscal. A depreciação acelerada permite que o contribuinte reduza o prazo de amortização comum aplicável para determinados investimentos (equipamentos, máquinas, bens de produção), resultando no aumento artificial das despesas da empresa no início do período depreciativo. Com isso, reduz-se o valor amortizável no final da depreciação, conferindo ao contribuinte a redução ou diferimento do pagamento de tributos que incidem sobre o lucro¹⁵⁵⁻¹⁵⁶. Através da depreciação acelerada busca-se incentivar a renovação, a modernização ou implantação de equipamentos e bens de produção nas diferentes atividades econômicas desenvolvidas pelas empresas.

Os *regimes especiais de tributação* não se configuram, *per se*, como uma espécie autônoma de incentivo fiscal, mas reúnem diversas normas que concedem benefícios fiscais, tais como as isenções, o diferimento no pagamento, a suspensão de tributos com posterior conversão em alíquota zero, dentre outras. No Brasil, os regimes especiais de tributação são

¹⁵⁵ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário* – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 262.

¹⁵⁶ Sobre a *accelerated depreciation* (“depreciação acelerada”), afirmam Alex Easson e Eric M. Zolt: “*The term ‘accelerated depreciation’ generally refers to any depreciation scheme that provides for writing off the cost of an asset, for tax purposes, at a rate faster than the true economic depreciation. Many countries use some type of ‘declining balance’ method of depreciation or other type of accelerated depreciation as part of their benchmark tax system. For those countries, however, that do not generally provide accelerated depreciation, a tax incentive can provide for deducting the cost of acquisition more quickly than would be allowed under the normal ‘benchmark’ depreciation schedules.*” Em tradução livre: “O termo ‘depreciação acelerada’ geralmente se refere a qualquer esquema de depreciação que prevê a amortização do custo de um ativo, para efeitos fiscais, a uma taxa mais rápida do que a verdadeira depreciação econômica. Muitos países usam algum tipo de método de ‘balanço de declínio’ na depreciação ou outro tipo de depreciação acelerada como parte de seus sistemas tributários padrões [*benchmark*]. Para aqueles países, no entanto, que geralmente não oferecem depreciação acelerada, um incentivo fiscal pode prever a dedução de custos de aquisição mais rápido do que seria permitido sob programas de depreciação de *benchmark* normais.” EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 19. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

amplamente adotados como incentivos fiscais, conferido um tratamento tributário diferenciado em favor de determinados contribuintes ou setores econômicos.

Exemplo de regime tributário especial é o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, favorecendo as denominadas “microempresas” e “empresas de pequeno porte”¹⁵⁷. Dentre os benefícios do Simples Nacional, é conferida às empresas optantes a possibilidade de recolher, em um único documento de arrecadação, uma diversos tributos (IRPJ, CSSL, PIS/PASEP, COFINS, dentre outros), aplicando-se uma única alíquota, a ser determinada com base na receita bruta da empresa. Dessa forma, há tanto uma simplificação no procedimento de arrecadação dos tributos, quanto redução dos valores devidos pelas empresas, configurando-se como nítido exemplo de incentivo fiscal voltado a fomentar a atividade empresarial nacional¹⁵⁸.

Assim como no caso dos regimes especiais de tributação, as denominadas *zonas econômicas especiais* ou *zonas francas* não representam hipótese de incentivo fiscal específico, agrupando diversos outros incentivos fiscais (normalmente voltado para tributos aduaneiros) em um determinado setor ou região, de maneira a fomentar a produção industrial, comercial e de exportações. Alex Easson e Eric M. Zolt mencionam que no âmbito internacional são

¹⁵⁷ Atualmente, conforme disposição contida no art. 3º, incisos I e II, da Lei Complementar nº 123/2006, são consideradas microempresas àquelas que auferiram, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00; já as empresas de pequeno porte deverão auferir, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e seiscentos mil reais).

¹⁵⁸ Outros exemplos de regimes especiais de tributação que merecem referência são: o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura (REIDI), instituído pela Lei nº 11.488, de 15 de janeiro de 2007, que concede desoneração tributária na implantação de projetos de infraestrutura (transportes, portos, energia, saneamento básico e irrigação) mediante a suspensão e posterior conversão em alíquota zero do PIS/PASEP e da COFINS sobre as receitas decorrentes das aquisições de bens e serviços, quando destinados à utilização ou incorporação em obras de infraestrutura; o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação (REPES), instituído pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, beneficiando empresas exportadoras de *softwares* e serviços de tecnologia da informação, através da suspensão de tributos do PIS/PASEP, da COFINS e do IPI incidentes sobre a receita bruta auferida na venda ou importação de bens ou prestação de serviços, suspensão que poderá ser convertida em alíquota zero ou isenção; o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras (RECAP), também instituído pela Lei nº 11.196/2005, voltado para incentivar empresas cuja atividade econômica principal é a exportação, suspendendo a exigibilidade do PIS/PASEP e da COFINS nas importações ou aquisições, no mercado interno, de máquinas, aparelhos, instrumentos e equipamentos novos, podendo haver a conversão da suspensão em alíquota zero; o Regime Aduaneiro Especial de Exportação e de Importação de Bens destinados às Atividades de Pesquisa e de Lavra das Jazidas de Petróleo e de Gás Natural (REPETRO), atualmente regulamentado pelo Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, conferindo tratamento tributário especial às empresas petrolíferas que realizam operações de importação e exportação de bens destinados às atividades de pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás natural, mediante a adoção dos regimes de o *drawback*, a admissão temporária e a exportação ficta; e o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária (REPORTO), instituído pela Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, beneficiando empresas na aquisição, no mercado interno, ou importação de máquinas, equipamentos, peças de reposição e outros bens destinados ao desenvolvimento do setor portuário, com suspensão de tributos (IPI, PIS/PASEP, COFINS, Imposto de Importação), e posterior conversão e isenção ou alíquota zero.

encontradas duas modalidades de zonas especiais, cujo objetivo é a atração de investimentos: as *duty-free zones* (em tradução livre: “zonas livres de tributos”), que concedem isenções de tributos aduaneiros e tributos sobre o valor agregado; e as *special economic zones* (em tradução livre: “zonas econômicas especiais”), que conferem incentivos fiscais à empresas e investidores que se instalarem em uma região determinada do país¹⁵⁹. No entanto, os autores destacam que há uma dificuldade prática em distinguir ambas as hipóteses de zonas especiais, posto que muitas vezes os incentivos fiscais concedidos confundem-se¹⁶⁰.

O Brasil adota uma zona econômica especial desde a década de 1960. Trata-se da Zona Franca de Manaus, atualmente administrada pela Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA). Criada originalmente pelo Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, a Zona Franca de Manaus teve como objetivo criar um polo industrial, comercial e agropecuário na Amazônia Ocidental, promovendo o desenvolvimento econômico na região. Dentre os incentivos fiscais previstos para as indústrias localizadas na Zona Franca de Manaus, destacam-se: redução ou isenção do Imposto de Importação (II) e do IPI sobre os insumos destinados à industrialização; isenção da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS nas operações internas na Zona Franca de Manaus; isenção do Imposto de Exportação (IE) para mercadorias produzidas na Zona Franca destinadas ao exterior, dentre outros.

A literatura tributária internacional menciona também a existência das *tax holidays* como espécies de incentivos fiscais usualmente adotados em países em desenvolvimento¹⁶¹. As *tax holidays* (em tradução livre: “férias tributárias”) não representam um incentivo fiscal específico, mas um conjunto de medidas tributárias indutoras destinadas à reduzir a carga tributária das empresas para determinados tributos corporativos (mediante isenções ou redução de alíquotas, por exemplo), podendo ser concedidas por um longo período de tempo¹⁶². As *tax*

¹⁵⁹ EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 23. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁶⁰ “*In practice, the distinction between the two types of zones is not always so clear. Investors in duty-free zones often receive other tax privileges (especially in export processing zones) and special economic zones sometimes enjoy customs privileges.*” Em tradução livre: Na prática, a distinção entre os dois tipos de zonas não é sempre clara. Investidores em zonas livres de tributos frequentemente recebem outros privilégios tributários (especialmente em zonas de processamento de exportação) e zonas econômicas especiais ocasionalmente gozam de privilégios aduaneiros.” EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 23. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁶¹ EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 23. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁶² Como destacam Alex Easson e Eric M. Zolt: “*A tax holiday may take the form of a complete exemption from profits tax (and sometimes from other taxes as well), of a reduced rate of tax, or of a combination of the two (e.g., 2 years exemption, plus a further 3 year at half-rate). The exemption or reduction is granted for a limited duration.*” Em tradução livre: “Férias tributárias podem assumir a forma de uma completa isenção de imposto sobre lucros (e ocasionalmente de outros tributos também), de uma alíquota reduzida, ou de uma combinação de ambos (e.g.: 2 anos de isenção, mais 3 anos de metade da alíquota). A isenção ou redução é concedida por uma

holidays costumam ser empregados na captação de investimento estrangeiro para países com economias emergentes¹⁶³, permitindo a atração de novas empresas, que serão beneficiadas com as desonerações fiscais¹⁶⁴. No Brasil – inclusive por já possuir uma ampla política de concessão de incentivos fiscais – as *tax holidays* não representam incentivo fiscal recorrente, havendo preferência por outras formas de atração de investimento via indução tributária, a exemplo dos regimes tributários especiais e das zonas francas.

Por fim, cabe um último registro sobre os incentivos fiscais adotados na Europa, comumente denominados como *State Aid* ou *auxílios de Estado*. Como afirma António Carlos dos Santos, há uma dificuldade prática em delimitar o conceito de auxílios de Estado, posto que numa mesma espécie inserem-se diferentes institutos de caráter financeiro, fiscal e tributário, sendo conceito bastante amplo¹⁶⁵. Quando criados sob o viés tributário, os auxílios de Estado assemelham-se aos incentivos fiscais. Nesse sentido, e conforme conceituação proposta por António Carlos dos Santos, os auxílios de Estado representam uma vantagem econômica atribuída pelo Estado em favor de determinada empresa ou atividade produtiva, vantagem esta que não teria recebido caso mantivesse-se o ambiente normal de concorrência no mercado¹⁶⁶.

duração limitada.” EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 19. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁶³ UNITED NATIONS. *Tax Incentives and Foreign Direct Investment: a Global Survey*. New York and Geneva: 2000. p. 19. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteipcmisc3_en.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁶⁴ No trabalho elaborado na *United Nations Conference on Trade and Development* sobre incentivos fiscais destinados à investimentos estrangeiros diretos, a organização internacional destaca outros benefícios das *tax holidays*, como a redução dos custos de conformidade das empresas beneficiadas com as *tax holidays*: “*Tax holidays are viewed as a simple incentive with a relatively low compliance burden (e.g. no need to calculate income tax over the holiday period). This aspect tends to make this form of incentive attractive, particularly in countries that are just establishing a corporate tax system. Provisions may impose certain tax-related obligations (e.g. withholding personal tax from wages or filing income tax returns). For long-term investment projects, investors will often be required to keep records of capital expenditures and other items before and during the holiday period in order to be able to comply with the tax system following the tax holiday.*” Em tradução livre: “Férias tributárias são consideradas como simples incentivos com custos de conformidade relativamente baixos (e.g. não há necessidade de calcular imposto de renda sobre o período de férias). Esse aspecto tende a tornar atrativa essa forma de incentivo, particularmente em países que estão precisamente estabelecendo um sistema de tributação de empresas. Disposições legais devem impor certas obrigações tributárias acessórias (e.g. retenção de tributos sobre salários na fonte e apresentação de declarações de imposto de renda). Para projetos de investimento a longo prazo, investidores frequentemente serão obrigados a manter registro de despesas de capital e de outros itens, antes e durante o período de férias, para que seja possível estar de acordo com o sistema tributário após as férias tributárias.” UNITED NATIONS. *Tax Incentives and Foreign Direct Investment: a Global Survey*. New York and Geneva: 2000. p. 20. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteipcmisc3_en.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁶⁵ SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 170-171.

¹⁶⁶ SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 175. Em sentido análogo, manifesta-se André Elali sobre o conceito de *State Aid*: “Constitui *State Aid*, pois: i) uma intervenção pública que atribui vantagem financeira anormal ‘(critério do investidor privado que age em economia de mercado), de qualquer forma (subsídio, isenção fiscal, empréstimos com condições não conformes ao mercado etc.)’; ii) concedido por uma autoridade pública ‘por meio de recursos públicos’; iii) ‘em favor de uma ou de várias empresas (caráter seletivo da medida)’; e iv) que ‘afeta a concorrência e os intercâmbios entre os Estados-Membros’”. ELALI, André de Souza Dantas. *Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 227.

Atualmente, no âmbito da União Europeia, e como forma de reduzir a concorrência fiscal entre seus países membros¹⁶⁷, o Tratado da União Europeia, em seu art. 107 (anteriormente, art. 87), item 1, veda a concessão de determinados auxílios de Estado, considerados como àqueles que interferem nas relações de trocas entre os Estados que compõe a União Europeia, concedidos por um determinado Estado (ou por meio de recursos públicos), independentemente da forma que assumam (subsídios financeiros, isenções fiscais, empréstimos públicos etc.), de maneira a afetar ou prejudicar o ambiente concorrencial, favorecendo determinadas empresas ou atividades produtivas. Nesse sentido, o Tratado da União Europeia não discrimina quais as hipóteses de incentivos que podem configurar-se como *State Aid*, buscando apenas delimitar um conceito amplo que servirá de parâmetro de análise para eventuais casos concretos¹⁶⁸.

Por outro lado, no item 2, do art. 107, do Tratado da União Europeia, há uma lista de auxílios de Estado que poderão ser concedidos pelos Estados-Membros da União Europeia, a exemplo de: auxílios de natureza social conferidos à consumidores individuais; auxílios destinados à promoção do desenvolvimento econômico de regiões com baixa qualidade de vida ou com situação de desemprego ou subemprego; auxílios voltados à promoção da cultura e conservação do patrimônio, desde que não interfiram nas condições comerciais e concorrências da União Europeia em prejuízo aos seus Estados-Membros.

Conforme mencionado, os auxílios de Estado podem ser empregados através de instrumentos de natureza financeira (subvenções, empréstimos públicos, injeção de capital etc.), como também de natureza tributária (também denominados de *auxílios tributários*¹⁶⁹). Os auxílios tributários representam, portanto, formas de intervenção do Estado, mediante concessão de incentivos ou benefícios fiscais, com o escopo de fomentar determinadas

¹⁶⁷ ELALI, André de Souza Dantas. *Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 227.

¹⁶⁸ Essa questão é destacada por Mona Aldestam, em seu trabalho *EC State aid rules applied to taxes - An analysis of the selectivity criterion*, fazendo referência à anterior regra do art. 87, item 1, do Tratado da União Europeia: “It follows from the wording of Article 87(1) that the aid may be of any form whatsoever. [...] the concept of aid also includes indirect forms of aid. Consequently direct subsidies, tax exemptions, and exemptions from duties or parafiscal charges, preferential interest rates, guarantees of loans on especially favourable conditions, the provisions of land or buildings at no cost or on especially favourable terms, provision of goods or services under preferential conditions, indemnities against operating losses, or any other State aid measures with equivalent effects have been considered to be covered by the concept of aid.” Em tradução livre: “Depreende-se da redação do artigo 87(1) que o auxílio pode tomar qualquer forma. [...] o conceito também inclui formas indiretas de auxílio. Consequentemente, subsídios diretos, isenções fiscais, e isenções de deveres ou cobranças parafiscais, taxas de juros preferenciais, garantias de empréstimos sob condições especialmente favoráveis, provisão de terra ou prédios sem nenhum custo ou sob termos favoráveis, provisão de bens ou serviços sob condições preferenciais, indenizações contra perdas operacionais, ou qualquer outra medida de auxílio de Estado com efeitos equivalentes têm sido consideradas como abarcadas pelo conceito de auxílio.” ALDESTAM, Mona. *EC State aid rules applied to taxes - An analysis of the selectivity criterion*. Uppsala: Iustus Förlag, 2005. p. 52.

¹⁶⁹ SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 311-312.

atividades, regiões ou setores produtivos, em atendimento à objetivos de caráter econômico e social¹⁷⁰. Assim como no caso dos incentivos fiscais, os auxílios tributários podem ser revestir de diferentes formas, a depender da técnica tributária adotada¹⁷¹.

Relativamente ao nosso objeto de estudo, partimos da compreensão de que os auxílios de Estado de natureza tributária representam hipóteses de incentivos fiscais, inserindo-se no macroconceito de norma tributária indutora, desde que não possuam como finalidade imediata arrecadar, mas sim intervir no comportamento dos indivíduos e, por conseguinte, no ambiente socioeconômico. Conforme se extrai do próprio conceito de *State Aid* contido no art. 101, item 1, do Tratado da União Europeia, há por parte da organização internacional uma preocupação (e controle) na concessão de auxílios de Estado, sobretudo diante do fato de que eles podem implicar em efeitos diretos sobre a concorrência, efeitos estes que poderão prejudicar as estruturas de mercado. Essa preocupação não é gratuita, mas deriva dos efeitos prejudiciais (e, muitas vezes, não desejados) que um auxílio de Estado pode causar – seja de forma direta ou indireta – no sistema econômico.

¹⁷⁰ SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 311.

¹⁷¹ Sobre a possibilidade de *State Aids* de caráter tributário serem concedido sobre diferentes espécies, Wolfgang Schön assim destaca: “*It comes in various forms and guises: tax advantages can consist of fully fledged tax exemptions, reduced tax rates, tax holidays, investment allowances, investment credits, accelerated depreciation, tax-free reserves and so on.*” Em tradução livre: “Ele surge com várias formas e roupagens: vantagens tributárias podem consistir em isenções tributárias já estabelecidas, alíquotas reduzidas, férias tributárias, subsídios de investimento, créditos de investimento, depreciação acelerada, reservas livres de tributos e assim por diante.” SCHÖN, Wolfgang. State aid in the area of taxation. In: HANCHER, Leigh; OTTERVANGER, Tom; SLOT, Piet Jan. *EU State Aid*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012. p. 333.

3 FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA TRIBUTAÇÃO INDUTORA

*“It is however possible for the State, if it so chooses, to remove the divergence in any field by ‘extraordinary encouragements’ or ‘extraordinary restraints’ upon investments in that field. The most obvious forms which these encouragements or restraints may assume are, of course, those of bounties and taxes.”*¹⁷²

PIGOU, Arthur C. *The Economics of Welfare*. 4. ed. London: Macmillan, 1932. p. 192.

*“Taxation also has a regulatory component: It can be used to steer private sector activity in the directions desired by governments.”*¹⁷³

AVI-YONAH, Reuven. The Three Goals of Taxation. *Tax Law Review*, v. 60, n. 1, p. 1-28, 2006. p. 3.

No capítulo anterior, ao apresentarmos a função, o conceito e a classificação das *normas tributárias indutoras*, deixamos em aberto dois importantes questionamentos que serão desenvolvidos neste capítulo: induzir porquê e para quê?

A tributação indutora, conforme conceito já desenvolvido, possui como principais características a ausência de escopo arrecadatório (ao menos de forma imediata) e a função de direcionar as condutas dos agentes econômicos, mediante normas tributárias de estímulo ou desestímulo. Esse direcionamento de comportamentos buscado por meio de normas tributárias tem como finalidade alcançar objetivos e interesses do governo. A questão passa a ser definir quais são esses interesses e objetivos de natureza pública.

Quando na definição do conceito de extrafiscalidade, a literatura tributária já tentava identificar quais os objetivos a serem alcançados pela tributação indutora, a exemplo do atendimento de fins de natureza econômica, social e política; intervir sobre o sistema socioeconômico; estimular atividades econômicas, dentre outros¹⁷⁴. Essa concepção inicial dos fins da indução tributária permanece parcialmente correta e também se aplica à função das normas tributárias regulatórias, no entanto mostra-se insuficiente para compreender a real dimensão dos objetivos da tributação indutora, sobretudo quando encarada sob a óptica da Economia e do Direito. Nesse sentido, é necessário estabelecer critérios econômicos e jurídicos

¹⁷² Em tradução livre: “No entanto, é possível para o Estado, se assim o decidir, remover a divergência em qualquer campo por ‘estímulos extraordinários’ ou ‘restrições extraordinárias’ sobre investimentos nesse domínio. As formas mais óbvias que estes incentivos ou restrições podem assumir são, naturalmente, os de subsídios e os de impostos.”

¹⁷³ Em tradução livre: “A tributação também tem um componente regulatório: ela pode ser usada para orientar a atividade do setor privado nas direções desejadas pelos governos.”

¹⁷⁴ Cf. Capítulo 2, item 2.1.1.

que legitimem a indução econômica via normas tributárias, inclusive para delimitar o próprio escopo da intervenção.

Do ponto de vista da Ciência Econômica, conforme veremos, houve um significativo desenvolvimento da teoria da regulação econômica durante o século XX. Ao menos em sua abordagem clássica, é a regulação econômica, em conjunto com a teoria das falhas de mercado, que confere o arcabouço teórico que justifica a atuação do governo em intervir no mercado quando este é ineficiente, intervenção que poderá ocorrer também através de normas tributárias indutoras. A compreensão da teoria das falhas de mercado e da regulação econômica representa um requisito essencial na própria determinação dos fundamentos e objetivos da tributação indutora. Luís Eduardo Schoueri já atentava para este fato, ao reconhecer que um dos objetivos das normas tributárias indutoras corresponde à “correção das imperfeições do mecanismo de mercado”, tomando por base as lições de Fábio Nusdeo¹⁷⁵. O problema da análise de Schoueri é a limitada compreensão do próprio fenômeno econômico de onde deriva a teoria da regulação, tendo muito mais um viés jurídico do que propriamente econômico. A investigação que iremos propor adiante busca exatamente sanar esta deficiência no estudo da tributação indutora, apresentando seus objetivos também a partir da teoria econômica, sem olvidar, no entanto, da perspectiva jurídica inerente ao exercício da atividade regulatória.

Por outro lado, os aspectos jurídicos, sobretudo a partir do Direito Constitucional Econômico, também representam um elemento essencial para a compreensão dos fundamentos e objetivos da tributação indutora enquanto instituto pautado por parâmetros constitucionais. No caso brasileiro, cuja Constituição Federal possui um amplo regramento da vida econômica, compreendido no título dedicado à Ordem Econômica, veremos que o emprego das normas tributárias indutoras deverá voltar-se para a concretização de princípios e valores consagrados no texto constitucional. Sob outra perspectiva, o próprio exercício da atividade regulatória, conforme elaborado pela teoria da regulação econômica, também deverá estar em consonância com os princípios da Ordem Econômica, motivo pelo qual não é possível dissociar o estudo da regulação econômica do Direito Econômico positivo.

3.1 TRIBUTAÇÃO INDUTORA E REGULAÇÃO ECONÔMICA

Como veremos adiante, a relação entre regulação econômica e tributação indutora remonta à própria construção da teoria da regulação. Em verdade, antes mesmo do

¹⁷⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 72-74.

desenvolvimento da regulação econômica como corpo teórico, o uso da tributação como instrumento de intervenção estatal no sistema econômico já era amplamente adotado, conforme podemos inferir das diversas referências históricas mencionadas no capítulo anterior.

Normas tributárias indutoras – sejam tributos regulatórios ou incentivos fiscais – começaram a ser empregadas, mesmo que de forma não sistemática, desde o século XVI. Recordemo-nos dos tributos aduaneiros, de viés protecionista, amplamente adotados no período do Mercantilismo, ou das diferentes isenções tributárias concedidas para fomentar a produção de bens considerados relevantes para as economias nacionais. Por outro lado, financistas e economistas clássicos (a exemplo de Adolph Wagner, Edwin R. A. Seligman e Arthur C. Pigou¹⁷⁶) discutiram os aspectos teóricos que justificam a utilização de tributos com finalidade regulatória. No entanto, somente na primeira metade do século XX inicia-se a construção da teoria da regulação econômica enquanto modelo teórico que justificasse a intervenção do Estado na economia, em particular para a correção das falhas de mercado. Tal desenvolvimento da teoria da regulação também irá repercutir na própria função da tributação enquanto instrumento regulatório.

Sob tal perspectiva, a análise da teoria da regulação econômica torna-se essencial para compreender os motivos e os fins que justificam a intervenção via normas tributárias. Mantendo coerência com a proposta desta tese, neste tópico o referencial teórico adotado será jurídico e econômico. Acerca de tal abordagem, uma observação.

Observa-se que no Brasil ramos como o Direito Econômico e o Direito Administrativo apropriaram-se, no decorrer do tempo, dos conceitos desenvolvidos pela teoria da regulação econômica, dando-lhes uma faceta própria, muitas vezes dissociada ou pouco vinculada ao contexto econômico no qual a teoria nasce e está inserida, a exemplo da Economia do Bem-Estar e das falhas de mercado, conforme veremos adiante. Sob outra perspectiva, a abordagem jurídica da regulação desenvolvida no Brasil tem se voltado principalmente para o campo do Direito Administrativo, com pouca ênfase no exame da tributação enquanto instrumento de regulação. É possível que tal construção teórica nacional derive da própria história político-econômica brasileira, que possui diferenças significativas do modelo regulatório americano e de alguns países europeus. Longe de diminuir a importância da tradição brasileira, entendemos que, para o escopo deste trabalho, adotar tal perspectiva traria resultados limitados. Isto porque os elementos justificadores da regulação foram primeiro examinados e interpretados pela Economia. A reflexão jurídica, sobretudo quanto aos instrumentos de regulação econômica,

¹⁷⁶ Cf. Capítulo 2, item 2.1.3.

desenvolveu-se num segundo momento, a partir da experiência prática e de determinadas construções teóricas da Ciência Econômica.

Nesse sentido, buscaremos aqui, de um lado, examinar a evolução da teoria da regulação a partir de sua perspectiva econômica – mas sem reduzir a importância do componente jurídico – e, de outro lado, manter a abordagem interdisciplinar ínsita ao trabalho¹⁷⁷. O ponto de destaque permanece sendo o papel que a regulação econômica exerce na justificação e na finalidade da tributação indutora. É essa a discussão que desenvolveremos a seguir.

3.1.1 Introdução à teoria da regulação econômica

A evolução da teoria da regulação econômica pode ser examinada a partir de um exemplo clássico relacionado ao nascimento da indústria petrolífera americana. Em 1870, o magnata John D. Rockefeller criou, no Estado de Ohio, Estados Unidos, um dos maiores conglomerados do setor petrolífero, a *Standard Oil Co Inc.* Em sua época, a *Standard Oil* foi reconhecida pelas inovações em termos de organização societária e por seu comportamento agressivo do ponto de vista concorrencial, com prática de preços predatórios¹⁷⁸ (o principal produto manufaturado comercializado pela *Standard Oil* era o querosene refinado, bastante consumido em uma época na qual ainda não havia sido inventada a lâmpada elétrica¹⁷⁹) e adquirindo empresas rivais. Tendo como primeira atividade econômica o refino do petróleo, a partir da década de 1870 a *Standard Oil* passou a adotar a prática da integração vertical, atuando em toda a cadeia petrolífera, desde a prospecção de petróleo bruto até a revenda ao consumidor final¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Acerca da relação entre regulação econômica e Direito, assim manifesta-se Gaspar Ariño Ortiz: “[...] *todo el mundo entiende hoy que la regulación económica y el derecho público están mutuamente imbricados. [...] no sólo que regulación y derecho se implican mutuamente, sino también que, em ambos, la normación y la acción, la previsión y la decisión, actúan conjuntamente al servicio del mismo fin. [...] El resultado final de esa combinación será diferente a la suma de las partes: ni la mentalidade jurídica ni la económica, por sí solas, servirán para entenderlo.*” Em tradução livre: “[...] Atualmente, todos entendem que a regulação econômica e o direito público estão mutuamente imbricados. [...] Não apenas que regulação e direito se implicam mutuamente, mas também que, em ambos, a norma e a ação, a previsão e decisão agem em conjunto para atingir o mesmo fim. [...] O resultado final dessa combinação será diferente da soma das partes: nem a mentalidade jurídica, nem a econômica, isoladas, servirão para entendê-lo.” ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 46-47.

¹⁷⁸ Sobre o tema, cf. MCGEE, John. *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*. *Journal of Law and Economics*, v. 1, p. 137-169, 1958. p. 137-169.

¹⁷⁹ PRIEST, George L. *Rethinking the Economic Basis of the Standard Oil Refining Monopoly: Dominance Against Competing Cartels*. Yale Law & Economics Research Paper n. 445. p. 13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1984242>. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁸⁰ PRIEST, George L. *Rethinking the Economic Basis of the Standard Oil Refining Monopoly: Dominance Against Competing Cartels*. Yale Law & Economics Research Paper n. 445. p. 64. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1984242>. Acesso em: 1 mar. 2017.

As práticas anticompetitivas adotadas pela *Standard Oil* conferiram à empresa a condição de agente monopolista em diversos ramos da cadeia de petróleo¹⁸¹. Tal condição resultou, no ano de 1909, na propositura de ação judicial pelo *US Department of Justice* contra a *Standard Oil Co. of New Jersey* (que detinha o controle de todas as empresas que compunham o grupo econômico da *Standard Oil*), no caso que viria a ser conhecido como *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*¹⁸². O *US Department of Justice* alegou que a *Standard Oil* adotou métodos de monopólio e de restrição de comércio interestadual, através de condutas como concessão de descontos, preferências e práticas discriminatórias em favor de determinadas companhias ferroviárias (responsáveis pelo transporte do óleo); restrição e monopolização de oleodutos; prática de preços predatórios como forma de supressão da concorrência; espionagem de empresas concorrentes, dentre outras¹⁸³. Em 1911, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a *Standard Oil* era culpada pelo monopólio da indústria do petróleo através de uma série de condutas abusivas e anticompetitivas, determinando que fosse dissolvida em diversas novas empresas¹⁸⁴ (o que deu origem, posteriormente, a empresas como a Exxon, a Chevron, a Mobil, dentre outras).

Para fundamentar sua decisão no caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, a Suprema Corte dos Estados Unidos invocou como fundamento legal a aplicação do *Sherman Antitrust Act*, uma lei federal norte-americana editada em 1890, responsável pela primeira regulação antitruste em nível nacional. À época da aprovação do *Sherman Act* havia uma preocupação crescente com os denominados *trusts*, que correspondiam aos monopólios responsáveis pela produção de bens essenciais à coletividade (a exemplo da *Standard Oil*), principalmente quando tais monopólios praticavam condutas anticoncorrenciais, consideradas prejudiciais ao mercado e aos consumidores. Previamente à edição do *Sherman Antitrust Act*, já havia diversas normas antitrustes editadas pelos Estados americanos¹⁸⁵, no entanto o *Sherman Act* tornou-se a norma de maior amplitude e generalidade em matéria de defesa da

¹⁸¹ Em 1882, estima-se que a *Standard Oil* detinha entre 90% a 95% do mercado de refino de petróleo norte-americano. Cf. MANNNS, Leslie D. Dominance in the Oil Industry: Standard Oil from 1865 to 1911. In: ROSENBAUM, David I. (ed.). *Market Dominance: How Firms Gain, Hold, or Lose it and the Impact on Economic Performance*. Westport, CT: Praeger, 1998. p. 12-13

¹⁸² MANNNS, Leslie D. Dominance in the Oil Industry: Standard Oil from 1865 to 1911. In: ROSENBAUM, David I. (ed.). *Market Dominance: How Firms Gain, Hold, or Lose it and the Impact on Economic Performance*. Westport, CT: Praeger, 1998. p. 11.

¹⁸³ MANNNS, Leslie D. Dominance in the Oil Industry: Standard Oil from 1865 to 1911. In: ROSENBAUM, David I. (ed.). *Market Dominance: How Firms Gain, Hold, or Lose it and the Impact on Economic Performance*. Westport, CT: Praeger, 1998. p. 11-12.

¹⁸⁴ A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), está disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/221/1>.

¹⁸⁵ STIGLER, George J. The Origins of the Sherman Act. *The Journal of Legal Studies*, v. 14, n. 1, p. 1-12, 1985. p. 5-6.

concorrência¹⁸⁶, sobretudo em razão das suas duas primeiras seções, que descrevem e proíbem as condutas anticoncorrenciais, incluindo as práticas monopolistas que são anticompetitivas por natureza¹⁸⁷.

O contexto político-econômico no qual se insere o *Sherman Antitrust Act* e o caso da *Standard Oil* deriva do liberalismo clássico, iniciado como corrente teórica ainda no século XVIII e difundido como doutrina econômica durante o século XIX e o início do século XX. Um dos cânones do liberalismo clássico pode ser traduzido na expressão francesa *laissez-faire*, correspondente ao princípio de que o mercado deve atuar de forma livre, cabendo ao Estado intervir o mínimo possível na atividade econômica, protegendo direitos como a liberdade de contratar e a manutenção da propriedade privada. O termo “mão invisível”, empregado pelo filósofo e economista escocês Adam Smith em sua obra *The Wealth of Nations*¹⁸⁸, representa um dos principais fundamentos do pensamento econômico do liberalismo clássico, correspondendo à hipótese de que em uma economia de mercado a interação entre os agentes econômicos, desde que não seja limitada pela regulação estatal, e mesmo diante do pressuposto

¹⁸⁶ KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Center for Competition Policy Working Paper n. CPC99-09. California: University of California, Berkeley, 1999. p. 2. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=506284>. Acesso em 1 mar. 2017.

¹⁸⁷ A *Section 1* do *Sherman Antitrust Act* prevê, em sua primeira parte, que “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony [...]*” (em tradução livre: “Todo contrato, combinação na forma de *trust* ou outro modo, ou de conspiração, na restrição de mercado ou comércio entre vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado como ilegal. Toda pessoa que faça qualquer contrato ou se comprometa em qualquer combinação ou conspiração por isso declarado ilegal, deverá ser considerado culpado de um crime [...]”), enquanto a *Section 2*, também em sua primeira parte, prescreve que “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony [...]*” (em tradução livre: “Toda pessoa que monopolize, ou tente monopolizar, combine ou conspire com qualquer outra pessoa ou pessoas, de monopolizar qualquer parte do mercado ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, deverá ser considerado culpado de um crime [...]”).

¹⁸⁸ “*As every individual, therefore, endeavours as much as he can both to employ his capital in the support of domestic industry, and so to direct that industry that its produce may be of the greatest value; every individual necessarily labours to render the annual revenue of the society as great as he can. He generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of it. By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.*” Em tradução livre: “Já que cada indivíduo, portanto, procura, na medida do possível, empregar seu capital e fomentar a indústria nacional, e então dirigir tal indústria de maneira que seu produto tenha o maior valor possível; cada indivíduo necessariamente trabalha para fazer a receita anual da sociedade tão grande quanto ele pode. Ele geralmente, de fato, não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo. Ao preferir o apoio à atividade do país àquele da indústria estrangeira, ele tem em vista apenas sua própria segurança; e orientando essa indústria de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado *por uma mão invisível* a promover um fim que não fazia parte de suas intenções. Ao perseguir seus próprios objetivos, o indivíduo frequentemente promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo.” SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, v. 1. London: Methuen & Co., 1904. p. 421.

de que os agentes buscam satisfazer seu autointeresse, convergem para uma determinada ordem, cujo resultado será a promoção do bem comum.

A metáfora da “mão invisível” passa a ser colocada em xeque a partir do século XIX. Percebeu-se que em determinados cenários o ideal do livre mercado, em vez de contribuir para o bem-estar da sociedade, resulta no efeito exatamente oposto: o mercado falha, gerando ineficiências e prejuízos para seus próprios agentes e para a coletividade¹⁸⁹. Em situações tais haveria uma justificativa para a intervenção do Estado na economia, com o propósito de corrigir ou minimizar os efeitos prejudiciais do mercado quando este atua de forma livre, sem regulação ou controle algum. O caso da *Standard Oil* e o *Sherman Antitrust Act* permitem ilustrar situações nas quais o Estado intervém no mercado, especialmente quando esse apresenta imperfeições que o tornam ineficiente, prejudicando os agentes econômicos envolvidos, empresas e consumidores. No exemplo citado, a *Standard Oil*, mediante práticas anticompetitivas, eliminou significativa parte das empresas concorrentes e exerceu o controle dos preços dos produtos que comercializava. Tais condutas mostraram-se danosas do ponto de vista econômico e social, motivo pelo qual houve a aplicação de uma lei recém editada (o *Sherman Antitrust Act*) no intuito de coibi-las.

A partir do século XX o papel do Estado interventor começa a assumir maior relevo na conjuntura político-econômica. Do ponto de vista teórico, é nesse período que começa a ser desenvolvida a teoria da regulação econômica, que terá diversas abordagens e críticas no decorrer dos séculos XX e XXI.

3.1.2 Uma breve história da teoria da regulação

Entre o final do século XIX até a primeira metade do século XX inicia-se, principalmente nos países desenvolvidos, as primeiras experiências com a regulação, ainda de maneira espontânea e pouco planejada, resultado direto das modificações da própria base produtiva ocorridas a partir da Revolução Industrial. Com o surgimento e desenvolvimento de

¹⁸⁹ Como destaca Joseph E. Stiglitz: “[...] over the past two hundred years economists have come to recognize that in some important instances the market does not work as perfectly as the more ardent supporters of free market suggest. Economies have gone through periods of massive unemployment and idle resources; the Great Depression of the 1930s left many who wanted work unemployed; pollution has choked many of our larger cities; and urban decay has set in on others.” Em tradução livre: “[...] ao longo dos últimos duzentos anos os economistas têm reconhecido que, em alguns casos importantes, o mercado não funciona tão perfeitamente como os adeptos mais fervorosos do livre mercado sugerem. Economias passaram por períodos de desemprego maciço e recursos ociosos; a Grande Depressão da década de 1930 deixou muitos que queriam trabalho desempregados; a poluição sufocou muitas das nossas grandes cidades; e decadência urbana chegou em outras.” STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York/London: W.W. Norton & Company, 2000. p. 57.

setores econômicos como o petrolífero, transportes (ferroviário, rodoviário e aeroviário), energia elétrica, telefonia, mercado financeiro, dentre outros, países da Europa e os Estados Unidos passam a fazer uso de normas de caráter regulatório voltadas para a intervenção e fiscalização desses setores, principalmente com vistas a evitar a ocorrência de monopólios e práticas anticompetitivas¹⁹⁰, a exemplo do já mencionado caso da *Standard Oil*.

No caso americano, é também nessa época que surgem importantes agências reguladoras, sobretudo no período pós-Grande Depressão e após a implantação do *New Deal*, a exemplo da *Securities and Exchange Commission* (1933), da *Federal Communications Commission* (1934), da *Federal Maritime Commission* (1936) e da *Civil Aeronautics Board* (1938)¹⁹¹, modelo este que influenciará outros países na criação de suas próprias agências. No entanto, a própria elaboração da teoria da regulação enquanto corpo teórico ainda estava em desenvolvimento. É somente a partir da segunda metade do século XX que a teoria da regulação econômica recebe importantes contribuições e estudos críticos, conforme veremos adiante.

Ha-Joon Chang, em seu artigo *The economics and politics of regulation*¹⁹², propõem um exame da regulação econômica a partir da própria evolução do sistema capitalista durante o século XX, com ênfase nos Estados Unidos, na Europa Ocidental e com referência à alguns casos de países em desenvolvimento. A proposta do artigo, como o título sugere, é examinar a teoria da regulação principalmente enquanto medida de cunho político, sem realizar uma profunda análise dos fundamentos teóricos da regulação econômica¹⁹³. Para tanto, o autor divide a evolução da teoria da regulação em três períodos: a denominada “era da regulação” (*age of regulation*), que engloba o período de 1945 a 1970; o “período de transição” (*transition period*), entre as décadas de 1970 a 1980; e a “era da desregulação” (*age of deregulation*), que vai da década de 1980 até o presente.

Na “era da regulação” (de 1945 a 1970), para além de uma expansão de determinadas políticas macroeconômicas (como a nacionalização de empresas e o aumento do gasto público), do ponto de vista da regulação há um aumento e maior difusão de práticas regulatórias. Ha-Joon Chang destaca que, nos Estados Unidos em particular, foi dada ênfase na regulação dos

¹⁹⁰ CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997. p. 705.

¹⁹¹ FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia/Universidade Federal do Rio de Janeiro. p. 6. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁹² CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997. p. 703-728.

¹⁹³ Os fundamentos teóricos da regulação econômica serão apresentados no item a seguir.

monopólios naturais e reforçada a regulação antitruste¹⁹⁴. Um dos destaques dado pelo autor corresponde às justificativas para a regulação econômica apresentadas no período, que tomavam por base as teorias desenvolvidas no âmbito da Economia do Bem-Estar, a exemplo da teoria dos bens públicos, das externalidades e dos monopólios naturais (provenientes diretamente dos estudos elaborados por economistas a partir dos trabalhos Arthur C. Pigou¹⁹⁵), justificativas estas que correspondem, em essência, à correção das falhas de mercado. Com relação aos países em desenvolvimento, durante tal período a regulação tinha objetivos de viés desenvolvimentista, a exemplo do fomento às indústrias nacionais (principalmente através de empresas estatais), da regulação do comércio exterior e do incentivo ao desenvolvimento tecnológico¹⁹⁶. Chang destaca que durante o período da “era da regulação”, na maioria dos países (desenvolvidos ou em desenvolvimento), houve um significativo crescimento econômico seguido de prosperidade material¹⁹⁷.

Durante o denominado “período de transição” (de 1970 a 1980), o modelo de regulação econômica anterior é colocado em xeque, sobretudo diante da necessidade de respostas às crises econômicas existentes à época. Do ponto de vista teórico, é nesse período que são desenvolvidas abordagens críticas ao modelo regulatório então vigente, agrupada nas denominadas “falhas de governo”¹⁹⁸. Segundo Ha-Joon Chang, no grupo das falhas de governo estariam inseridos

¹⁹⁴ CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997. p. 705.

¹⁹⁵ CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997. p. 706-707.

¹⁹⁶ FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia/Universidade Federal do Rio de Janeiro. p. 7. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁹⁷ CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997. p. 707.

¹⁹⁸ “The gist of the government failure argument is that the government is not the benevolent, all-knowing, and all-powerful agent that it is assumed to be in welfare economics, or in other pro-interventionist economic theories. First, it was argued that the government is an organization which is run by groups of self-seeking individuals (politicians seeking re-election and bureaucrats seeking higher salaries and more power) and is influenced by interest groups, with the result that it implements policies that serve these groups rather than the public interest. Second, it was contended that, even if we can assume that the government has the intention of promoting the public interest, it does not have the ability to achieve this, because policy design and implementation are costly and because it may create harmful unintended consequences such as the diversion of resources into ‘wasteful’ lobbying activities (the so-called ‘rent-seeking theory’).” Em tradução livre: “A essência do argumento de falha do governo é que o governo não é o agente benevolente, onisciente e todo-poderoso assumido na economia do bem-estar, ou em outras teorias econômicas pró-intervencionistas. Em primeiro lugar, foi alegado que o governo é uma organização executada por grupos de indivíduos egoístas (políticos que buscam a reeleição e burocratas que procuram salários mais altos e mais poder) e é influenciado por grupos de interesse, resultando na implementação de políticas que servem a esses grupos ao invés do interesse público. Em segundo lugar, foi sustentado que, mesmo podendo supor que o governo tem a intenção de promover o interesse público, ele não tem a capacidade de conseguir isso, porque o design e a implementação de políticas são caros e porque pode criar consequências involuntárias prejudiciais, tais como o desvio de recursos para as ‘extravagantes’ atividades de *lobbying* (a chamada ‘teoria *rente-seeking*’).” CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997. p. 709-710.

abordagens como a da teoria da captura (desenvolvida por autores como George Stigler, Richard Posner e Sam Peltzman) e a teoria do *rent-seeking* (com referência aos trabalhos de Gordon Tullock, Anne O. Krueger e James M. Buchanan), abordagens essas que pretendiam contraporem-se a teoria da regulação econômica então vigente, criticando o papel da intervenção do governo na economia, sobretudo no que diz respeito ao atendimento do denominado “interesse público” e a real eficácia da regulação enquanto instrumento de correção das falhas de mercado¹⁹⁹.

Por fim, o período denominado como “era da desregulamentação” ou da “liberalização” (que tem início a partir de 1980 até a data presente) é marcado pelas consequências das crises econômicas vividas na década de 1970 e pela influência das teorias que criticavam o papel do governo enquanto regulador da economia, desenvolvidas no período anterior²⁰⁰⁻²⁰¹. O resultado disso é uma ampla modificação das políticas regulatórias, com a diminuição do papel do governo enquanto agente interventor (tendo como exemplos a privatizações de empresas estatais, da redução do gasto público e da desregulação da economia)²⁰².

A análise de Chang mostra-se útil na medida em que permite examinar os avanços e críticas que a teoria regulação econômica sofreu durante o século XX, além de apresentar a conclusão de que a principal questão que pauta o debate econômico ainda é a mesma desde o liberalismo clássico: qual o papel do Estado na economia? Essa questão, por conseguinte, também irá orientar a discussão em torno da eficiência (ou ineficiência) da tributação indutora enquanto instrumento de regulação econômica.

¹⁹⁹ CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997. p. 710.

²⁰⁰ CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997. p. 711-712.

²⁰¹ Ronaldo Fiani assim destaca o contexto político-econômico que culminou na denominada “era da desregulamentação”: [...] embora no período anterior a política regulatória tenha sido, em geral, bem sucedida em seus objetivos, tanto nos países capitalistas avançados onde foi vista como um instrumento de política industrial quando nos EUA com sua ênfase na eficiência alocativa e produtiva, a insatisfação com o comportamento da economia nos países capitalistas desenvolvidos na década de setenta vai estimular uma revisão teórica que irá embasar as experiências práticas de ‘desregulamentação’ dos anos oitenta.” FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia/Universidade Federal do Rio de Janeiro. p. 9. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

²⁰² CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997. p. 715.

3.1.3 Falhas de mercado e regulação econômica

Conforme examinado anteriormente, o pressuposto smithiano da capacidade dos mercados se autorregularem permeou o pensamento econômico até o século final do XIX. Sob tal perspectiva, a partir das reflexões decorrentes do liberalismo clássico, ao Estado caberia intervir o mínimo possível na esfera econômica, posto que tal intervenção seria de pouca utilidade ou até mesmo nociva para a coletividade, salvo em circunstâncias muito pontuais, como na manutenção dos direitos de propriedade ou na liberdade de contratar. Segundo tal corrente, é a partir da livre interação dos agentes econômicos, na busca do autointeresse individual, que seria possível alcançar o bem-estar econômico e social.

No entanto, percebeu-se que em circunstâncias específicas o mercado falhava. Em determinadas situações, a busca do interesse privado pelos agentes não conduzia necessariamente ao bem comum, ao contrário. Exemplos disso são o surgimento de monopólios, como o da *Standard Oil*. Do ponto de vista teórico, tais casos correspondem às já mencionadas *falhas de mercado*, que representaram durante boa parte do século XX o critério justificador (ao menos no aspecto econômico) da intervenção do Estado na economia, além de estarem diretamente vinculadas ao próprio desenvolvimento da teoria da regulação econômica.

O pressuposto teórico das falhas de mercado toma como base as formulações desenvolvidas no âmbito da Microeconomia e da Economia do Bem-Estar (*Welfare Economics*). Reputa-se como marco inicial da Economia do Bem-Estar a publicação da obra *The Economics of Welfare*, de Arthur C. Pigou, sendo responsável por condicionar os estudos em regulação econômica subsequentes²⁰³. A Economia do Bem-Estar se propõe a examinar em quais situações o autointeresse dos agentes econômicos conduz ao bem-estar e em quais ele não o faz, gerando prejuízos à sociedade. A partir de tal problemática, foram formulados o primeiro e o segundo teorema fundamental do bem-estar, tendo o primeiro teorema relação direta com o conceito de falha de mercado.

O primeiro teorema fundamental do bem-estar determina que dadas certas premissas (ausências de problemas informacionais, de externalidades e de bens públicos, por exemplo), se o mercado é competitivo (não há monopólio) e há equilíbrio entre oferta e demanda, ele será eficiente no sentido de Pareto²⁰⁴, isto é, haverá a maximização dos benefícios totais recebidos pelos agentes inseridos nesse mercado (produtores e consumidores), gerando o máximo de bem-

²⁰³ A influência da obra de Pigou para a análise da tributação indutora foi apresentada preliminarmente no Capítulo 2, item 2.1.3.

²⁰⁴ A eficiência de Pareto será examinada no Capítulo 4, item 4.1.3.

estar possível²⁰⁵. Por outro lado, mudadas tais condições (mercados não-competitivos, presença de problemas informacionais ou de externalidades), a eficiência de Pareto não será alcançada, gerando perdas de bem-estar, motivo pelo qual caberia ao Estado intervir no mercado para que esse voltasse ao seu ponto ótimo de eficiência. A definição de quais são essas condições/situações que resultam em perdas de bem-estar, justificando a intervenção do Estado no mercado, corresponde ao cerne da teoria das falhas de mercado.

A expressão *falhas de mercado* foi empregada pela primeira vez no artigo *The anatomy of market failure*, de Francis M. Bator, publicado em 1958²⁰⁶, no qual o autor examina determinadas situações onde o mercado falha, gerando perdas de eficiência e de bem-estar. A questão que surge é determinar quais são essas circunstâncias ou situações que podem ser enquadradas como uma falha de mercado. Já afirmamos em trabalho anterior²⁰⁷ que os autores costumam divergir quanto à definição de quais são as falhas de mercado possíveis de ocorrerem. Para os propósitos desta obra, adotaremos a classificação proposta por Joseph E. Stiglitz, que distingue as falhas em seis, quais sejam: a) as *falhas de competição*; b) os *bens públicos*; c) as *externalidades*; d) os *mercados incompletos*; e) as *falhas de informação (assimetrias de informação)*; f) a *inflação e o desemprego*²⁰⁸.

A primeira falha de mercado, que em verdade representa o marco inicial da teoria da regulação econômica, corresponde às *falhas de competição* ou de *concorrência* ou, sob outra perspectiva, à existência de monopólios. Recordemo-nos que o primeiro teorema fundamental do bem-estar pressupõe que para o funcionamento eficiente do mercado, este deve funcionar de forma competitiva, isto é, deve haver uma quantidade significativa de empresas em regime de competição, evitando que uma única empresa (ou um pequeno grupo de empresas) possa influenciar significativamente no preço dos bens ou serviços. No entanto, em determinados cenários, a exemplo do caso da *Standard Oil*, uma empresa pode adotar uma posição monopolista (ou oligopolista, no caso de algumas poucas empresas), posição essa que lhe confere a possibilidade de determinar o preços de seus bens ou serviços, controlando a entrada de novas empresas e o mercado consumidor. Conforme destaca Robert B. Cooter e Thomas Ulen, as falhas de competição podem ser corrigidas, por exemplo, mediante a substituição do

²⁰⁵ FELDMAN, Allan M.; SERRANO, Roberto. *Welfare economics and social choice theory*. 2. ed. New York: Springer, 2006. p. 2; STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York/London: W.W. Norton & Company, 2000. p. 60.

²⁰⁶ BATOR, Francis M. The Anatomy of Market Failure. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 72, p. 351-379, 1958. p. 351-379.

²⁰⁷ SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação, Finanças Públicas e Política Fiscal: uma análise sob a óptica do Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 47.

²⁰⁸ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 77-85.

monopólio pela concorrência, sempre que possível, ou pela regulação dos preços praticados pelo agente monopolista, destacando o papel das leis antitrustes (a exemplo do *Sherman Antitrust Act*, ou, no caso do Brasil, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011) como instrumento de regulação/correção das falhas de competição²⁰⁹.

Um exemplo clássico proposto Joseph E. Stiglitz²¹⁰ permite ilustrar o que vem a ser os *bens públicos* (do ponto de vista econômico) e porque eles representam uma falha de mercado. Imaginemos o serviço de iluminação disponibilizado por um farol (*lighthouse*), essencial para a navegação: os custos de um farol não dependem da quantidade de navios e embarcações que navegam pela região, e o “consumo” do serviço de iluminação não será afetado pela “demanda” de navios; além disso, é virtualmente impossível ou muito dificultoso excluir navios não pagantes da fruição do serviço de iluminação do farol. Sob tal perspectiva, e conforme apontado por Robert B. Cooter e Thomas Ulen, os bens públicos possuem duas características essenciais: a não-rivalidade do seu consumo (*nonrivalrous consumption*) e a não-exclusão (*nonexcludability*) dos indivíduos que não pagam pelo consumo do bem²¹¹, motivo pelo o mercado não possui incentivos para produzi-los. A característica da não-rivalidade do seu consumo corresponde ao fato de que o consumo de um bem público por uma pessoa não reduz a capacidade de consumo por outras pessoas (não há qualquer custo em se acrescentar novos consumidores do bem público). Por outro lado, a não-exclusão tem como resultado a dificuldade ou impossibilidade de se excluir os indivíduos não pagantes do consumo do bem público. Tais características dos bens públicos tem como consequência a ausência de interesse do mercado na produção desses bens, não obstante haver diversos bens públicos que são reputados com essenciais para a coletividade, tais como: a defesa nacional, sinais de rádio e de televisão, espaços públicos (como uma praça ou um parque), conhecimento científico e tecnológico (desde que não patentado), dentre outros²¹². Diante de sua relevância e essencialidade, cabe ao Estado buscar corrigir tais falhas de mercado fomentando a produção dos bens públicos, inclusive através da receita obtida através da tributação, via subsídio (direto ou indireto)²¹³.

²⁰⁹ COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 38-39.

²¹⁰ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 78.

²¹¹ COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 40.

²¹² Exemplos fornecidos por Allan M. Feldman e Roberto Serrano. FELDMAN, Allan M.; SERRANO, Roberto. *Welfare economics and social choice theory*. 2. ed. New York: Springer, 2006. p. 161-162.

²¹³ COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 41.

As denominadas *externalidades* (ao lado dos monopólios), foram umas das primeiras falhas de mercado estudadas pelos economistas, com especial destaque para Arthur C. Pigou. Na já referenciada obra *The Economics of Welfare*, Pigou percebeu que havia certas circunstâncias nas quais as ações de uma agente econômico afetavam terceiros, de forma positiva ou negativa, terceiros estes que não haviam escolhido submeterem-se aos efeitos das ações do agente econômico²¹⁴. Em outras palavras, as externalidades representam situações nas quais as ações de um indivíduo ou de uma empresa afetam outros indivíduos ou empresas, impondo-lhes custos ou benefícios. Nas situações em que há imposição de um custo para terceiros, o agente econômico que causa a externalidade não compensa os terceiros por tais custos (comumente denominada como *externalidade negativa*). Por outro lado, quando a ação do agente econômico resulta em benefícios para terceiros, o primeiro não é recompensado pelos benefícios que sua externalidade trouxe para esses terceiros (sendo uma hipótese de *externalidade positiva*)²¹⁵. O exemplo mais referenciado de uma externalidade negativa é a poluição ambiental, que pode ser causada por uma indústria, afetando a saúde e as condições sanitárias de terceiros, mas sem que lhes seja conferida qualquer compensação por tais prejuízos. Relativamente às externalidades positivas, podemos citar o trabalho voluntário realizado por uma organização social sem fins lucrativos, beneficiando uma série de indivíduos, prestando serviços que, em certa medida, caberiam ao Estado. Em ambas as hipóteses, positivas ou negativas, as externalidades terão como consequência a perda de eficiência do mercado (e, por conseguinte, perda de bem-estar), devendo ser corrigidas mediante a intervenção do Estado, seja desestimulando as externalidades negativas ou incentivando as externalidades positivas²¹⁶. Conforme veremos no tópico a seguir,

²¹⁴ Em passagem que traduz a ideia de externalidade concebida por Pigou, o autor afirma: “*It might happen, for example, [...] that costs are thrown upon people not directly concerned, through say, uncompensated damage done to surrounding woods by sparks from railway engines. All such effects must be included – some of them will be positive, others negative elements – in reckoning up the social net product of the marginal increment of any volume of resources turned into any use or place. Again an increase in the quantity of resources employed by one firm in an industry may give rise to external economies in the industry as a whole and so lessen the real costs involved in the production by other firms of a given output. Everything of this kind must be counted in.*” Em tradução livre: “Pode acontecer, por exemplo, [...] que custos sejam lançados a pessoas não diretamente interessadas, por dizer assim dizer, danos não compensados feitos por faíscas de motores ferroviários contra os bosques circundante. Todos os efeitos deste tipo devem ser incluídos – alguns deles serão positivos, outros serão elementos negativos – no cômputo do produto líquido social do aumento marginal de qualquer volume de recursos transformados em algum uso ou lugar. Novamente um aumento na quantidade de recursos empregados por uma firma numa indústria pode dar origem a economias externas na indústria como um todo e assim reduzir os custos reais envolvidos na produção por outras firmas de determinado produto. Tudo deste tipo deve ser contabilizado.” PIGOU, Arthur C. *The Economics of Welfare*. 4. ed. London: Macmillan, 1932. p. 134.

²¹⁵ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 80.

²¹⁶ “*Whenever there are such externalities, the resource allocation provided by the market will not be efficient. Since individuals do not bear the full cost of the negative externalities they generate, they will engage in an excessive amount of such activities; conversely, since individuals do not enjoy the full benefits of activities generating positive externalities, they will engage in too little of these. Thus, for example, without government intervention of some kind, the level of pollution would be too high.*” Em tradução livre: “Sempre que há tais

a tributação tem sido apontada desde à época de Pigou como uma eficaz ferramenta para a correção das externalidades, sobretudo as externalidades negativas.

Num cenário ideal, havendo demanda pelo consumo de determinados bens ou serviços, e sendo os custos de produção inferiores aos preços que os consumidores estão dispostos a pagar, espera-se que as empresas estejam dispostas a produzir tais bens ou serviços, condição na qual, havendo a produção, os mercados serão completos. Os *mercados incompletos*, a quarta falha de mercado, decorrem de situações exatamente opostas, ou seja, mesmo com o custo de produção sendo inferior aos preços que os consumidores se dispõem a pagar e com ampla demanda por determinados bens ou serviços, as empresas não demonstram interesse em produzi-los²¹⁷. As razões pelas quais existem mercados incompletos são várias, decorrendo, por exemplo, de insegurança jurídica ou instabilidade regulatória, dos altos custos de transação ou de significativas assimetrias de informação, baixa oferta de crédito (principalmente em países como um mercado financeiro pouco desenvolvido), ou da ausência de incentivos ou do elevado grau de risco na produção dos bens ou serviços. Tais circunstâncias também justificam a intervenção governamental, que com o escopo de incentivar esses mercados, através, por exemplo, da concessão de subsídios ou empréstimos²¹⁸.

As *falhas de informação* ou *assimetrias de informação* representam situações onde o desequilíbrio informacional entre duas partes envolvidas numa relação de troca no mercado (um contrato, por exemplo) é tão grave ao ponto de impedir a realização do negócio ou transação²¹⁹. O mercado de carros usados é um exemplo clássico onde comumente as

externalidades, a alocação de recursos fornecida pelo mercado não será eficiente. Uma vez que os indivíduos não suportam o custo total das externalidades negativas que geram, eles se empenharão em uma quantidade excessiva de tais atividades; inversamente, uma vez que os indivíduos não gozam de todos os benefícios das atividades que geram externalidades positivas, eles se empenharão muito pouco nelas. Assim, por exemplo, sem intervenção governamental de algum tipo, o nível de poluição seria muito alto.” STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 81.

²¹⁷ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 81.

²¹⁸ “*The reasons why markets do not exist may have implications for how governments might go about remedying the market failure. Government too faces transactions costs, enforcement problems, and asymmetries of information, though in many instances they are different from those faced by private sector. Thus, in designing loan programs or interventions in capital markets, governments need to bear in mind that they too are often less informed than the borrower.*” Em tradução livre: “As razões pelas quais os mercados não existem podem ter implicações sobre como os governos podem remediar a falha do mercado. O governo também enfrenta custos de transações, problemas de execução e assimetrias de informação, embora em muitos casos sejam diferentes dos enfrentados pelo setor privado. Assim, na concepção de programas de empréstimos ou intervenções em mercados de capitais, os governos precisam ter em mente que eles também são muitas vezes menos informados do que o mutuário.” STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 83.

²¹⁹ COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 41.

assimetrias de informação ocorrem²²⁰. De um lado, temos o vendedor, que possui muito mais informações acerca do carro usado, sendo esperado que ele omita informações negativas e supervalorize informações positivas a respeito do bem. O comprador, por outro lado, tende a atribuir um valor menor do que o que o automóvel valeria, presumindo que o vendedor pode estar omitindo informações relevantes (mesmo que, numa situação ideal, o automóvel usado possuía boas condições). As informações, portanto, são distribuídas de forma assimétrica, tendo como consequência uma má formação de preços no mercado ou até mesmo resultando em verdadeiro impedimento para a realização do negócio, gerando perdas de eficiência. O próprio mercado pode encontrar soluções para as assimetrias informacionais, mediante, por exemplo, a oferta de alguma garantia ou seguro pelo vendedor em favor do comprador do carro usado. No entanto, quando o mercado não as corrige espontaneamente, o Estado pode intervir, mediante a imposição de normas voltadas para proteger os indivíduos prejudicados pelo desequilíbrio informacional ou através da obrigatoriedade de divulgação de informações relevantes de uma empresa que negocia ações na bolsa, como ocorre no mercado de capitais.

A *inflação e desemprego* provavelmente representam uma das consequências mais notáveis de falhas de mercado, tendo ocorrido vários episódios no decorrer do século XX, como no caso da Grande Depressão ou, mais recentemente, a crise financeira de 2008, decorrente do estouro da bolha imobiliária americana. Sobretudo no caso do desemprego, para muitos economistas ele tem representado uma das principais evidências de que algo não está funcionando de forma correta no mercado, gerando elevadas perdas de eficiência e bem-estar²²¹. Não obstante serem temas examinados pela Macroeconomia, por vezes o Estado busca minimizar os efeitos do desemprego e da inflação através da regulação econômica, por intermédio, por exemplo, da tributação, mediante a concessão de incentivos fiscais.

3.1.4 A tributação indutora como instrumento de regulação econômica

De acordo com as premissas adotadas pela teoria das falhas de mercado e pela abordagem clássica da regulação econômica (que possui como pressuposto o primeiro teorema fundamental do bem-estar), na ausência de distorções (a exemplo das falhas de mercado), o mercado funciona da forma mais eficiente possível (será eficiente no sentido de Pareto), gerando o

²²⁰ As assimetrias de informação no mercado de automóveis usados foram examinadas no célebre artigo *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, de George A. Akerlof. Cf. AKERLOF, George A. *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

²²¹ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 85.

máximo de bem-estar em razão da ótima alocação de recursos entre os agentes econômicos envolvidos. Tal cenário representa o que se convencionou chamar de *primeiro melhor* (*first best*), ou seja, o primeiro melhor cenário possível de ocorrer. No entanto, exatamente porque o mercado não está livre de distorções é que o primeiro melhor cenário é um modelo teórico, motivo pelo qual justifica-se, por exemplo, a intervenção do governo para que o segundo melhor (*second best*) cenário possível aproxime-se da fronteira do primeiro melhor²²².

A tributação, quando empregada com viés arrecadador, gera, em grande medida, distorções no mercado e perdas de eficiência, afastando o mercado do primeiro melhor cenário possível. Isso porque a cobrança de tributos irá influenciar de maneira direta ou indireta o comportamento dos contribuintes (empresas e indivíduos) no que diz respeito à formação de preços, consumo, produção, investimento, poupança, trabalho etc. Sob tal perspectiva, umas das preocupações centrais da teoria da tributação é desenvolver um sistema tributário que cause o mínimo de distorções no comportamento dos contribuintes²²³.

No entanto, em outros casos o Estado vale-se de normas tributárias indutoras exatamente com o objetivo de corrigir tais distorções (a exemplo das falhas de mercado), permitindo que o segundo melhor cenário aproxime-se do primeiro melhor e, com isso, alcance o melhor resultado possível em termos de eficiência e bem-estar. Em outros termos, através da tributação indutora (também denominada de *corrective taxation*), o governo busca regular a economia e corrigir ou reduzir os efeitos das falhas de mercado²²⁴. Exemplos do uso da tributação indutora como ferramenta de regulação econômica seriam a concessão de incentivos fiscais para o setor privado, fomentando a abertura de novas empresas e criação de novos mercados e, com isso, diminuindo a ocorrência de monopólios e mercados incompletos; ou criando-se tributos de caráter regulatório voltados a tributar as externalidades, a exemplo da poluição ambiental.

²²² Sobre a teoria do segundo melhor (*theory of second best*), merece referência o artigo seminal de R. G. Lipsey e Kelvin Lancaster, *The General Theory of Second Best*. Cf. LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. *The General Theory of Second Best*. *The Review of Economic Studies*, v. 24, n. 1, p. 11-32, 1956/1957.

²²³ SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação, Finanças Públicas e Política Fiscal: uma análise sob a óptica do Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 97-98.

²²⁴ Acerca da *corrective taxation*, destaca Bernard Salanié: “*In most discussions of market failures corrective taxation plays a central role. Corrective taxes attempt to bring a second-best economy back to the first-best Pareto frontier. In an economy afflicted by a market failure, prices do not serve their allocative function well, and since taxes changes prices, it can be hoped that a proper set of taxes will restore the correct prices incentives.*” Em tradução livre: “Na maioria das discussões sobre falhas de mercado, a *tributação corretiva* desempenha um papel central. Os tributos corretivos tentam trazer uma economia de segundo melhor para a primeira melhor fronteira de Pareto. Em uma economia afetada por uma falha de mercado, os preços não servem bem a sua função alocativa, e como os tributos alteram os preços, pode-se esperar que um conjunto adequado de tributos restabeleça os incentivos de preços corretos.” SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 2011. p. 153.

No caso das *externalidades*, as primeiras referências voltadas para o uso da tributação como instrumento de correção de tais falhas de mercado são atribuídas à Arthur C. Pigou, nos casos do já mencionados *tributos* ou *impostos pigouvianos* (*pigovian* ou *pigouvian taxes*). Para tanto, e em referência à citação de Pigou constante no início do capítulo, o Estado pode, por intermédio de normas tributárias, conceder “estímulos extraordinários” ou impor “restrições extraordinárias” ao setor privado, no intuito alcançar a eficiência do mercado. Sob tal perspectiva, no caso das externalidades, é possível tentar corrigi-las ou controlá-las, principalmente no caso das externalidades negativas, induzindo os agentes econômicos à incorporar (ou *internalizar*) as externalidades negativas através da imposição de tributos regulatórios²²⁵.

Conforme já mencionado, os casos de poluição ambiental, uma típica hipótese de externalidade negativa, têm sido referenciados como situações nas quais o emprego de normas tributárias regulatórias mostra-se como uma eficaz medida de correção de externalidades. Em tais casos, mediante a majoração da carga tributária de empresas com maior potencial poluidor, o Estado busca influenciar o comportamento do contribuinte, desestimulando a prática de atividades poluidoras (ou, por outro lado, concedendo incentivos fiscais para indústrias que adotem práticas menos poluentes em sua atividade produtiva)²²⁶. Além disso, através do aumento da tributação sobre os agentes econômicos poluidores, também poderia haver um incremento na arrecadação, possibilitando a redução ou supressão do sistema tributário de outros tributos distorcivos/ineficientes, consequência essa denominada de *hipótese do duplo-dividendo* (*double-dividend hypothesis*)²²⁷.

Sob outra perspectiva, também é possível estimular a produção de *bens públicos* através da tributação indutora. Recordemo-nos que nos casos dos bens públicos, não obstante resultarem em ganhos de bem-estar para a coletividade, os agentes econômicos não possuem incentivos para a sua produção, em razão das características da não-rivalidade e não-exclusão. De maneira geral, em razão da essencialidade dos bens públicos para a coletividade, é tarefa do Estado fornecê-los, mediante suas diferentes políticas públicas, cujos os custos são arcados principalmente através da tributação. No entanto, é possível que o poder público, mediante a concessão de incentivos fiscais, estimule que agentes privados produzam bens públicos

²²⁵ CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livre-docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 219.

²²⁶ LIMA, Isabel Arruda Matheos de. *Normas Tributárias Indutoras Ambientais*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. p. 95-96.

²²⁷ A hipótese de duplo-dividendo será examinada o Capítulo 5, itens 5.1.1 e 5.2.2.

(também possuindo uma relação direta com as externalidades positivas²²⁸). No caso brasileiro, a previsão de diferentes imunidades tributárias (à exemplo da imunidade tributária para as entidades educacionais e assistenciais sem fins lucrativos, da imunidade tributária dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, e da recente imunidade fonográfica e videofonográfica para artistas brasileiros, previstas no art. 150, inciso VI, alínea *c*, *d* e *e*, da Constituição Federal de 1988) e incentivos fiscais destinados à promoção de atividades culturais, artísticas, desportivas, de preservação do patrimônio histórico²²⁹, dentre outras, representam hipóteses nas quais o governo estimula a produção de bens públicos através de normas tributárias indutoras.

A respeito das *falhas de competição* ou de *concorrência*, ao menos de forma imediata, registra-se que normas tributárias indutoras (sejam incentivos fiscais ou tributos regulatórios) não tem sido empregados no Brasil como instrumento de correção das referidas falhas, não obstante haver dispositivo constitucional expresso prescrevendo que lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios concorrenciais (o art. 146-A, da Constituição de 1988), em atendimento ao princípio da livre concorrência²³⁰. No entanto, um ponto que merece consideração diz respeito ao fato de que a tributação indutora, sobretudo no caso de concessão de incentivos fiscais, não pode resultar em condutas anticoncorrenciais. Isso porque a prática demonstra que muitas vezes determinados agentes econômicos passam a gozar de incentivos fiscais não extensíveis a outros agentes (seja porque os demais agentes não preenchem certos requisitos formais previstos na legislação, porque não possuem conhecimento ou estrutura operacional adequada para pleitear o benefício fiscal, ou não possuem uma estrutura de *lobby* para tanto etc.). Em tal cenário, as empresas beneficiadas pelo incentivo fiscal terão uma ampla vantagem competitiva que não foi conferida a outras empresas, resultando em um potencial desequilíbrio competitivo decorrente, em parte, da intervenção estatal (já que o preço dos bens e/ou serviços da empresa incentivada será mais

²²⁸ Relacionando a provisão de bens públicos com as externalidades positivas, destaca Cristiano Rosa de Carvalho: “As externalidades positivas, tipicamente emanadas por bens públicos, e, portanto, uma das falhas de mercado, também justificam a intervenção do Estado sobre a esfera particular. Como já visto, a própria proteção aos direitos individuais é uma externalidade positiva que o mercado não tem incentivos para produzir, i.e., o Estado – ao menos conceitualmente – é um bem público em si. [...]. Sendo assim, em termos concretos, as organizações que agem dentro da instituição Estado, a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário, têm a função precípua de buscar corrigir externalidades negativas e produzir externalidades positivas que o ambiente interacional denominado mercado não tem incentivos para ofertar.” CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livre-docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 219-220.

²²⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 78.

²³⁰ A discussão em torno da relação entre a livre concorrência e a tributação indutora e das implicações do art. 146-A, da Constituição Federal de 1988, será explorada no item 3.2.4.

competitivo do que o da empresa não beneficiada)²³¹. Situações como essa devem servir de parâmetro para formulações de políticas de incentivos fiscais, em particular àquelas voltadas para a promoção do desenvolvimento de determinados setores econômicos.

Com relação às *assimetrias informacionais*, comumente tais falhas são corrigidas através de normas que imponham o máximo de divulgação de informações possíveis em eventuais relações negociais, a exemplo do princípio do *full disclosure* existente no âmbito do mercado de capitais²³². Especificamente quanto à tributação indutora, numa análise preliminar não é comum o emprego de normas tributárias como instrumento de correção das falhas de informação, ao menos de forma direta. Sob tal perspectiva, é possível vislumbrar, mesmo que de forma indireta, o fomento ao desenvolvimento do mercado de capitais e à abertura do capital de empresas via concessão de incentivos fiscais como uma forma de correção das assimetrias de informação através da tributação indutora, posto que empresas de capital aberto negociado em bolsa deverão submeter-se à rígidos regimes de divulgação de informações²³³.

Especificamente quanto aos *mercados incompletos*, recordemo-nos que tais falhas decorrem de situações nas quais, não obstante existirem consumidores dispostos a pagar por determinado bem ou serviço, e os custos de produção sendo inferiores aos preços, as empresas não possuem interesse ou incentivos em produzi-los. Assimetrias informacionais, elevados custos de transação, insegurança jurídica, dificuldade na obtenção de crédito ou substanciais riscos na produção dos bens ou serviços são comumente apontados para a existência de mercados incompletos. No âmbito da tributação indutora, o Estado pode valer de incentivos

²³¹ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica já chegou a manifestar-se sobre o tema, na Consulta nº 0038/99, destacando que uma política de incentivos fiscais mal planejada podem resultar nos seguintes efeitos para a concorrência: “a) Retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo uso menos eficiente de recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país. b) Protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação. c) Permite que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam ‘predatoriamente’ eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam mais eficientes e inovadoras, em função do enorme colchão protetor de que dispõem. d) Prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo à melhoria de eficiência e inovação. e) Gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dado que qualquer cálculo feito pode ser drasticamente alterado – e qualquer inversão realizada pode ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo incentivo. f) Desestimula, por tudo isso, a realização de investimentos tanto novos quanto a expansão de atividade em andamento.” CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Consulta nº 0038/99*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 22 mar. 2000. Disponível em: <http://www.institutosarlo.com.br/pdfs-novos/economico/6>. Parecer CADE Consulta Guerra Fiscal e Concorrência.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

²³² O princípio do *full disclosure* tem sua origem no direito norte-americano, representando o direito dos investidores de serem providos de informações relativas às empresas em que investem, conferindo-lhes um maior grau de informação e racionalidade relativamente aos investimentos que pretendem realizar.

²³³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 75.

fiscais para fomentar determinado mercado, que representa, mesmo que de forma indireta, um mecanismo de obtenção de crédito (via gasto tributário/renúncia de receita). Dessa maneira, o manejo adequado de incentivos fiscais pode ter como resultado a atração de investimentos para determinado país, permitindo o desenvolvimento de mercados considerados relevantes.

No que tange à *inflação* e o *desemprego*, comumente instrumentos de política fiscal têm sido empregados para o estímulo à demanda agregada, aumentando o consumo e, por conseguinte, o crescimento econômico. Dentre tais instrumentos, os incentivos fiscais têm se destacado, em razão da flexibilidade e celeridade em seu manejo. Para tanto, o governo pode conceder incentivos fiscais sobre determinado bem ou serviço, de maneira a reduzir seu preço (estimulando seu consumo), permitindo com isso um incremento na produção e, por conseguinte, reduzindo os níveis de desemprego em setores econômicos específicos²³⁴. No entanto, uma política de concessão de incentivos fiscais para reverter os efeitos da inflação e do desemprego não pode passar ao largo da análise dos potenciais efeitos, diretos e indiretos, sobre o sistema socioeconômico. Isso porque muitas vezes o Estado, buscando solucionar a correção de um problema a curto prazo derivado de uma crise econômica, cria novas problemáticas a longo prazo em razão dos incentivos fiscais concedidos. Exemplo disso é o aumento da frota de automóveis em razão da desoneração fiscal concedida para o setor automobilístico brasileiro. Tal aumento gera externalidades negativas, como problemas de tráfego viário e de poluição ambiental e, por conseguinte, resultam em perdas de bem-estar e eficiência²³⁵.

Em conclusão, acerca do uso da tributação indutora como instrumento de regulação econômica, o Estado pode fazer amplo manejo de normas tributárias indutoras, fomentando atividades consideradas desejáveis (mediante desonerações fiscais), ou desestimulando atividades consideradas indesejáveis (através do aumento da tributação)²³⁶. A justificativa por detrás de tais decisões decorre, do ponto de vista econômico, na correção das falhas de mercado,

²³⁴ Caso emblemático de política fiscal adotada para a redução da inflação e do desemprego correspondeu à concessão de incentivos fiscais durante a crise financeira de 2008, conforme exemplo referenciado em obra de nossa autoria: “Contemporaneamente, um dos exemplos mais citados que bem ilustra o uso de incentivos fiscais como medida anticíclica foi o caso da redução de impostos durante a crise do subprime em 2008-2009, como o IPI e o IOF. O IPI, em particular, teve sua alíquota reduzida temporariamente em setores como o de produção de veículos, eletrodomésticos de linha branca, materiais de construção e bens de capital. Com isso, houve um aumento no consumo dos bens em questão, ampliando a demanda agregada e permitindo a manutenção dos postos de trabalho nos setores abrangidos pela política de incentivos.” SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação, Finanças Públicas e Política Fiscal: uma análise sob a óptica do Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 151.

²³⁵ SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação, Finanças Públicas e Política Fiscal: uma análise sob a óptica do Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 151-152.

²³⁶ AVI-YONAH, Reuven. The Three Goals of Taxation. In: *Tax Law Review*, v. 60, n. 1, p. 1-28, 2006. p. 24.

tendo como potencial consequência o aumento do bem-estar e da eficiência econômica. No entanto, decisões governamentais dessa natureza não podem deixar de considerar o ordenamento jurídico vigente. Em verdade, a criação de normas tributárias indutoras com a finalidade de regular a economia devem estar amparadas no sistema jurídica positivo, de onde extraem validade e legitimidade. Para tanto, a compreensão do contexto legal no qual se insere a tributação indutora é fundamental, com especial ênfase, no caso brasileiro, na Ordem Econômica Constitucional e seus princípios.

3.2 TRIBUTAÇÃO INDUTORA E ORDEM ECONÔMICA

Consoante analisaremos a seguir, é principalmente a partir do exame da Ordem Econômica e dos seus princípios, prescritos no Título VII da Constituição Federal de 1988, que se retira o principal fundamento jurídico legitimador da intervenção econômica do Estado e, por conseguinte, do emprego de normas tributárias indutoras com o objetivo de regular a economia²³⁷.

Em que pese a regulação econômica decorrer de uma decisão de cunho político, em atendimento à interesses e objetivos elencados pelo governo, ela deve ser legitimada pelo ordenamento jurídico, sobretudo porque a regulação econômica, em essência, manifesta-se também através de normas jurídicas. Exemplo disso são as normas tributárias indutoras, criadas com o objetivo principal de intervir na economia/corrigir falhas de mercado, seja através do estímulo à comportamentos desejáveis (mediante a concessão de incentivos fiscais), seja através do desestímulo de condutas indesejáveis (através da imposição de tributos regulatórios). Normas tributárias indutoras que não estão amparadas pelo ordenamento jurídico serão inconstitucionais e/ou ilegais.

Nesse sentido, a razão de se compreender a estrutura da Ordem Econômica decorre do fato de que ela representa o principal fundamento jurídico-constitucional para a utilização da tributação indutora. É a Constituição Federal de 1988 que confere a possibilidade de o Estado brasileiro intervir na economia, sobretudo para a concretização dos diferentes fundamentos e princípios da Ordem Econômica, conforme veremos. Por outro lado, é possível inferir que diversos dos princípios da Ordem Econômica Constitucional possuem relação direta com as

²³⁷ No mesmo sentido: BOMFIM, Diego. *Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 91 e ss; LEÃO, Martha Toríbio. *Controle da Extrafiscalidade – Série Doutrina Tributária v. 16*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 63 e ss; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 89 e ss.

falhas de mercado anteriormente examinadas, como o princípio da livre concorrência (relacionado às falhas de competição), o princípio da defesa do meio ambiente (referente às externalidades negativas), ou o princípio da busca do pleno emprego (relativo ao desemprego enquanto falha de mercado). Dessa maneira, a compreensão da estrutura da Ordem Econômica, para além de legitimar a tributação indutora enquanto instrumento de regulação econômica, permite concluir quais são os objetivos, valores e limites do Estado brasileiro em matéria de intervenção na economia.

3.2.1 Sobre a Ordem Econômica Constitucional

O sistema jurídico brasileiro, seja de forma direta ou indireta, não passou incólume às teorias econômicas desenvolvidas e difundidas durante o século XX, ora com um matiz de fundo liberal, ora com posições de caráter intervencionista/regulador. Em verdade, a própria história do constitucionalismo brasileiro (seguindo uma tendência observada em outros países, sobretudo na Europa) está diretamente influenciada pelas diferentes políticas e abordagens econômicas observadas durante o último século. Isso porque as diversas Constituições brasileiras, em maior ou menor grau, possuíam normas que buscavam incorporar o pensamento e doutrina econômica imperante na época. Tal tendência não é um fenômeno de observância obrigatória em todos os sistemas constitucionais, havendo Constituições que não regulam (ao menos de forma explícita) o modelo e as relações econômicas de um determinado Estado, a exemplo da Constituição dos Estados Unidos²³⁸.

Como destaca Luís S. Cabral de Moncada, a regulação da economia pela Constituição, para além de descrever a organização e as atividades que regem o sistema político-econômico, estruturam a própria vida em sociedade – que inclui, por óbvio, o aspecto econômico – regulação essa realizada através de um conjunto de normas jurídicas que conferem unidade e normatividade à economia²³⁹.

Sob tal perspectiva, pode-se compreender a Ordem Econômica como o conjunto de normas constitucionais que delineiam o sistema político-econômico adotado pelo Estado, contemplando as formas de atuação estatal na economia. Com relação ao modelo constitucional brasileiro, a Ordem Econômica na Constituição de 1988 traduz um sistema político-econômico no qual convivem os aspectos liberal e social/intervencionista. Não obstante a Constituição

²³⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 175.

²³⁹ MONCADA, Luís S Cabral de. *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 128.

Federal de 1988 dedicar o Título VII à “Ordem Econômica e Financeira”, a concepção de Ordem Econômica está dispersa por todo o texto constitucional²⁴⁰.

Exatamente por deter relevante papel dentro do sistema constitucional, a Ordem Econômica aproxima-se do conceito de *Constituição Econômica*. A Constituição Econômica corresponde ao conjunto de mandamentos que instituem determinada ordem econômica (não apenas no seu aspecto formal, mas também material), mandamentos esses previstos em diferentes normas jurídicas²⁴¹. Ela, a Constituição Econômica, apresenta os elementos definidores de um dado sistema econômico, determinando a forma de organização e funcionamento da economia, estando dispersa em todo o texto constitucional, e não apenas num tópico especial (como o dedicado à Ordem Econômica, por exemplo)²⁴².

Especificamente no caso brasileiro, a Ordem Econômica na Constituição de 1988 foi diretamente influenciada pelo processo histórico de evolução do Direito Constitucional e do próprio modelo de Estado brasileiro, incluindo em seu núcleo os valores que devem reger as relações econômicas. Quando comparada às Constituições anteriores, sobretudo as do período das ditaduras, a Constituição de 1988 buscou adotar um modelo econômico menos intervencionista²⁴³, mas mantendo uma ampla política regulatória por parte do Estado, consoante veremos adiante.

Nesse sentido, a Ordem Econômica Constitucional confere ao Estado brasileiro o papel de regulador da economia, isto é, sua intervenção é voltada para garantir o adequado funcionamento do mercado, ao mesmo tempo em que se propõe a garantir e efetivar os diferentes fundamentos e princípios que regem a vida econômica, a exemplo da livre iniciativa, da livre concorrência, da propriedade privada e sua função social, da defesa do consumidor e do meio ambiente, dentre outros. Tal opção político-econômica pressupõe a necessidade do mercado e de agentes econômicos privados, ao mesmo tempo em que cria limites e objetivos

²⁴⁰ “[...] tomando-se a Constituição de 1988, nela encontramos inúmeras disposições que operam a institucionalização da ordem econômica (mundo do ser) e não se encontrem englobadas no chamado Título da Ordem Econômica (e Financeira). Assim, v.g., com aquelas inscritas no arts. 1º e 3º, em inúmeros artigos do Título da Ordem Social, especialmente o 8º e o 9º.” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 85.

²⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 79.

²⁴² MONCADA, Luís S Cabral de. *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 124.

²⁴³ “Tendo em vista que a Constituição de 1967, com as alterações que lhe foram feitas pela Emenda Constitucional 1, em 1969, serviu de base para um amplo intervencionismo, a promulgação da Constituição Federal de 1988 pretendeu operar uma profunda mudança nessa concepção econômico-intervencionista do Estado, estabelecendo, em suas diretrizes, um regime bem menos intervencionista do que o anteriormente vigente, reiterando a adoção do sistema capitalista de economia descentralizada, baseada, pois, no mercado [...] e, ademais, na impossibilidade de franquear-se a atuação econômica direta do Estado em qualquer segmento, baseada exclusivamente na vontade estatal ou legal.” TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 118.

para o seu adequado funcionamento, que devem ser garantidos exatamente através da intervenção do Estado na economia.

3.2.2 Princípios da Ordem Econômica na Constituição de 1988

Conforme já afirmado, a disciplina da Ordem Econômica ultrapassa o disposto no Título VII da Constituição de 1988, estando dispersa em diferentes normas do texto constitucional. No entanto, especificamente o art. 170 da Constituição Federal elenca os princípios que estruturam a Ordem Econômica Constitucional, os quais, em razão da sua relevância, informam toda a arquitetura do sistema jurídico-econômico brasileiro. Sob outra perspectiva, os princípios da Ordem Econômica também legitimam a forma de intervenção do Estado na economia, seja em seu aspecto negativo (quando a intervenção estatal é realizada para coibir condutas contrárias à Ordem Econômica), seja em seu aspecto positivo (quando a regulação econômica é exercida para efetivar os princípios da Ordem Econômica).

O *caput* do art. 170 da Constituição de 1988 erige à categoria de fundamentos da Ordem Econômica a *valorização do trabalho humano* e a *livre iniciativa*, os quais também correspondem aos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme prescrito no art. 1º, inciso III, da Constituição. Tal previsão constitucional não é gratuita, mas busca exatamente compatibilizar a liberdade econômica com os valores sociais do trabalho. Por outro lado, esses mesmos fundamentos tem a função de condicionar os diferentes princípios da Ordem Econômica dispostos nos incisos do art. 170 da Constituição de 1988.

Relativamente à *valorização do trabalho humano* o destaque é dado ao valor social do trabalho em si, do direito ao trabalho digno, uma preocupação decorrente desde o advento do modelo de Estado de Bem-Estar Social, na primeira metade do século XX. Dessa forma, não é possível dissociar a Ordem Econômica do valor social do trabalho, valor este que deve ser efetivado seja nas relações econômicas ou até mesmo através da intervenção econômica do Estado. Cabe ao Estado coibir práticas que vão de encontro à valorização do trabalho humano, ao mesmo tempo que deve atuar garantido o referido fundamento mediante, por exemplo, o incentivo ao emprego formal. Sob outra perspectiva, o valor social do trabalho também fundamenta outros princípios da Ordem Econômica, a exemplo da redução das desigualdades regionais e sociais (desigualdades estas que também existem no âmbito laboral) e da busca do pleno emprego (em especial no que tange à redução dos níveis de desemprego ou subemprego).

O segundo fundamento corresponde à *livre iniciativa*, pedra angular do liberalismo econômico, correspondendo à ideia de que o Estado não deve restringir o exercício da atividade

econômica, salvo em situações pontuais, quando necessárias para a própria manutenção do livre mercado ou em atendimento ao interesse público. Não sem razão, é a própria Constituição de 1988 que, no parágrafo único do art. 170, garante o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de prévia autorização do Estado, salvo nos eventuais casos previstos em lei. A livre iniciativa diz respeito à própria liberdade empresarial, determinando que seja conferido às empresas, enquanto agentes econômicos, a liberdade de acesso ao mercado, de permanência no mercado²⁴⁴, e de saída do mercado, caso opte por não exercer mais determinada atividade econômica. Por outro lado, a livre iniciativa não está vinculada tão somente ao âmbito das empresas, também possuindo relação direta com o valor social do trabalho, traduzindo-se na liberdade de trabalho (ou do trabalho livre²⁴⁵), liberdade de trabalho essa que só pode ser restringida pelo Estado por razões de interesse coletivo (quando, por exemplo, são exigidas, por lei, qualificações profissionais para o exercício de determinada atividade laboral).

Examinemos, agora, os princípios da Ordem Econômica na Constituição de 1988, dispostos nos incisos do art. 170.

O primeiro princípio da Ordem Econômica, a *soberania nacional* (CF/1988, art. 170, inciso I), decorre de um dos elementos essenciais à própria concepção de Estado, qual seja, a de que todo estado é soberano no que tange às suas decisões, inclusive as de fundo econômico. No entanto, na atualidade a concepção de soberania, sobretudo a soberania econômica, não pode ser encarada em termos absolutos, resultando em uma liberdade irrestrita no que diz respeito às suas decisões e forma de organização da vida econômica, posto que praticamente nenhum Estado sobrevive sem estar inserido em um mercado cada vez mais globalizado, tornando-se dependente das relações econômicas com diversos outros Estados. Dessa forma, a soberania nacional, enquanto princípio da Ordem Econômica, deve ser encarada como vetor do Estado no que tange à busca do maior grau de independência econômica possível, por exemplo, mediante a promoção do desenvolvimento econômico²⁴⁶.

O princípio da *propriedade privada* (CF/1988, art. 170, inciso II) possui relação direta com a livre iniciativa e, de resto, com o liberalismo econômico, conferindo aos indivíduos e às empresas a garantia de preservação da sua propriedade, sobretudo daquela propriedade alocada para o exercício de determinada atividade econômica. Em verdade, sem a garantia da

²⁴⁴ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 134.

²⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 203.

²⁴⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 139.

propriedade sequer se cogitaria um ambiente de livre mercado, posto que os agentes econômicos não possuiriam incentivos à produção de bens quando houvesse significativos riscos à expropriação desses bens por parte do Estado ou de terceiros. Por óbvio que a exploração da propriedade não é exercida de forma plena, havendo certo controle do Estado, sobretudo quando tal exploração vai de encontro ao interesse público. Por outro lado, o princípio da propriedade privada não deve ser encarado como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de concretização dos demais princípios da Ordem Econômica.

Exatamente pelo fato de a propriedade não poder ser encarada como um fim em si, também está previsto o princípio da *função social da propriedade* (CF/1988, art. 170, inciso III). Dessa forma, o exercício do direito de propriedade está condicionado ao interesse social, limitando a autonomia privada sobre os bens dos indivíduos, que só poderão ser explorados desde que atendida a sua função social. Nesse sentido, a função social manifesta-se principalmente nos casos em que há conflitos entre os interesses dos particulares no gozo de sua propriedade com os interesses gerais da coletividade. Não sem razão, afirma-se que o princípio da função social da propriedade decorre do fenômeno da “publicização” (ou, em alguns casos, da “constitucionalização”) do direito privado, isto é, o direito privado (e, por conseguinte, o direito de propriedade) cada vez mais está relacionado com o aspecto coletivo inerente ao direito público²⁴⁷.

Ao lado da livre iniciativa, o princípio da *livre concorrência* (CF/1988, art. 170, inciso IV) também representa um dos pilares do liberalismo econômico²⁴⁸. A competitividade é uma característica inerente ao livre mercado, motivo pelo qual a livre concorrência entre os agentes econômicos representa verdadeiro bem jurídico a ser salvaguardado pelo Estado. Conforme examinado anteriormente, a preocupação com um ambiente de competitividade seguro para as empresas e os indivíduos, possibilitando que esses não sofram condutas anticompetitivas ou práticas abusivas, remonta desde o final do século XIX, a exemplo do caso da *Standard Oil*, que demandou a intervenção do governo americano para resguardar um ambiente de livre concorrência entre as empresas do setor petrolífero. Nesse sentido, do ponto de vista da Ordem Econômica, é dever do Estado zelar pelo ambiente de livre concorrência, permitindo que o mercado seja explorado pela maior quantidade de agentes econômicos possível ou, por outro

²⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 143-144.

²⁴⁸ Sobre a relação entre livre iniciativa e livre concorrência, destaca Sérgio Varella Bruna: “[...] a liberdade de iniciativa empresarial também expressa a liberdade de permanência no mercado, ou seja, a livre concorrência, ou ainda, em outras palavras, a liberdade de exercer a luta econômica sem a interferência do Estado, bem como sem outros obstáculos impostos pelos demais agentes econômicos privados.” BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 135.

lado, que sejam garantido aos agentes a possibilidade de entrar e permanecer no mercado, não estando sujeitos a condutas que se configurem como abuso de poder econômico. Tal dever estatal não deriva apenas da necessidade de se preservar um ambiente de mercado livre, mas também em razão do ganho de bem-estar proporcionado pela ampla competitividade, que força as empresas à aperfeiçoarem e/ou reduzirem os custos de seus produtos e serviços, cujos efeitos também são sentidos pelos consumidores²⁴⁹. Exatamente por antever que em determinados casos os agentes podem praticar condutas anticompetitivas é que a Constituição de 1988, no § 3º do art. 173, prescreve que a lei irá reprimir o abuso do poder econômico que tenda ao controle dos mercados, à supressão da concorrência e ao aumento desproporcional dos lucros²⁵⁰. Atualmente, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 representa o principal marco legal em matéria de legislação antitruste no Brasil, estruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (incluindo as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Em razão do papel e da relevância que o consumidor possui para o mercado, a Constituição também prevê como princípio da Ordem Econômica a *defesa do consumidor* (CF/1988, art. 170, inciso V). As relações de consumo possuem importância capital para o ambiente de livre mercado, principalmente porque o objetivo de qualquer atividade econômica produtiva é exatamente atender a demanda dos consumidores finais. No entanto, por vezes os consumidores estão sujeitos à práticas nocivas perpetradas por determinados agentes econômicos, principalmente nos casos em que os agentes aproveitam-se das situações de desigualdade (econômica, social, técnica, intelectual) existentes entre eles e os consumidores. Sob outra perspectiva, o princípio da defesa do consumidor também representa uma garantia para o regular funcionamento da economia, posto que um mercado consumidor fragilizado irá trazer consequências imediatas para a demanda na produção de bens e serviços, cujos efeito

²⁴⁹ A respeito da relação entre defesa do consumidor e defesa da concorrência, destacam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi: “Se existe a obrigação constitucional do Estado em promover a tutela do consumidor, qual é a sua relação com a defesa da concorrência? A concorrência [...] tem o objetivo de dar liberdade de escolha ao consumidor. De nada adiantaria proteger a concorrência se não houvesse mercado; e só há mercado com a existência do consumidor.” PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 396.

²⁵⁰ Conceituando o *abuso de poder econômico*, Sérgio Varella Bruna assim afirma: “[...] tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica.” *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 177-178.

serão sentidos pelos agentes econômicos produtores e pelo próprio governo. Dessa forma, os consumidores recebem uma especial proteção por parte do Estado brasileiro, através de um conjunto de normas jurídicas que lhe conferem uma série de direitos e garantias enquanto destinatários finais de bens e serviços, a exemplo da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

O princípio da *defesa do meio ambiente* (CF/1988, art. 170, inciso VI) representa importante limitação à livre iniciativa e à propriedade privada, atuando como instrumento de equilíbrio entre os interesses dos agentes no exercício de sua atividade econômica e os interesses da coletividade no que tange à manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Inevitavelmente, qualquer atividade econômica trará, em maior ou menor grau, impactos ao meio ambiente. Nesse sentido, o referido princípio não tem como consequência a vedação ao exercício da atividade econômica que traga impactos para o meio ambiente, mas busca harmonizar os interesses individuais e coletivos no que tange à manutenção da atividade econômica e a preservação do meio ambiente, punindo determinadas práticas e empreendimentos que degradem o meio ambiente de tal forma ao ponto de ameaçar o bem-estar e a segurança da coletividade. Dessa forma, é tarefa do Estado regular os aspectos e impactos ambientais decorrentes do exercício da atividade econômica.

A Constituição de 1988, em seu art. 3º, inciso III, elencou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Para além de tal previsão constitucional, a *redução das desigualdades regionais e sociais* também representa princípio expresso da Ordem Econômica (CF/1988, art. 170, inciso VII). Em razão do cenário de subdesenvolvimento e desequilíbrio socioeconômico entre as regiões brasileiras, a Constituição Federal alçou ao *status* de princípio a redução das desigualdades regionais e sociais, sendo dever do Estado adotar instrumentos e políticas públicas voltadas para a promoção do desenvolvimento e diminuição das desigualdades econômicas e sociais nas diferentes regiões do país. Nesse sentido, é dever do poder público, portanto, identificar as peculiaridades socioeconômicas das regiões e criar políticas de desenvolvimento específicas para cada uma delas. Dentre as políticas de desenvolvimento comumente adotadas para a redução das desigualdades sociorregionais há a concessão de incentivos fiscais e subsídios diversos.

Decorrente direta do fundamento da valorização do trabalho humano, o princípio da *busca do pleno emprego* (CF/1988, art. 170, VIII) tem como pressuposto a manutenção de níveis mínimos de desemprego, posto que o desemprego representa condição adversa do ponto de vista socioeconômico, que resulta em perdas de bem-estar e prejuízos para a coletividade. O

que o princípio da busca do pleno emprego impõe é a obrigação de o Estado fomentar, dentro dos seus limites e capacidades, um ambiente de mercado salutar para a criação de níveis ótimos de empregabilidade, principalmente do emprego formal. Infelizmente, tanto a legislação trabalhista quanto a legislação tributária brasileiras, em razão da complexidade e dos altos custos que impõem às empresas, representam um desincentivo à geração de empregos formais, motivo pelo qual devem ser reavaliadas para que, de um lado, garantam-se direitos mínimos dos empregados e, de outro lado, mantenham um ambiente de incentivo à livre iniciativa e à competitividade das empresas, o que irá ocasionar maiores níveis de empregabilidade.

Por fim, como último princípio da Ordem Econômica há o *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte* (CF/1988, art. 170, IX). Num cenário econômico extremamente competitivo, por vez torna-se difícil uma pequena empresa, com baixo capital e experiência no mercado, inserir-se e estabilizar-se como potencial agente econômico, sobretudo porque deverá concorrer com outras empresas maiores, com mais tempo de experiência e recursos para investir em suas atividades. Nesse sentido, para manter um grau de paridade entre as microempresas e empresas de pequeno porte (as quais, potencialmente, poderão se tornar, no futuro, grandes empresas) e as grandes empresas, a Constituição Federal permite, por exemplo, que seja conferido às primeiras tratamento diferenciado por parte do Estado, sobretudo no que diz respeito ao cumprimento de suas obrigações de natureza fiscal, laboral e previdenciária, simplificando o cumprimento de tais obrigações e, por conseguinte, reduzindo custos²⁵¹. Nesse sentido, o art. 170 da Constituição de 1988 prescreve que os entes federados irão conceder às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado, através da simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, podendo, inclusive, eliminar ou reduzir tais obrigações mediante lei específica.

3.2.3 Intervenção econômica na Constituição de 1988

A expressão *intervenção econômica* tem sido amplamente utilizada na literatura jurídica como instituto típico do Direito Econômico. Em que pese, no decorrer desta obra, estarmos adotando a expressão *intervenção econômica* como sinônimo de *regulação econômica*, em verdade a primeira possui acepção muito mais ampla, não exaurindo-se apenas como

²⁵¹ É o que prescreve o art. 179, da Constituição de 1988, ao prescrever qual seria as hipóteses de tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte: “Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

instrumento de correção das falhas de mercado. Do ponto de vista constitucional, a intervenção econômica atua não somente para corrigir as falhas de mercado, mas também para a implementação dos objetivos positivos do Estado, a exemplo dos princípios da Ordem Econômica. Por outro lado, esses mesmos princípios funcionam como parâmetros e limites da intervenção do Estado na economia.

Conforme já afirmamos, especificamente no caso brasileiro, a possibilidade de o Estado intervir na economia deflui do próprio modelo político-econômico contemplado na Ordem Econômica Constitucional, que buscou dar relevo ao aspecto social, ao mesmo tempo em que garante a livre iniciativa e a livre concorrência (cujos limites são delineados exatamente por meio da intervenção econômica). Tal opção do constituinte – que traduz um determinado momento histórico-político – varia no tempo e na forma. Sob esse aspecto, é necessário examinar as formas pelas quais o Estado intervém na economia e como a Constituição Federal 1988 prevê e disciplina tal matéria.

A literatura do Direito Econômico tem sido prolífica na construção das diferentes modalidades de intervenção econômica do Estado. Nesse sentido, uma tradicional classificação das formas de intervenção do Estado é a proposta pelo jurista português Luís S. Cabral de Moncada, que diferencia a intervenção em *direta* e *indireta*, apresentando uma ampla análise de ambas as formas de intervenção em sua obra *Direito Económico*²⁵².

A intervenção *direta* ocorre quando o próprio Estado figura como agente econômico, explorando determinada atividade por intermédio de empresas estatais, detendo participações em empresas privadas ou até mesmo intervindo na atividade de importação, importando diretamente certos bens em regime de monopólio legal de importação, com o objetivo de não desequilibrar o mercado interno²⁵³.

Já na intervenção *indireta*, o Estado busca regular a economia através de medidas de caráter fiscalizador (polícia econômica), através da criação de infraestruturas ou de estímulo (fomento), sem atuar diretamente na exploração de determinada atividade econômica²⁵⁴. Dentre os meios de fomento econômico, inserem-se os *benefícios fiscais*²⁵⁵ (que representam os *incentivos fiscais*, conforme classificação adotada nesta obra), podendo ser concedidos sob diferentes formas, como deduções ou concessões de créditos tributários. No entanto, dentro da

²⁵² MONCADA, Luís S Cabral de. *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

²⁵³ MONCADA, Luís S Cabral de. *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 45.

²⁵⁴ MONCADA, Luís S Cabral de. *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 46-47.

²⁵⁵ “O benefício fiscal consiste na não cobrança por parte do Estado no todo ou em parte a determinados sujeitos de certos tributos a quem estariam obrigados face às leis gerais. Tem assim um efeito desagratório.” MONCADA, Luís S Cabral de. *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 589.

tipologia proposta por Cabral de Moncada, não há qualquer referência à intervenção indireta através do emprego de *tributos regulatórios*, com o fim de desestimular comportamentos indesejados dos agentes econômicos.

De maneira similar à classificação proposta por Luís S. Cabral de Moncada, Eros Roberto Grau diferencia as formas de intervenção do Estado *no* e *sobre* o domínio econômico em três, quais sejam: a) *intervenção por absorção* ou *participação*; b) *intervenção por direção*; c) *intervenção por indução*²⁵⁶.

A intervenção *no* domínio econômico corresponde às hipóteses de exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado, por intermédio de empresas estatais. Quando a intervenção se dá por *absorção*, o Estado explora, de maneira monopolística, determinada atividade econômica²⁵⁷. Quando intervém por *participação*, o exercício de atividade empresarial pelo Estado se dá em regime de competição com o setor privado²⁵⁸.

O setor petrolífero brasileiro representa um clássico exemplo no qual o Estado interviu tanto por absorção quanto por participação. Até o ano de 1997, a exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil era monopólio da empresa estatal Petróleo Brasileiro S.A. (“Petrobras”), em razão da previsão contida na redação primitiva do art. 177, § 1º, da Constituição Federal de 1988, representando exemplo de intervenção por absorção. Com a edição da Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995 (que alterou a redação do art. 177, § 1º, da Constituição de 1988) e, posteriormente, com a edição da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, também denominada de “Lei do Petróleo”, houve a flexibilização (ou “quebra”) do monopólio das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, sendo permitido às empresas privadas atuarem, em regime de concorrência com a Petrobras, no setor petrolífero brasileiro, correspondendo à hipótese de intervenção por participação.

Cabe destacar que no Brasil a exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado é medida de exceção, somente sendo permitida por questões de segurança nacional ou quando houver relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173 da Constituição Federal. Em outras palavras, o Estado brasileiro somente pode exercer atividade empresária em caráter excepcional, mantendo-se preferência pela atividade econômica privada²⁵⁹. No entanto, e desde que atendidos os requisitos constitucionais, não há qualquer óbice para o exercício de atividade

²⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 143.

²⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 143.

²⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 143.

²⁵⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 276.

econômica pelo Estado, inclusive em regime de monopólio, como o foi no setor petrolífero antes da edição da Emenda Constitucional nº 9/1995 e da Lei nº 9.478/1997, e como ainda permanece sendo na produção de energia nuclear, por força dos arts. 21, inciso XXIII e 177, inciso V, da Constituição de 1988.

Na intervenção *sobre* o domínio econômico, o Estado busca regular a atividade econômica de maneira indireta. A intervenção por *direção* decorre da regulação do Estado por intermédio de normas de caráter imperativo, estabelecendo comportamentos compulsórios que devem ser seguidos pelos agentes econômicos²⁶⁰, normas essas que, quando descumpridas, podem resultar na imposição de uma sanção. Típico exemplo de intervenção por *direção* são as normas criadas por uma agência reguladora voltadas para controlar determinado setor econômico. Já na intervenção por *indução*, o Estado, também se valendo de normas jurídicas, busca induzir/influenciar o comportamento dos agentes econômicos para determinados fins de interesse público, mas sem possuírem o caráter impositivo (são, portanto, normas dispositivas)²⁶¹. A tributação indutora representa exemplo por excelência de intervenção por indução. Inclusive, Eros Grau destaca que intervenção econômica por indução (incluindo o emprego de normas tributárias indutoras) pode decorrer tanto de medidas de incentivo, quando de desincentivo²⁶², enquadrando-se, do ponto de vista da tributação indutora, na distinção por nós proposta entre *incentivos fiscais e tributos regulatórios*.

Especificamente no que diz respeito à intervenção indireta (ou intervenção sobre o domínio econômico), o principal dispositivo constitucional que disciplina a matéria é o art. 174, *caput*, que confere ao Estado brasileiro a condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (esta última obrigatória para o setor público, mas apenas indicativa para o setor privado).

A condição de agente normativo e regulador traduz, em sua essência, o perfil de Estado regulador atribuído ao Brasil desde a década de 1980, no qual o Estado reduz sua participação ou afasta-se do exercício na atividade econômica, transferindo-o para o setor privado, mas

²⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 143.

²⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 142-143.

²⁶² Eros Grau destaca que a indução nem sempre manifesta-se de forma positiva: “[...] Também há *norma de intervenção por indução* quando o Estado, v.g., onera por imposto elevado o exercício de determinado comportamento, tal como no caso de importação de certos bens. A indução, então, é negativa. A norma não proíbe a importação desses bens, mas a onera de tal sorte que ela se torna economicamente proibitiva.” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 145.

mantendo as funções de regulação (principalmente através de normas jurídicas) e fiscalização dos diferentes setores econômicos²⁶³. Nesse sentido, para que haja a função fiscalizatória, é necessária uma atuação prévia do Estado enquanto agente normativo, criando normas jurídicas que funcionarão como parâmetro de observância pelos agentes econômicos inseridos em determinado mercado regulado²⁶⁴.

Por outro lado, a Constituição de 1988, ao conceber que o Estado, enquanto agente regulador, pode empregar o incentivo ou fomento como instrumento de intervenção na economia, tem como objetivo o estímulo determinado comportamento ou atividade econômica, ou até mesmo para a criação de novos mercados, em atendimento ao interesse público²⁶⁵. Tal função de incentivo, consoante já examinado, pode adotar diferentes formas, a exemplo da concessão de incentivos fiscais, benefícios financeiros e creditícios e financiamentos públicos diversos.

Por fim, acerca da função de planejamento – a qual, conforme dispõe o art. 174, *caput* da Constituição Federal, é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado – ela possui como escopo direcionar a economia para fins de caráter público, através de instrumentos dotados de racionalidade, ou seja, as decisões e planos econômicos criados pelo governo devem adotar critérios técnicos e metas objetivas²⁶⁶. Comumente instrumentalizado através de atos ou documentos de natureza jurídica, o planejamento propõe e hierarquiza os objetivos de política econômica que devem ser alcançados em prazos determinados, estabelecendo medidas adequadas à sua execução²⁶⁷. Eros Roberto Grau destaca que o planejamento não corresponde a uma modalidade autônoma de intervenção, mas uma qualificação a ser conferida aos diferentes tipos de intervenção econômica (intervenção *no* e *sobre* o domínio econômico), conferido maior racionalidade à atividade interventiva do Estado²⁶⁸.

²⁶³ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 302.

²⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 304.

²⁶⁵ Nesse sentido, destaca Luís S. Cabral de Moncada: “Através do fomento econômico a Administração Pública actual como que «publiciza» a atividade económica privada, transformando-a de irrelevante, de indiferente do ponto de vista do interesse público, em condição e critério desse mesmo interesse público. O exercício da livre iniciativa privada passa a constituir objeto da atividade administrativa ao mesmo tempo em que se lhe imputa uma dimensão de interesse geral, transformando-a em objeto da política económica dos poderes públicos.” MONCADA, Luís S Cabral de. *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 588.

²⁶⁶ LEOPOLDINO DA FONSENCA, João Bosco. *Direito Económico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 249.

²⁶⁷ MONCADA, Luís S Cabral de. *Direito Económico*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 665.

²⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 146.

3.2.4 A tributação indutora e sua relação com os princípios da Ordem Econômica

Examinamos nos tópicos anteriores que ao Estado brasileiro é atribuída a condição de agente regulador, direcionando o comportamento dos agentes através da intervenção econômica. Uma das hipóteses de intervenção econômica dá-se através da indução tributária, por meio do qual o Estado vale-se de normas tributárias (que não necessariamente terão objetivos arrecadatórios) para induzir a prática ou a abstenção de certa conduta por parte dos agentes econômicos, em atendimento a fins de interesse público.

Nesse sentido, sob a perspectiva da Constituição de 1988, a intervenção via tributação indutora não é empregada discricionariamente, mas deve respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico-constitucional e, principalmente, pela Ordem Econômica, posto representar umas das formas de intervenção do Estado na economia. Por outro lado, a Ordem Econômica – em especial seus princípios – não deve ser encarada apenas como um limite, mas como verdadeiro estímulo para o emprego de normas tributárias indutoras como instrumento de intervenção econômica²⁶⁹. Em verdade, a tributação, inclusive para fins regulatórios, não pode ser examinada de forma dissociada da Ordem Econômica²⁷⁰, já que ela representa o principal fundamento jurídico-constitucional a legitimar a intervenção do Estado via normas tributárias indutoras. Devido a tal relação de pertinência, é possível examinar a tributação indutora a partir de seu vínculo com os diferentes princípios da Ordem Econômica, anteriormente apresentados.

Tendo em vista que o princípio da *soberania nacional* tem como consequência a busca da soberania econômica (por meio da redução da dependência econômica) do país dentro do contexto internacional, o Estado brasileiro pode alcançar tal objetivo através do estímulo ao mercado interno. Esse estímulo pode se dar mediante a concessão de incentivos fiscais voltados para fomentar determinados setores econômicos de caráter estratégico, a exemplo da produção agrícola e pesquisa tecnológica²⁷¹. Por outro lado, o emprego de incentivos fiscais para tal finalidade pode esbarrar em restrições impostas por organizações internacionais, a exemplo da Organização Mundial do Comércio, principalmente quando esses incentivos se configurarem

²⁶⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 37.

²⁷⁰ “Sobre a relação entre tributação e Ordem Econômica, deve-se ponderar que a primeira não é um corpo estranho na última, mas parte dela e por isso deve estar em coerência com a Ordem Econômica, submetendo-se a ela. Se a lei tributária influi na Ordem Econômica, então ela já não mais se justifica apenas com argumentos extraídos da doutrina tributária.” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87.

²⁷¹ BOMFIM, Diego. *Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 95.

como medida de caráter protecionista vedada pela OMC, em particular nos casos de concessão de subsídios específicos²⁷².

Se, por um lado, a tributação (do ponto de vista da sua função arrecadatória) representa uma constrição legítima à *propriedade privada* (afinal, o Estado depende da transferência de recursos privados obtidos por meio da tributação para a manutenção de suas atividades essenciais), quando enxergado sob a óptica da função indutora, deve respeitar os limites inerentes ao direito de propriedade. Conforme destaca Luís Eduardo Schoueri, a norma tributária indutora, por não possui como finalidade imediata a arrecadação, deve-se se sujeitar às limitações decorrentes do direito de propriedade, sobretudo quando tal norma indutora tem o condão de constranger o patrimônio dos indivíduos²⁷³. Quando examinada sob a perspectiva dos incentivos fiscais, a norma tributária indutora não teria a capacidade de constranger o direito de propriedade, pelo contrário, já que decorre de uma medida de não-tributação ou menor tributação. No entanto, do ponto de vista dos tributos regulatórios, é possível vislumbrar hipóteses nas quais o emprego da tributação indutora pode resultar numa interferência desproporcional no patrimônio particular, motivo pelo qual deve-se adota o princípio da propriedade privada como instrumento de parâmetro para o tributo regulatório, principalmente quando esse possui efeito confiscatório.

O princípio da *função social da propriedade*, ao limitar o próprio exercício do direito de propriedade, possui interessantes desdobramentos do ponto de vista da tributação indutora. Isso porque a própria Constituição Federal permite que determinados tributos que incidem sobre a propriedade (a exemplo do IPTU e do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR), possuam alíquotas progressivas, que serão mais elevadas quando o imóvel não atender a sua função social. No caso do IPTU, a Constituição de 1988 prevê, em seu art. 182, § 4º, inciso II, que os municípios poderão instituir IPTU progressivo no tempo quando o proprietário de imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado não promova seu adequado aproveitamento, conforme os critérios previstos em lei específica. Quanto ao ITR, a Constituição Federal, em seu art. 153, § 4º, inciso I, determina que o referido imposto será progressivo e terá suas alíquotas estabelecidas de maneira a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas. Tais normas tributárias indutoras funcionam como um desestímulo à comportamentos contrários à função social da propriedade, impondo agravamentos contra contribuintes que possuem bens imóveis que não atendem a sua função social.

²⁷² Cf. nota nº 132.

²⁷³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 92.

Relativamente à *livre concorrência*, já se afirmou anteriormente que o referido princípio impõe um dever para o Estado no que tange à manutenção um ambiente de competitividade entre os agentes econômicos, possibilitando que estes possam entrar e permanecer no mercado, bem como coibindo condutas que se configurem como abuso de poder econômico. Do ponto de vista tributário, a Constituição Federal determina que as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica (hipótese de intervenção direta do Estado na economia) irão se sujeitar ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive no que diz respeito aos direitos e obrigações civis, empresariais, trabalhistas e tributárias, conforme dispõe o art. 173, § 1º, inciso II. Dessa forma, o Estado, quando atua no domínio econômico exercendo atividade empresarial, deve se submeter às mesmas regras das empresas privadas, não podendo gozar, por exemplo, de incentivos fiscais voltados exclusivamente para o setor público²⁷⁴. A justificativa, por óbvio, decorre do fato de que em tais casos o Estado está atuando no mercado de maneira análoga a uma empresa privada, e um determinado privilégio tributário poderia gerar verdadeiro desequilíbrio concorrencial, em razão da desoneração que seria conferida a uma empresa estatal que explorasse atividade econômica²⁷⁵.

No entanto, no que diz respeito à relação entre tributação indutora e livre concorrência, provavelmente o dispositivo constitucional de maior relevo correspondendo ao art. 146-A, da Constituição de 1988. Tal norma, incluída pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, prescreve que lei complementar poderá adotar critérios especiais de tributação, com a finalidade de prevenir desequilíbrios concorrenciais, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. Até o momento não houve a edição da referida lei complementar, seja pela União, seja por outro ente federado, no entanto o art. 146-A da CF/1988 apresenta importantes discussões práticas do ponto de vista da tributação indutora e sua relação com a livre concorrência. O principal questionamento que se

²⁷⁴ Tal regra possui relação direta com a vedação à extensão da imunidade tributária (a qual impede que a União, os Estados, o DF e os Municípios tribuem o patrimônio, a renda e os serviços de determinados sujeitos) aos empreendimentos privados – incluindo as empresas públicas e sociedades de economia mista – relacionados com exploração de atividades econômicas regidas, conforme disposto no art. 150, § 3º, da CF/1988.

²⁷⁵ No entanto, o Supremo Tribunal Federal possui precedente (Recurso Extraordinário nº 601.392/PR) no qual foi reconhecida a imunidade tributária recíproca para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), incluindo o serviço denominado de “Banco Postal”, que configura-se como hipótese de exploração de atividade econômica (serviços bancários), exercida em regime de concorrência com as demais instituições financeiras privadas. Dessa forma, a ECT não está sujeita ao pagamento de impostos sobre o seu patrimônio, renda e serviços, incluindo os serviços bancários realizados pelo Banco Postal. A justificativa do STF para o reconhecimento da imunidade tributária neste caso (não obstante representar uma potencial hipótese de privilégio fiscal contrário ao princípio da livre concorrência) diz respeito à essencialidade do serviço prestado, bem como o fato de que os serviços bancários prestados pelo Banco Postal alcançarem regiões do território brasileiro onde não há agências bancárias disponíveis para seus habitantes.

faz é: quais seriam os critérios especiais de tributação voltados prevenir desequilíbrios da concorrência?

Diego Bomfim posiciona-se no sentido de que a regra prevista no art. 146-A da Constituição de 1988 impõe que os entes políticos, na criação da norma regulamentadora, adotem critérios para impedir que a própria tributação represente um fator de desequilíbrio concorrencial²⁷⁶. No entanto, como alerta o autor, em que pese a previsão contida no dispositivo constitucional mencionado, as disposições contidas na legislação antitruste brasileira já são, *per se*, instrumentos muito mais hábeis e eficazes do que a tributação no que diz respeito à prevenção e repressão de condutas anticoncorrenciais²⁷⁷.

Por outro lado, José Luis Ribeiro Brazuna sustenta a ideia de que o disposto no art. 146-A da CF/1988, em que pese ainda não haver norma complementar regulamentado os critérios especiais de tributação, poderia ser aplicado em casos tais como: a) o descumprimento da legislação tributária por parte dos agentes econômicos (por exemplo, através da sonegação fiscal), criando condições para esses agentes pratiquem preços predatórios (hipótese de abuso de poder econômico), motivo pelo qual devem-se criar obrigações tributárias acessórias especiais para coibir tais práticas²⁷⁸; b) a criação de um imposto sobre lucros não distribuídos, que já chegou a ser empregada nos EUA, cujo objetivo era evitar a concentração de poder econômico de determinadas empresas, estimulando a distribuição de lucros entre seus sócios (ou desestimulando a não distribuição de lucros)²⁷⁹; c) a instituição de uma CIDE sobre atos de concentração, incidente sobre a operações de fusão ou incorporação de empresas concorrentes com elevado capital social²⁸⁰; d) emprego da tributação indutora para a internalização das externalidades decorrentes de atividades poluidoras (mediante a redução da alíquota de determinados tributos, quando o agente econômico adotar práticas que causem menor degradação ambiental), já que, em alguns casos, desequilíbrios concorrenciais podem decorrer da poluição ambiental²⁸¹.

²⁷⁶ Nas palavras do autor: “Os distúrbios concorrenciais que devem ser prevenidos pela instituição de critérios especiais de tributação são aqueles gerados, potencialmente, pelo próprio exercício da tributação. Não se trata, portanto, de autorização para correções, pela tributação, de falhas estruturais mercadológicas, triviais e esperadas em um contexto de assunção de inexistência de concorrência perfeita.” BOMFIM, Diego. *Tributação e livre concorrência*. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 195.

²⁷⁷ BOMFIM, Diego. *Tributação e livre concorrência*. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 195.

²⁷⁸ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação – à luz do Artigo 146-A da Constituição* – Série Doutrina Tributária v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 206-207.

²⁷⁹ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação – à luz do Artigo 146-A da Constituição* – Série Doutrina Tributária v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 217-218.

²⁸⁰ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação – à luz do Artigo 146-A da Constituição* – Série Doutrina Tributária v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 219.

²⁸¹ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação – à luz do Artigo 146-A da Constituição* – Série Doutrina Tributária v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 221-222.

Acerca da *defesa do consumidor* e sua relação com a tributação indutora, aponta Luís Eduardo Schoueri que o emprego da seletividade na tributação (por meio do qual se tributa menos bens tidos como essenciais, em detrimento de outros bens, de caráter suntuário, por exemplo), representaria hipótese de aplicação de norma tributária indutora voltada à proteção do consumidor²⁸². No mesmo sentido, Diego Bomfim destaca que normas voltadas para a simplificação do sistema tributário podem representar, mesmo que de forma indireta, hipóteses de extrafiscalidade relacionada à defesa do consumidor, sobretudo quando tais normas têm como escopo informar ao consumidor a carga tributária incidente sobre os bens e serviços²⁸³. Exemplo de tal norma é a Lei nº 12.741, de 8 de dezembro de 2012, que determina que seja informado aos consumidores o valor aproximado correspondente ao total dos tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre as mercadorias e serviços, cuja incidência repercute na formação dos preços. A Lei nº 12.741/2012, foi criada para regulamentar o disposto no art. 150, § 5º, da CF/1988, que prevê a edição de lei para determinar medidas voltadas para o esclarecimento dos consumidores relativamente aos impostos incidentes sobre mercadorias e serviços.

A *defesa do meio ambiente* representa princípio com ampla margem de atuação para a tributação indutora²⁸⁴. Recordemo-nos que, do ponto de vista da regulação econômica, desde os trabalhos seminais de Pigou tributos regulatórios têm sido encarados como importante mecanismo de correção das externalidades negativas, a exemplo da poluição ambiental. Por outro lado, do ponto de vista jurídico, ao alçar a defesa do meio ambiente à princípio da Ordem Econômica, a Constituição abre margem para a intervenção estatal no sentido de garantir a concretização do referido princípio, inclusive via tributação. Nesse sentido, Isabel Arruda Matheos de Lima afirma que a Constituição de 1988, ao incluir a defesa do meio ambiente como princípio da Ordem Econômica, “constitucionalizou” o uso de normas tributárias indutoras (sejam incentivos fiscais ou tributos regulatórios) para a proteção do meio ambiente²⁸⁵. Por outro lado, Luís Eduardo Schoueri destaca que normas tributárias indutoras de caráter ambiental não devem ser examinadas apenas enquanto instrumento de internalização

²⁸² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 97.

²⁸³ BOMFIM, Diego. *Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 101-102.

²⁸⁴ “Constitui a defesa do meio ambiente campo fértil para o emprego de normas tributárias indutoras. [...] o tributo serve de mecanismo para internalizar os custos ambientais, gerando o que Gawel denomina de uma correção na alocação (*Allokationskorrektur*), que ele apresenta como uma mudança comportamental no emprego de bens ambientais, sendo tal objetivo alcançado mediante uma retirada dirigida de recursos no setor privado.” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 97.

²⁸⁵ LIMA, Isabel Arruda Matheos de. *Normas Tributárias Indutoras Ambientais*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. p. 150-151.

das externalidades negativas, mas encarar a proteção ambiental em sentido amplo, o qual envolve a discussão em torno da irreversibilidade decorrente de ser atividades que degradam o meio ambiente (como a extinção de uma espécie animal ou vegetal), o caráter global e dinâmico do meio ambiente e a dificuldades em se mensurar as vantagens e desvantagens de uma medida de caráter ambiental, sobretudo em razão dos efeitos para as gerações futuras²⁸⁶.

Conforme anteriormente mencionado, a Constituição de 1988 conferiu à *redução das desigualdades sociais e regionais* o caráter de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme previsão contida em seu art. 3º, inciso III. Em seu art. 43, § 3º, inciso III, a Constituição permite que a União conceda incentivos (a exemplo das isenções, reduções e diferimento no pagamento de tributos) com o escopo de promover o desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais. Na sequência, em seu art. 151, inciso I, parte final, a Constituição confere à União a possibilidade de conceder incentivos fiscais destinados a reduzir as desigualdades socioeconômicas entre as diferentes regiões do país.

A respeito do princípio da *redução das desigualdades regionais e sociais*, normas tributárias indutoras têm sido amplamente empregadas como instrumento de efetivação do referido princípio. Por meio da extrafiscalidade (mediante a concessão de incentivos fiscais, por exemplo), busca-se equilibrar o desenvolvimento social e econômico em nível regional²⁸⁷. A lógica por detrás da concessão de incentivos fiscais para a redução de desigualdades sociais e regionais é exatamente atribuir tratamento tributário desigual para determinados agentes econômicos, para que a norma tributária atue como instrumento de indução, permitindo que empresas e investimentos sejam alocados em regiões economicamente pouco desenvolvidas, com o fim de promover o seu desenvolvimento. Nesse sentido, a redução das desigualdades sociorregionais está diretamente vinculada à promoção do desenvolvimento.

Sobre a *busca do pleno emprego* (CF/1988, art. 170, inciso VIII), a norma tributária indutora deve atuar no sentido de estimular a atividade geradora de empregos, bem como incentivar a criação de empresas que façam amplo uso de mão-de-obra²⁸⁸. Não sem razão, a própria Constituição de 1988, em seu art. 195, § 9º, permite que as contribuições sociais possuam alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica

²⁸⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 98.

²⁸⁷ BOMFIM, Diego. *Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 93.

²⁸⁸ BOMFIM, Diego. *Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 108.

exercida, da intensiva utilização de mão-de-obra, do tamanho da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho²⁸⁹.

Com relação ao *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte*, já havíamos mencionado que, dentre as formas de incentivos, a simplificação das obrigações tributárias representa um mecanismo de incentivo bastante usual, reduzindo os custos das microempresas e empresas de pequeno porte e tornando-as mais competitivas. Uma modalidade de incentivo comumente adotada são os regimes especiais de tributação, já examinados no capítulo anterior²⁹⁰, a exemplo do Simples Nacional (disciplinado pela Lei Complementar nº 123/2006, enquadrando como um incentivo fiscal. Através do Simples Nacional, as firmas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte gozam de simplificação na arrecadação de diferentes tributos, mediante a aplicação de uma única alíquota, que varia em razão da receita bruta da empresa.

²⁸⁹ Martha Toríbio Leão também destaca que a busca do pleno emprego é “[...] o princípio que fundamenta medidas de desoneração da folha de salários, como aquela promovida pela Medida Provisória nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/12, estabelecendo que a contribuição previdenciária passaria a incidir sobre a receita, e não mais sobre a folha de pagamento de empresas de determinadas atividades.” LEÃO, Martha Toríbio. *Controle da Extrafiscalidade* – Série Doutrina Tributária v. 16. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 74.

²⁹⁰ Cf. Capítulo 2, item 2.2.2.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E ECONOMIA DA TRIBUTAÇÃO

*“It is somewhat surprising that so conspicuous a truth as the interaction of economics and law should have waited so long for recognition – a recognition by no means universal. Some of those who question it maintain the independence and self-sufficiency of law, while others maintain that of economics. [...] In reality, law and economics are ever and everywhere complementary and mutually determinative, like form and content.”*²⁹¹

BEROLZHEIMER, Fritz. *The World's Legal Philosophies*. Trad. Rachel Szold Jastrow. New York: Macmillan & Co., 1929. p. 23.

*What is the best tax system, not only for the exchequer but for society itself? What are the consequences of various taxes for the fortunes of the taxpayers and for the relative position of the various classes of the people? What is the effect of taxation, not only on the citizen's material output, but on their very freedom and way of life? All these are so many questions which must be probed and to which it is desirable that we should find an answer.”*²⁹²

LEROY-BEAULIEU, Paul. On Taxation in General. In: MUSGRAVE, Richard A.; PEACOCK, Alan T. *Classics in theory of public finance*. New York: St. Martin's Press, 1994. p. 152.

Iniciaremos este capítulo com a apresentação de conceitos básicos da Análise Econômica do Direito, bem com aplicando-os ao estudo da tributação em sentido amplo. Para tanto, são necessárias algumas justificativas.

Conforme já afirmado, este trabalho, em razão de seu objeto, não se propõe a realizar uma análise exclusivamente jurídica das normas tributárias indutoras (análise essa que, de resto, já foi tratada por diferentes autores). A perspectiva econômica, portanto, representa um pressuposto metodológico essencial a ser seguido pela tese. Nesse sentido, diversos conceitos advindos da Ciência Econômica (e incorporados à Análise Econômica do Direito) servirão como instrumento de investigação relativamente à eficiência e das consequências das normas tributárias indutoras enquanto instrumento de intervenção econômica.

Com exceção dos economistas (e juseconomistas), de maneira geral tais conceitos econômicos não estão inseridos na gramática do pesquisador do Direito brasileiro, sobretudo em razão da sua tecnicidade e inserção em campo de conhecimento comumente alheio à ciência

²⁹¹ Em tradução livre: “É um tanto surpreendente que uma verdade tão conspícua como a interação da economia e do direito deveria ter esperado tanto tempo para o reconhecimento – um reconhecimento de modo algum universal. Alguns dos que a questionam sustenta a independência e a autossuficiência do direito, enquanto outros sustentam a da economia. [...] Na realidade, direito e economia são sempre e em todos os lugares complementares e mutuamente determinantes, como forma e conteúdo.”

²⁹² Em tradução livre: “Qual é o melhor sistema tributário, não só para o Tesouro, mas para a própria sociedade? Quais são as consequências de vários tributos para a fortuna dos contribuintes e para a posição relativa das várias classes do povo? Qual é o efeito da tributação, não só sobre a produção material dos cidadãos, mas sobre sua própria liberdade e modo de vida? Todas elas são perguntas que devem ser sondadas e para as quais é desejável que devamos encontrar uma resposta.”

jurídica tradicional. Dessa forma, uma análise detida dos fundamentos da Análise Econômica do Direito representa critério elementar para a compreensão do objeto da obra.

Por outro lado, em se tratando de um estudo da tributação, há particularidades que devem ser examinadas para além do Direito & Economia, principalmente porque a tributação já representa, *per se*, um campo de conhecimento estudado pela Ciência Econômica anteriormente a própria constituição da Análise Econômica do Direito enquanto corpo teórico autônomo (que só se consolida em meados do século XX²⁹³). Recordemo-nos, por exemplo (e apenas para ficar no âmbito do objeto desta tese) que a tributação indutora já era alvo de investigação de economistas e financistas clássicos entre os séculos XIX e XX, como Adolph Wagner, Edwin R. A. Seligman e Arthur C. Pigou²⁹⁴.

Junta-se a isso o fato de que contemporaneamente os aspectos econômicos da tributação passaram a ser examinados sob a perspectiva da Economia do Setor Público (*Public Economics* ou *Economics of Public Sector*), como, por exemplo, a interação entre tributação e eficiência econômica, os efeitos os distorcivos das normas tributárias, a incidência econômica dos tributos, a estrutura ideal de um sistema tributário, o que vem a ser um tributo ótimo, dentre outros temas. Tais tópicos, longe de estarem dissociados da Análise Econômica do Direito, complementam-se, ao menos no que diz respeito à abordagem de Análise Econômica do Direito Tributário.

Dessa maneira, a proposta desse capítulo, para além de uma leitura dos conceitos básicos da Análise Econômica do Direito, é aplicá-los no estudo da tributação, incorporando discussões e critérios elementares de outros campos da Ciência Econômica que também investigam o fenômeno tributário. Pretende-se com isso formular o alicerce necessário para a compreensão da tributação indutora sob a perspectiva do Direito & Economia.

No primeiro tópico apresentaremos conceitos e postulados centrais da Análise Econômica do Direito, como escassez, custos de oportunidade, escolha racional, equilíbrio e eficiência econômica. A relevância desses conceitos, conforme iremos expor, não é casuística, conferindo suporte tanto para o tópico seguinte (que irá abordar aspectos econômicos da tributação), assim como para as reflexões críticas que serão empreendidas no próximo capítulo. O segundo tópico, por seu turno, ao examinar conceitos e fundamentos básico da teoria

²⁹³ “Enquanto os fundamentos teóricos da escola de Direito & Economia podem ser identificados [...] a partir de Adam Smith ou de Jeremy Bentham, foi somente na década de 1960 que o interesse na aplicação de conceitos da teoria econômica ao direito se consolidou. Graças aos estudos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Pietro Trimarchi, Henry Mane, Gary Becker e Richard Posner, entre tantos outros, Direito & Economia se tornou uma disciplina acadêmica autônoma e com muitos seguidores pelo mundo.” PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 87.

²⁹⁴ Cf. Capítulo 2, item 2.1.3.

econômica da tributação (e da Análise Econômica do Direito Tributário como um todo), pretende consolidar temas que possuem desdobramentos e ramificações no que tange à tributação indutora, em particular no que diz respeito ao seu emprego enquanto instrumento de intervenção econômica.

4.1 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme o conceito proposto por Nicholas Mercurio e Steven G. Medema na obra *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond*, a Análise Econômica do Direito pode ser compreendida como a aplicação da teoria econômica (em especial da Microeconomia e alguns conceitos básicos da Economia do Bem-Estar) no exame da formação, estrutura, processos e impacto econômico do Direito e das normas jurídicas²⁹⁵. Sob outra perspectiva, o Direito & Economia também pode ser encarado como o emprego dos métodos da Ciência Econômica para o examinar (e propor soluções) para problemas jurídicos e, inversamente, em como o Direito e as normas jurídicas influenciam o sistema socioeconômico²⁹⁶.

A proposta da Análise Econômica do Direito é criar uma agenda de pesquisa comum à juristas e economistas no que diz respeito à análise do fenômeno jurídico sob a perspectiva de determinados pressupostos básicos da Economia. Valendo-se dos conceitos teóricos e empíricos fornecidos pela Ciência Econômica, a Análise Econômica do Direito investiga o funcionamento da norma jurídica enquanto mecanismo modificador do comportamento dos indivíduos²⁹⁷. A norma jurídica implica a criação de custos e benefícios para a sociedade, resultando em incentivos e desincentivos para que os agentes a cumpram ou não. Cabe ao

²⁹⁵ MERCURIO, Nicholas; Steven G. Medema. *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond*. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 1.

²⁹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 88.

²⁹⁷ “*Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good; presumably, people also respond to more severe legal sanctions by doing less of the sanctioned activity. Economics has mathematically precise theories (price theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) for analyzing the effects of the implicit prices that laws attach to behavior.*” Em tradução livre: “A economia forneceu uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções parecem preços e, presumivelmente, as pessoas respondem a essas sanções tanto quanto respondem aos preços. As pessoas respondem a preços mais altos consumindo menos do bem mais caro; Presumivelmente, as pessoas também respondem a sanções legais mais severas fazendo menos da atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria dos preços e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) para analisar os efeitos dos preços implícitos que as leis atribuem ao comportamento.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 3.

Direito & Economia analisar os efeitos da norma sobre os indivíduos, averiguando se ela atinge sua função ou se é imperfeita (ou inócua) enquanto instrumento de regulação social, abrindo espaço para a reflexão e formulação de novos arranjos institucionais que sejam dotados de um maior grau de eficácia social²⁹⁸.

Para tanto, a Análise Econômica do Direito adota algumas características, a exemplo da rejeição do império do Direito perante a realidade socioeconômica (tendo como consequência o fato de que as normas jurídicas devem ser criadas e estudadas tendo como pressuposto o seu reflexo no mundo do ser); o emprego de métodos de outras áreas do conhecimento, seja dentro da própria Economia (como a Microeconomia, a Teoria dos Jogos, a Estatística, a Econometria etc.), ou de áreas correlatas, como a psicologia, a política, a filosofia etc.; dá ênfase ao aspecto instrumental do Direito, isto é, as normas jurídicas também devem ser encaradas como um meio para a consecução de determinados fins, fins estes decorrentes dos valores e princípios de uma dada sociedade (os quais, inclusive, poderão estar positivados no próprio ordenamento jurídico, a exemplo dos diferentes princípios constantes na Constituição).

Uma importante observação reside no fato de que a Análise Econômica do Direito não deve ser encarada como um corpo coeso de fórmulas e conceitos, unanimemente aceitos entre os estudiosos do tema. Ao contrário. Assim como a própria Ciência Jurídica possui diferentes correntes teóricas, a Análise Econômica do Direito, ao acompanhar a própria evolução do pensamento econômico, também possui diversas abordagens e teorias que não necessariamente são unânimes entre os juseconomistas. Em razão disso, existem diversas “escolas” do Direito & Economia, escolas essas que, por vezes, convergem acerca de determinados conceitos e problemas, ou então adotam critérios próprios na análise econômica que empreendem, a exemplo da Escola de Chicago, da Escola da Escolha Pública, da Escolha Institucionalista, da Escola Neoinstitucionalista, da Escola de New Haven, da Escola Austríaca, dentre outras²⁹⁹.

Para o objeto de nossa análise, interessa-nos alguns conceitos fundamentais da Análise Econômica do Direito, comumente aceitos e compartilhados pelas diferentes correntes teóricas,

²⁹⁸ “[...] a abordagem de Direito & Economia permite uma visão do direito que é complementar e mais ancorada no cotidiano econômico e social do que a instrumental. Ao focar a lógica e o impacto das relações legais que governam a sociedade, a influência do direito na economia e, por seu turno, da economia no direito, essa abordagem mostra que pé mais fácil compreender as duas áreas, direito e economia, juntas do que separadas. A própria origem histórica do movimento de Direito & Economia mostra a influência desse objetivo de aproximar a análise das instituições do direito daquela que se faz sobre seu papel de organizador das relações econômicas e sociais.” PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 86.

²⁹⁹ Para uma análise pormenorizada das diferentes escolas da Análise Econômica do Direito, cf. a *Encyclopedia of Law and Economics* (disponível em: <http://reference.findlaw.com/lawandeconomics.html>) e MERCURO, Nicholas; Steven G. Medema. *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond*. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

a exemplo da escassez, dos custos de oportunidade, da maximização e da escolha racional, do equilíbrio e a eficiência econômica. A escolha por tais pressupostos metodológicos não foi gratuita, mas coaduna-se com os pressupostos da tributação indutora enquanto instrumento de regulação econômica, correção das falhas de mercado e, no caso do direito brasileiro, de concretização dos princípios da Ordem Econômica Constitucional.

Dessa maneira, tais critérios servirão de fundamento tanto para o exame dos aspectos econômicos da tributação (compreendida em sentido amplo), conforme examinaremos na segunda parte deste capítulo, bem como para a abordagem crítica da tributação indutora, que será empreendida no capítulo subsequente.

4.1.1 Escassez, *trade-offs* e custo de oportunidade

Em sua essência, a Ciência Econômica lida com um pressuposto elementar, qual seja, a de que os agentes econômicos possuem necessidades ilimitadas. Do ponto de vista ético, filosófico ou moral, tal pressuposto pode parecer equivocado ou até mesmo imoral. No entanto, a experiência prática permite concluir que tal assertiva é verdadeira. O ser humano está continuamente em busca de satisfazer suas necessidades. Por outro lado, no decorrer do tempo novas necessidades vão sendo criadas, por diversos fatores, seja em razão da cultura do consumismo ou da inovação tecnológica, por exemplo. Em verdade, o desejo por novos bens e serviços funciona, por vezes, como verdadeiro critério distintivo da identidade para determinados indivíduos, não obstante tal critério ser discutível e criticável do ponto de vista social e filosófico. Sob outra perspectiva, as necessidades humanas sequer são refreadas pela licitude/ilicitude dos bens e serviços almejados. Basta analisar os diferentes mercados negros, como o de narcóticos, de armas e de prostituição. Tais espaços de transações ilegais existem porque há demanda, e a demanda surge em razão das necessidades dos agentes econômicos.

A partir do pressuposto das necessidades humanas ilimitadas, surge um conceito fundamental para a Economia, qual seja, o de *escassez*. As necessidades humanas esbarram num limite incontornável: a de que os recursos são escassos, finitos. Em que pese o avanço da tecnologia no decorrer dos séculos, a regra (ou lei) da escassez é incontornável³⁰⁰.

Em verdade, é o postulado da escassez que justifica a própria razão de ser da Ciência Econômica. Se os recursos não fossem limitados, todos os indivíduos satisfariam suas necessidades, cessando qualquer conflito decorrente da alocação de recursos e, por conseguinte,

³⁰⁰ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 25.

inexistiria problema econômico a ser solucionado³⁰¹. Não sem razão, Lionel Robbins, em sua obra *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, conceitua a Economia como a “ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos”³⁰².

Sob outra perspectiva, o Direito também possui relação direta com o conceito de escassez, relação essa que pode ser apresentada sob duas perspectivas. A primeira delas diz respeito à própria função do Direito: é o postulado da escassez que justifica a necessidade do Direito enquanto instrumento de pacificação de conflitos. Isso porque se todos as necessidades individuais fossem ilimitadas (ou seja, se não houvesse escassez), não haveria conflitos e, por conseguinte, não haveria necessidade do Direito. É o sistema jurídico de uma determinada sociedade que estabelece as regras de distribuição, fruição e limitação dos recursos escassos entre seus indivíduos, ao mesmo tempo em que impõe sanções caso tais regras não sejam cumpridas. A outra relação entre a escassez e o Direito decorre do papel que o atual modelo de Estado de Bem-Estar Social assume na atualidade. No caso do Brasil, onde a Constituição de 1988 criou um amplo rol de direitos fundamentais, econômicos e sociais que devem ser garantidos pelo Estado, deparamo-nos, por vezes, com decisões difíceis em termos de alocação de recursos públicos para áreas sensíveis da sociedade. Saúde, educação, segurança pública, previdência social, todos esses representam direitos os quais são atribuição do Estado brasileiro prover. Por outro lado, tais direitos não são isentos de custos, e receita pública, naturalmente, é um recurso escasso como qualquer outro³⁰³. Dessa maneira, a consequência lógica é que é virtualmente impossível que o governo atenda a todos os direitos prescritos no ordenamento jurídico-constitucional, impondo contínuas escolhas em termos de alocação de recursos para as diferentes políticas públicas³⁰⁴.

³⁰¹ Como destaca Bruno Meyerhof Salama: “A escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem infinitos, não haveria problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem.” SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Cadernos Direito GV, v. 5, 2008, p. 16. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³⁰² No original: “*Economics is the science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses.*” ROBBINS, Lionel. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. London: Macmillan & Co., 1932, p. 15.

³⁰³ Gustavo Amaral reforça a importância de se ter em evidência o postulado da escassez enquanto limitador da concretização de direitos: “A escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. Surgindo esta, o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas. Certamente na quase totalidade dos países não se conseguiu colocar a todos dentro do padrão aceitável de vida, o que comprova não ser a escassez, quanto ao mínimo existencial, uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente.” AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 185.

³⁰⁴ É a partir de tal discussão que se formula o conceito de “custos do direito”, desenvolvido na obra de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Sobre o tema, afirmam os autores:

Inevitavelmente, os agentes econômicos, por estarem inseridos num ambiente de recursos escassos, devem fazer contínuas escolhas sobre quais recursos irão consumir. Tais escolhas impõem que os indivíduos abram mão de certos bens em detrimento de outros, exatamente em razão da finitude dos recursos, incorrendo nos denominados *trade-offs*³⁰⁵. Os *trade-offs* representam os dilemas decorrentes das escolhas feitas pelos indivíduos em razão dos recursos que tiveram que abrir mão devido à sua escassez. A partir de tal constatação, chega-se ao conceito de *custo de oportunidade*. O custo de oportunidade representa o custo ao qual incorremos quando abrimos mão de uma escolha em detrimento de outra (ou, em outros termos, representa a relação elementar entre escassez e escolha).

Toda escolha impõe um custo de oportunidade, decorrente das alternativas renunciadas em razão dos recursos escassos. De maneira ilustrativa, imaginemos um indivíduo que, ao receber seu salário mensal, e deduzidas os gastos fixos (aluguel, alimentação, saúde, transporte etc.), remanesce com um valor final que poderá ser destinado para duas finalidades: lazer ou poupança. Ao utilizar o restante de seu salário para o lazer, o indivíduo terá um ganho de bem-estar decorrente do prazer de realizar certas atividades que lhe são caras (viajar, ir ao cinema ou a um bom restaurante etc.). No entanto, deixará de poupar uma quantia que lhe poderia trazer uma maior segurança financeira a longo prazo. Por outro lado, ao poupar a quantia que lhe sobra ao final do mês, esse mesmo indivíduo poderá ter ganhos a longo prazo em razão da economia de recursos (poupança essa que poderá ter destinações diversas, como o financiamento de um imóvel ou uma aposentadoria segura). Mas, para tanto, deverá abrir mão de uma série de atividades que lhe são prazerosas, renunciando ao efeito benéfico que elas lhe propiciariam.

Tais *trade-offs* e custos de oportunidade relacionados às escolhas que os agentes econômicos realizam (e as escolhas de que abrem mão) estão atreladas à noção de *utilidade*, isto é, ao grau de importância que os indivíduos atribuem à determinados bens (ou, em outras palavras, quais os bens possuem maior utilidades para eles). Nesse sentido, da utilidade atribuída a determinada escolha/bem pelo indivíduo representa o seu custo de oportunidade, ou

“Attention to the cost of rights raises a flurry of additional questions, not just about how much various rights actually cost, but also about who decides how to allocate our scarce public resources for the protection of which rights, and for whom.” Em tradução livre: “A atenção ao custo dos direitos levanta uma série de perguntas adicionais, não apenas sobre o quanto os vários direitos realmente custam, mas também sobre quem decide como alocar os escassos recursos públicos para a proteção de quais direitos e para quem.” HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 31.

³⁰⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Cadernos Direito GV, v. 5, 2008, p. 16. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 mar. 2017.

seja, o preço implícito ou explícito que se paga pela escolha/renúncia³⁰⁶. Cabe destacar que tal preço não está, necessariamente, vinculado ao aspecto monetário, estando relacionado a preferências individuais. Sob outra perspectiva, a preocupação aqui não é com o dinheiro em si, mas com o uso que fazemos dos recursos escassos (e o dinheiro representa, em essência, um direito sobre determinados recursos). A escolha de qual profissão seguir é um exemplo disso. Diferentes profissões resultam em distintos efeitos sobre os indivíduos, seja em termos de prazer, de satisfação pessoal, de desafio intelectual e, também, de retorno financeiro. Dessa forma, as decisões profissionais que tomamos estão diretamente vinculadas à utilidade que atribuímos a essas escolhas, que irão variar em decorrência de questões subjetivas e valores individuais. Em resumo: o custo de oportunidade será sempre subjetivo e decorrente das preferências individuais do agente econômico.

A questão passa a ser, então, quais são os critérios que os agentes econômicos adotam em suas escolhas, se tais escolhas são consistentes e racionais, no sentido econômico, e se o agente econômico reage a incentivos. É o que veremos a seguir.

4.1.2 Maximização e escolha racional

Do ponto de vista da teoria econômica, as decisões sobre recursos finitos que tomamos, os custos de oportunidade que incorremos em razão das escolhas que renunciamos e a utilidade que atribuímos a determinadas escolhas em detrimento de outras não decorrem de um evento randômico, mas de uma decisão racional por parte dos agentes econômicos, que optam sempre que possível por condutas que lhe trazem um maior grau de bem-estar. Ao atender aos seus interesses pessoais mediante as decisões que tomam, afirma-se que os indivíduos são agentes *maximizadores racionais* de bem-estar (ou de utilidade)³⁰⁷.

³⁰⁶ “As escolhas efetuadas pelo agente racional são baseadas em preferências pessoais, e essas preferências, por sua vez, são elencadas com base nos valores de cada indivíduo.” CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livre-docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 50.

³⁰⁷ “Economists usually assume that each economic actor maximizes something: Consumers maximize utility (that is, happiness or satisfaction), firms maximize profits, politicians maximize votes, bureaucracies maximize revenues, charities maximize social welfare, and so forth. Economists often say that models assuming maximizing behavior work because most people are rational, and rationality requires maximization.” Em tradução livre: “Os economistas geralmente assumem que cada ator econômico maximiza algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, felicidade ou a satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam os votos, as burocracias maximizam as receitas, a caridade maximiza o bem-estar social e assim por diante. Os economistas costumam dizer que os modelos assumindo a maximização do comportamento funcionam porque a maioria das pessoas é racional, e a racionalidade exige maximização.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 12.

A maximização da utilidade no processo de tomada de decisões permite inferir, portanto, que os indivíduos (na média) agem racionalmente em suas escolhas. O comportamento racional maximizador é aplicável às mais diferentes decisões: o que consumir ou produzir, quanto gastar, quanto poupar, com quem devo me relacionar, se devo cumprir a lei ou não (no limite, se vale a pena cometer um crime) etc. Para tanto, os agentes econômicos estão continuamente calculando os custos e benefícios de suas decisões, sejam esses custos e benefícios monetários ou não³⁰⁸.

É a partir do pressuposto da maximização racional que surge a denominada *teoria da escolha racional*. Tal teoria, amplamente difundida não só na Economia (com ênfase na Microeconomia), mas nas ciências sociais como um todo, permite aos economistas elaborarem modelos teóricos de escolha racional que sejam eficazes enquanto instrumentos de predição do comportamento dos agentes econômicos.

Nesse sentido, conforme destaca Cristiano Rosa de Carvalho, os três postulados fundamentais da teoria da escolha racional são: i) os agentes econômicos buscam satisfazer seus interesses individuais, agindo no sentido de maximizar sua utilidade ou bem-estar, diante dos recursos escassos de que dispõe; ii) os agentes econômicos tomam decisões consistentes, com base nas informações de que dispõem, em relação às escolhas possíveis para satisfazer seu autointeresse; iii) os agentes econômicos reagem a incentivos/desincentivos³⁰⁹.

Acerca da noção de escolha racional e agir autointeressado, o pressuposto elementar de tal relação decorre do conceito de maximização de utilidade, anteriormente explorado. Dessa maneira, os indivíduos, em seu processo de tomada de decisão, buscam atender as suas preferências individuais, maximizando seu bem-estar. Aqui, o autointeresse representa um critério de análise do padrão comportamental do agente econômico, e não uma lei natural. É esperado, portanto, que em suas escolhas os indivíduos optem pelas decisões que melhor satisfaçam suas preferências pessoais. Isso não significa dizer que o altruísmo não seja uma conduta contrária ao autointeresse. Do ponto de vista econômico, a conduta altruísta representa, em essência, uma forma de satisfação pessoal do agente que a comete, que maximiza sua utilidade praticando o bem ao próximo de maneira desinteressada.

³⁰⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Cadernos Direito GV, v. 5, 2008, p. 17. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³⁰⁹ CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livre-docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 51.

Por outro lado, ao considerarem os custos e benefícios de suas escolhas, uma mudança na estrutura de incentivos poderá modificar o comportamento dos indivíduos. Em razão disso, outro pressuposto elementar da teoria da escolha racional é o de que os agentes reagem a incentivos, isto é, a estímulos ou desestímulos no processo de tomada de decisão. Reagimos continuamente a diferentes estímulos que nos são impostos: uma promoção ou desconto na compra de determinado bem; uma placa de proibido estacionar em determinada avenida; regras de etiqueta exigidas em certos ambientes formais etc. Dessa maneira, os indivíduos tendem a mudar seu comportamento a depender do incentivo que lhes é imposto, em atendimento ao critério da escolha racional.

O próprio Direito e a eficácia da norma jurídica estão calcados no pressuposto da escolha racional, funcionando como instrumento de persuasão ou dissuasão no comportamento dos indivíduos. Dessa forma, ao impor uma sanção caso seja cometida determinada conduta contrária ao ordenamento jurídico, a norma jurídica está, em essência, impondo um custo ao indivíduo que esteja decidindo se cometerá ou não a conduta ilícita. Se os custos no cometimento da conduta ilícita forem maiores do que os potenciais benefícios, os indivíduos não irão incorrer na conduta, e a norma será eficaz. Por outro lado, se os benefícios em se cometer um ilícito forem superiores aos possíveis custos, os indivíduos terão fortes incentivos para incorrerem em tal conduta. Para tanto, é necessário ter em mente que uma análise dessa ordem leva em conta diferentes variáveis e não apenas a sanção imposta pela norma, como, por exemplo, a probabilidade da conduta ilícita ser descoberta, as chances dos indivíduos serem apanhados, a possibilidade da sanção ser efetivamente aplicada, os recursos que os indivíduos possuem para evitar ou minimizar os efeitos da possível sanção etc.

Ainda sobre a relação entre escolha racional e Direito, e conforme destacam Nicholas Mercurio e Steven G. Medema, é possível enxergar um contraste entre a racionalidade dos indivíduos conforme a abordagem econômica, e o comportamento esperado do homem médio, nos termos da teoria jurídica clássica³¹⁰. Por um lado, o Direito parte da suposição de que os indivíduos, enquanto sujeitos criados em um ambiente de normas e convenções sociais, terão um comportamento correspondente à tal ambiente, isto é, irão obedecer as regras jurídicas postas (e os indivíduos que cometem condutas ilegais praticam uma conduta tida como irrazoável ou anômala perante o ordenamento jurídico). Por outro lado, do ponto de vista da abordagem econômica, comportamentos contrários às normas jurídicas (inclusive uma

³¹⁰ MERCURIO, Nicholas; Steven G. Medema. *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond*. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 103-104.

potencial conduta ilegal) podem ser considerados racionais, em razão dos pressupostos da teoria da escolha racional, anteriormente examinados.

Cabe destacar que a teoria da escolha racional possui verdadeiro caráter instrumental, servido como um modelo, sem se preocupar, em princípio, na descrição de como a realidade é. Em resumo: a teoria da escolha racional se preocupa em ser um modelo preditivo do comportamento, e não descritivo. Isso não diminui a utilidade da teoria da escolha racional, ao contrário. É exatamente por funcionar como um instrumento de predição do comportamento humano enquanto agente racional maximizador que é possível elaborar modelos teóricos e matemáticos relacionados às escolhas dos indivíduos³¹¹.

Por outro lado, e exatamente por não ser um modelo perfeito da descrição da realidade, a teoria da escolha racional não está livre de falhas e críticas. O pressuposto da racionalidade não significa dizer que todos os indivíduos agem, indistintamente, sopesando os custos e benefícios de suas escolhas, mediante uma série de cálculos conscientes, mas que, na média, é esperado que determinadas escolhas sejam tomadas, em razão dos pressupostos já mencionados (satisfação do autointeresse e maximização de bem-estar, recursos e informações disponíveis e reação a estímulos/desestímulos que lhes são impostos). Por outro lado, contemporaneamente a ideia de escolha racional tem sido mitigada por alguns teóricos, em detrimento da denominada *racionalidade limitada* (no original, *bounded rationality*)³¹². Isso porque, em muitos casos, os agentes econômicos não tomam as decisões esperadas nos termos da teoria da escolha racional, comumente em razão de problemas no processamento de informações (como a ausência de informações ou o fato das informações não serem fidedignas) ou de limitações cognitivas³¹³.

³¹¹ CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livre-docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 44.

³¹² Acerca da racionalidade limitada, destacam Christine Jolls, Cass R. Sustein e Richard H. Taler: “*Bounded rationality, an idea first introduced by Herbert Simon, refers to the obvious fact that human cognitive abilities are not infinite. We have limited computational skills and seriously flawed memories. People can respond sensibly to these failings; thus it might be said that people sometimes respond rationally to their own cognitive limitations, minimize the sum of decision costs and error costs.*” Em tradução livre: “A racionalidade limitada, uma ideia introduzida pela primeira vez por Herbert Simon, refere-se ao fato óbvio de que as habilidades cognitivas humanas não são infinitas. Temos habilidades computacionais limitadas e memórias seriamente falhas. As pessoas podem responder com sensatez a essas falhas; assim, pode-se dizer que às vezes as pessoas respondem racionalmente às suas próprias limitações cognitivas, minimizam a soma dos custos de decisão e dos custos dos erros.” JOLLS, Christine; SUSTEIN, Cass R.; TALLER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. In: SUSTEIN, Cass R. (ed.). *Behavioral law and economics*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 14.

³¹³ Um exemplo de comportamento economicamente irracional verificado no cenário brasileiro nos últimos anos foi o fenômeno das “pirâmides financeiras”, nos quais empresas/indivíduos criavam esquemas de venda de produtos ou serviços de fachada, mas cujo verdadeiro “negócio” decorria da entrada de novos investidores (que pagavam determinada remuneração aos sócios no degrau superior da “pirâmide” para entrar no negócio). Em que pese ser evidente que o negócio em si não era seguro, novos investidores (em razão de limitações cognitivas ou assimetrias informacionais) continuam a entrar no esquema, até o ponto em que tornou-se insustentável, ocasionando prejuízos financeiros a diversos indivíduos.

Não obstante as críticas formuladas à teoria da escolha racional, consoante já afirmado, é em razão do seu caráter instrumental (enquanto modelo simplificador e preditivo do comportamento humano) que ela passa a representar importante ferramenta de investigação dos efeitos e consequências de uma determinada norma jurídica sobre os indivíduos, que corresponde, em último grau, ao objeto de exame da Análise Econômica do Direito.

4.1.3 Equilíbrio e eficiência econômica

Uma consequência da maximização racional é a de que os indivíduos, ao buscarem atender seu autointeresse simultaneamente, convergem para um cenário de *equilíbrio*³¹⁴. Em Economia o conceito de equilíbrio é essencial enquanto ferramenta de análise do funcionamento do mercado. A ideia por detrás de tal conceito é a de que o comportamento dos indivíduos/consumidores, enquanto maximizadores racionais, leva a um ambiente de interações e trocas (como o mercado) até o limite em que os custos associados a essas trocas se igualem aos benefícios obtidos, momento no qual as interações não mais ocorrerão, e o ambiente de trocas encontra-se em equilíbrio³¹⁵. O equilíbrio tende a permanecer mantido desde que não haja influências exógenas, a exemplo de uma mudança na estrutura de incentivos sobre o comportamento dos agentes econômicos.

A partir da noção de equilíbrio chega-se a um conceito-chave da Análise Econômica do Direito (e da Ciência Econômica como um todo), qual seja, a *eficiência econômica*. Um ambiente de interações que alcançou seu ponto de equilíbrio (isto é, nenhuma troca é mais possível, já que os custos decorrentes dessas trocas equiparam-se aos potenciais benefícios auferidos) é um ambiente onde não há desperdícios, sendo considerado eficiente do ponto de vista da Economia. O conceito de eficiência econômica no Direito & Economia comumente é examinado sob duas formas distintas: a eficiência de Pareto e a eficiência de Kaldor-Hicks. Examinemos cada um dos conceitos separadamente.

³¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Cadernos Direito GV, v. 5, 2008, p. 20. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³¹⁵ O conceito de equilíbrio pode ser aplicado à diferentes ambientes de interação social, com especial destaque para o mercado. Nas palavras de Robert Cooter e Thomas Ulen: “*An equilibrium is a pattern of interaction that persists unless disturbed by outside forces. Economists usually assume that interactions tend toward an equilibrium, regardless of whether they occur in markets, elections, clubs, games, team, corporations, or marriages.*” Em tradução livre: “Um equilíbrio é um padrão de interação que persiste, a menos que seja perturbado por forças externas. Economistas costumam assumir que as interações tendem a um equilíbrio, independentemente de ocorrerem em mercados, eleições, clubes, jogos, equipe, corporações ou casamentos.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 13.

A *eficiência de Pareto* (ou ótimo de Pareto ou, ainda, eficiência alocativa), que recebeu tal denominação em homenagem ao seu inventor, o economista italiano Vilfredo Pareto, também se baseia na satisfação de preferências individuais. Para tanto, é necessário partir do pressuposto de que há um ambiente de interações entre dois ou mais agentes econômicos (a exemplo do mercado). Nesse sentido, um dado ambiente de trocas será considerado Pareto-eficiente quando for impossível melhorar a situação (ou aumento da utilidade) de pelo menos um indivíduo sem que haja a piora da situação (ou diminuição da utilidade) de nenhum outro indivíduo³¹⁶. Dessa forma, tal situação será eficiente quando não for possível fazer novas melhorias no sentido de Pareto (em outros termos, não haverá nenhuma outra alocação de recursos possível que permita melhorar a situação de alguém sem que haja a piora de outrem). Exatamente por se tratar da satisfação de preferências individuais, a eficiência de Pareto tem como pressuposto a percepção individual do que cada um entende com melhora ou piora (em outros termos, trata-se de um critério subjetivo de bem-estar).

Conforme já afirmado no capítulo anterior³¹⁷, a eficiência de Pareto representa um conceito essencial para o primeiro teorema fundamental do bem-estar, em particular quando examinado sob a óptica das falhas de mercado. Isto porque o primeiro teorema fundamental do bem-estar prevê que, dados certos pressupostos (como a ausência de falhas de mercado), sendo o mercado competitivo e havendo equilíbrio entre oferta e demanda, ele será Pareto-eficiente, ou seja, haverá a maximização dos benefícios recebidos pelos agentes inseridos neste mercado, gerando maximização de bem-estar. No entanto, havendo distorções nesse ambiente de interações (como no caso de existirem falhas de mercado), a consequência será a de que as interações entre os agentes, não obstante beneficiarem alguns, também irá prejudicar outros, não sendo possível alcançar a eficiência de Pareto. Esse cenário – existência de falhas de mercado e, por conseguinte, impossibilidade de se atingir a eficiência econômica, gerando perdas de bem-estar – justificaria a intervenção do Estado, através da regulação.

Do ponto de vista prático o ótimo de Pareto esbarra em um problema que limita seu uso enquanto instrumento de mensuração da eficiência econômica, em razão de dilemas de viés moral e socioeconômico. Posto que uma dada situação só será Pareto-eficiente se nenhum agente puder melhorar sua situação sem que com isso outros indivíduos piorem a sua, em determinados cenários como, por exemplo, a concentração de renda nas mãos de um único (ou de poucos) indivíduo(s) será considerada eficiente no sentido de Pareto, e qualquer rearranjo

³¹⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 14.

³¹⁷ Cf. Capítulo 3, item 3.1.3.

em termos de distribuição dessa renda não será eficiente (já que o único ou os poucos indivíduos perderam parte de sua renda em favor dos demais)³¹⁸.

Em razão das restrições derivadas da eficiência de Pareto foi criado o critério denominado *eficiência de Kaldor-Hicks* (ou melhoria potencial de Pareto), que recebeu tal denominação em função de seus criadores, os economistas Nicholas Kaldor e John Hicks. O critério de eficiência de Kaldor-Hicks propõe-se a superar as limitações da eficiência de Pareto relativamente ao fato de que qualquer mudança em um dado ambiente de interações somente seria possível se nenhum indivíduo ficar em uma situação pior do que a original. Em outros termos, a eficiência de Pareto exige que os ganhadores (aqueles que obtiveram alguma melhoria) compensem os perdedores (aqueles que tiveram uma piora na sua situação original) para que o critério permaneça válido, caso contrário os perdedores poderão vetar qualquer mudança do arranjo original. Por outro lado, a eficiência de Kaldor-Hicks estabelece que mesmo num cenário em que há ganhadores e perdedores, os benefícios dos ganhadores devem ser maiores do que a perda dos perdedores. Em sendo atendida essa condição os ganhadores poderão, em tese, compensar os perdedores por suas perdas e continuar com um excedente para si. Afirma-se em tese porque para que o critério de eficiência de Kaldor-Hicks continue válido, a compensação dos ganhadores em favor dos perdedores deve ser apenas potencial, e não mandatória (diferentemente da eficiência de Pareto)³¹⁹. Com isso, é possível realizar mudanças em determinadas situações originais sem que haja perdas de eficiência, já que o que importa é que os beneficiados possam compensar os prejudicados, mesmo que efetivamente não o façam³²⁰⁻³²¹.

³¹⁸ Conforme destaca Bruno Meyerhof Salama: “[...] pelo critério Paretiano, praticamente nenhuma mudança (por exemplo, uma mudança legislativa) será possível na ausência de unanimidade, e isso é uma limitação prática muito séria à utilização da eficiência Paretiana como guia de políticas públicas.” SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Cadernos Direito GV, v. 5, 2008, p. 23-24. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³¹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 42.

³²⁰ Relativamente às críticas ao critério de eficiência de Kaldor-Hicks, afirma Bruno Meyerhof Salama: “A utilização da eficiência de Kaldor-Hicks como guia para políticas públicas também não está livre de problemas. A crítica mais comum é a de que este critério apenas leva em consideração o nível de riqueza, mas deixa de lado o problema de sua distribuição. Além disso, a comparação cardinal de níveis agregados de bem-estar traz consigo uma série de problemas, como, por exemplo (a) o fato de que o valor marginal do dinheiro é diferente para ricos e pobres (ou seja, ‘R\$1,00 vale mais para um indivíduo pobre do que para um indivíduo rico’) e (b) a mensuração se dá em um momento limitado no tempo, mas o que é eficiente hoje pode deixar de sê-lo amanhã se um único indivíduo, por exemplo, alterar suas preferências.” SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Cadernos Direito GV, v. 5, 2008, p. 24-25. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³²¹ Um dos desdobramentos decorrentes do critério de eficiência de Kaldor-Hicks é que ele tem sido empregado como instrumento de análise custo-benefício de diferentes decisões de cunho político (*policies*). Sobre o tema, destacam Robert Cooter e Thomas Ulen: “*For a potential Pareto improvement, compensation does not actually*

Exemplificando os critérios de eficiência Pareto e de Kaldor-Hicks³²², imaginemos que uma fábrica têxtil decide se instalar em outra região, saindo da cidade A para a cidade B. Neste caso, haverá ganhadores (os indivíduos da cidade B, que serão empregados na nova fábrica, os vendedores do varejo de roupas da cidade B, os sócios/investidores da fábrica têxtil etc.), assim como haverá perdedores (os indivíduos da cidade A que perderão seus empregos, os vendedores do varejo de roupas da cidade A, os clientes da fábrica têxtil, que terão que se deslocar para outra cidade para adquirir os bens etc.). Aplicando-se o critério de Pareto, a eficiência econômica só será mantida se os ganhadores da cidade B compensarem os perdedores da cidade A por suas perdas (caso contrário, qualquer mudança da fábrica seria ineficiente no sentido Pareto). Por outro lado, com base no critério de Kaldor-Hicks, a eficiência será mantida desde que os ganhos dos ganhadores sejam superiores às perdas dos perdedores, e que a compensação exista em tese (mas não sendo obrigatória).

Nicholas Mercurio e Steven G. Medema, ao analisar ambos os critérios de eficiência (de Pareto e de Kaldor-Hicks), demonstram suas implicações do ponto de vista da alteração das normas jurídicas (que representam, em essência, forças externas que alteram um determinado arranjo original)³²³. Sob tal perspectiva, o critério de Pareto é comumente reconhecido como limitado enquanto instrumento de análise da eficiência de novas normas jurídicas em razão da impossibilidade (e/ou dos custos proibitivos) de compensação das perdas decorrentes de uma eventual mudança legislativa (já que tal mudança atua como um fator externo que alterará a situação original de diferentes sujeitos, resultando em beneficiados e prejudicados). Em outros termos, o critério de Pareto permite inferir que qualquer norma jurídica que altere uma situação original será ineficiente, salvo se houver a imposição dos ganhadores compensarem os perdedores por suas eventuais perdas. Por outro lado, a eficiência de Kaldor-Hicks é útil enquanto ferramenta de análise econômica na medida em que permite que mudanças legislativas sejam implantadas, alterando arranjos originais, desde que os benefícios dos

have to be made, but it must be possible in principle. In essence, this is the technique of cost-benefit analysis. In cost-benefit analysis, a project is undertaken when its benefits exceed its costs, which implies that the gainers could compensate the losers. Cost-benefit analysis tries to take into account both the private and social costs and benefits of the action being contemplated. Em tradução livre: “Para uma melhoria potencial de Pareto, a compensação não tem realmente que ser feita, mas deve ser possível em princípio. Em essência, esta é a técnica de análise custo-benefício. Na análise custo-benefício, um projeto é realizado quando seus benefícios excedem seus custos, o que implica que os ganhos poderiam compensar as perdas. A análise custo-benefício tenta levar em conta os custos e benefícios privados e sociais da ação que está sendo contemplada.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 42.

³²² Exemplo adaptado de Robert Cooter e Thomas Ulen. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012. p. 42-43.

³²³ MERCURIO, Nicholas; STEVEN G. MEDEMA. *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond*. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 105.

ganhadores sejam maiores do que as perdas dos perdedores, assim como que haja a possibilidade (ainda que em tese).

A reflexão em torno dos critérios de eficiência econômica e sua relação com o Direito mostra-se relevante devido ao fato de que qualquer norma jurídica (incluindo as normas tributárias indutoras) atuam como um elemento externo a modificar uma dada situação original, alterando a estrutura de incentivos sobre os agentes econômicos³²⁴. Dessa maneira, um dos critérios de análise das normas jurídicas, segundo os pressupostos metodológicos da Análise Econômica do Direito, são os efeitos distorcivos que elas causam em termos de eficiência, e se tais efeitos são desejáveis ou não.

4.2 FUNDAMENTOS DA TEORIA ECONÔMICA DA TRIBUTAÇÃO

Em sua obra *The Wealth of Nations*, Adam Smith, para além de lançar as bases da Economia clássica, analisou aspectos relacionados às finanças públicas, incluindo a tributação. Em seu Livro 5, Capítulo II, Parte II, Smith dedica todo um tópico ao estudo da tributação, com ênfase na tributação britânica da época, a exemplo da tributação sobre a renda (incluindo a renda imobiliária), da tributação sobre o lucro, da tributação sobre o salário, da tributação sobre os bens de consumo, dentre outras. Um dos aspectos que se sobressai em sua análise é a proposição das quatro máximas concernentes à tributação em geral, quais sejam: *equidade, certeza, conveniência de pagamento e economia na arrecadação*³²⁵.

A respeito da *equidade*, esta impõe que os contribuintes devem ser tributados, sempre que possível, na proporção das suas capacidades, bem como dos benefícios que auferem do governo. Em outros termos, a tributação deve ser proporcional à capacidade econômica que os indivíduos possuem³²⁶. Os critérios de equidade são vários, levando em conta aspectos subjetivos do contribuinte, como a renda disponível, o patrimônio que possui, características individuais e familiares, dentre outros. A equidade funciona, portanto, como um instrumento de justiça (em termos de proporcionalidade e distributividade do ônus tributário), impondo que

³²⁴ Ou, conforme mencionam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi: “[...] as regras legais moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influem nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc. Elas podem, dessa forma, ser avaliadas com base na eficiência econômica gerada por sua aplicação, podendo ser submetidas a prescrições normativas que tenham como intuito promover a eficiência do sistema econômica e social.” PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 89.

³²⁵ SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, v. 2. London: Methuen & Co., 1904. p. 310-312.

³²⁶ SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, v. 2. London: Methuen & Co., 1904. p. 310.

contribuintes em situação igual deverão ser tributados de forma idêntica, enquanto que contribuintes que se encontrem em situação desigual deverão estar sujeitos a uma tributação diferenciada.

O critério da *certeza* determina que os tributos que os indivíduos são obrigados a pagar devam ser certos, e não arbitrários. Dessa forma, é função do governo ser transparente e fornecer o máximo de informações possíveis acerca das características dos tributos, a exemplo do prazo para pagamento, da forma de pagamento, do valor a ser pago, permitindo que o contribuinte tenha ciência e programe-se a respeito da tributação aplicável³²⁷. Através da certeza, garante-se um cenário de não-surpresa quanto à cobrança de tributos pelo fisco, além de reduzir condutas arbitrárias ou até mesmo corruptas por parte dos responsáveis pela arrecadação de tributos.

Relativamente à *conveniência de pagamento*, Adam Smith destaca que os tributos, sempre que possível, devem ser cobrados da maneira mais cômoda para o contribuinte, seja no aspecto temporal ou quanto à forma de pagamento. Na concepção de Smith, em razão dessa máxima, deve-se buscar formas de incidência dos tributos em momentos mais convenientes para o contribuinte (um tributo sobre a renda que incide no momento em que a renda é obtida, uma tributação sobre os bens de consumo pagas pelo consumidor final)³²⁸. Dessa forma, em razão da conveniência de pagamento, o indivíduo possui uma maior dimensão e poder de decisão no que tange à opção por determinadas condutas/fatos que justificam a cobrança de tributos.

Por fim, com relação à *economia na arrecadação*, a máxima volta-se tanto para os custos administrativos da atividade arrecadatória, quanto para os efeitos da tributação sobre o comportamento do contribuinte (que também possui consequências nos níveis de arrecadação). Dessa forma, numa primeira acepção, a tributação deve ser economicamente viável para o Estado, ou seja, os custos da arrecadação devem ser inferiores aos valores arrecadados, conferindo ao Estado um saldo positivo em termos de receita pública. Por outro lado, um sistema tributário demasiadamente oneroso (ou com severas penalidades) para o contribuinte pode desestimulá-lo a exercer determinadas atividades econômicas, cuja consequência também

³²⁷ SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, v. 2. London: Methuen & Co., 1904. p. 310-311.

³²⁸ SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, v. 2. London: Methuen & Co., 1904. p. 311.

será a diminuição ou perda de arrecadação (já que haverá a redução de fatos e condutas passíveis de serem tributadas)³²⁹.

As formulações a respeito da tributação propostas por Adam Smith serviram de alicerce para as discussões em torno dos aspectos econômicos da tributação, em particular no que diz respeito ao que se compreende como um sistema tributário ideal, ponto fundamental da denominada *teoria da tributação* (ou *teoria econômica da tributação*). A teoria da tributação propõe-se a examinar, a partir do ferramental da Ciência Econômica, questões centrais relacionada à atividade tributária, a exemplo da relação entre tributação e eficiência, da teoria da tributação ótima (esses últimos serão examinados nos tópicos a seguir), da teoria da incidência tributária³³⁰, e dos aspectos econômicos das principais bases tributáveis (renda, patrimônio e consumo).

Em princípio, o estudo dos aspectos econômicos da tributação acompanha a própria evolução das Finanças Públicas, com diversos trabalhos sobre o tema desenvolvidos entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX³³¹. Na atualidade, a Economia do Setor Público (que trabalha uma abordagem contemporânea das Finanças Públicas) tem se dedicado ao estudo dos aspectos econômicos da tributação, capitaneada pelos trabalhos de autores como Richard A. Musgrave³³², Joseph E. Stiglitz³³³, Louis Kaplow³³⁴ e Bernard Salanié³³⁵⁻³³⁶. Nesse

³²⁹ SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, v. 2. London: Methuen & Co., 1904. p. 311-312.

³³⁰ A teoria da incidência tributária propõe-se a responder questões como quem, de fato, paga pelos tributos que o sistema tributário impõe. Em outros termos, sobre quem, efetivamente incide determinados tributos. Tal discussão possui relevância capital do ponto de vista jurídico, posto que parte dos tributos, quando instituídos em lei, estabelecem um determinado sujeito como contribuinte ou responsável por aquele tributo quando, em verdade, o encargo tributário é transferido para outros sujeitos, em razão da dinâmica econômica. Exemplo disso são os diferentes tributos sobre o consumo, cujos contribuintes (segundo o que prescreve a legislação), comumente, são as empresas que produzem os bens e serviços, mas quem realmente arca com o ônus tributário são os consumidores finais. Surge, portanto, uma distinção entre incidência jurídica (que a lei diz que deve pagar determinado tributo) e incidência econômica (quem efetivamente paga pelo tributo), sendo esta última o objeto de estudo da teoria da incidência tributária. Sobre o tema, cf. STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 482-517.

³³¹ Merece referência a obra de editada por Richard A. Musgrave e Alan T. Peacock, *Classics in the theory of public finance*, na qual os editores reúnem diversos trabalhos seminais relacionados às Finanças Públicas e à teoria da tributação. MUSGRAVE, Richard A.; PEACOCK, Alan T. *Classics in theory of public finance*. New York: St. Martin's Press, 1994.

³³² MUSGRAVE, Richard A. *Theory of public finance: a study in public economy*. New York: McGraw-Hill, 1959; MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5. ed. Singapore: McGraw-Hill, 1989.

³³³ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

³³⁴ KAPLOW, Louis. *The theory of taxation and public economics*. New Jersey, Princeton University Press, 2008.

³³⁵ SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 2011.

³³⁶ No Brasil, destacamos a obra organizada por Paulo Arvate e Ciro Biderman, *Economia do setor público no Brasil*. ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (org.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

sentido, a seguir passaremos a examinar a tributação com base nos pressupostos da Economia do Setor Público e da teoria econômica.

4.2.1 Teoria da tributação e sistema tributário ideal

A partir das quatro máximas da tributação concebidas por Adam Smith, contemporaneamente a teoria econômica da tributação tem voltado sua atenção para propor quais seriam os critérios de um sistema tributário ideal. Para tanto, examinaremos as características do sistema tributário ideal com base nos trabalhos da Economia do Setor Público.

A primeira característica de um sistema tributário ideal é a de que ele deve ser *eficiente*, isto é, ele não deve ter efeitos distorcivos e, se possível deve ser usado para aumentar a *eficiência econômica*³³⁷. Recordemo-nos que, conforme preceitua o primeiro teorema fundamental do bem-estar, na ausência de falhas de mercado a economia irá alocar os recursos da maneira mais eficiente possível (no sentido de Pareto), gerando maximização de bem-estar. Por outro lado, havendo distorções no mercado, o ambiente de interações entre os agentes econômicos não alcançará seu ponto ótimo de eficiência, com perdas de bem-estar (já que nenhum dos agentes poderá ficar em uma situação melhor sem piorar a situação dos demais agentes). Do ponto de vista da tributação, a maioria dos tributos altera a dinâmica de preços no mercado e o comportamento dos contribuintes. Um aumento de um tributo sobre determinado bem de consumo pode tornar seu preço final demasiado oneroso ao ponto de os indivíduos reduzirem a demanda por esse mesmo bem (tendo como uma das possíveis consequências a perda de arrecadação, já que haverá a diminuição na venda do bem³³⁸). O problema reside quando a tributação torna o sistema econômico ineficiente ao ponto de os indivíduos buscarem meios (lícitos ou ilícitos) de evitarem a incidência da carga tributária, seja consumindo menos determinados bens, seja sonegando tributos. Aqui cabe uma importante observação: todos os tributos, em maior ou menor grau, influenciam no comportamento dos agentes econômicos. Dessa forma, afirmar que um tributo não pode ser distorcivo corresponde ao fato de que ele deve ser criado de tal maneira que os indivíduos e as empresas não possam modificar sua conduta em razão da imposição desse mesmo tributo³³⁹.

³³⁷ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 458.

³³⁸ As implicações relacionadas aos efeitos da tributação sobre a demanda de determinados bens e serviços será examinada adiante.

³³⁹ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 462

Uma segunda característica de um sistema tributário ideal é a de que a sua *administração deve ser simples e de baixo custo*, seja para o fisco, seja para os contribuintes³⁴⁰. Isso porque a gestão do sistema tributário resulta tanto em custos diretos para o fisco (responsável por boa parte da atividade arrecadatória), quanto em custos indiretos para os contribuintes (já que estes incorrem em custos no cumprimento das obrigações tributárias preenchendo documentos e formulários diversos, custos para acompanhar as mudanças da legislação tributária, custos decorrentes da contratação dos serviços de contadores e advogados, os denominados *custos de conformidade*, ou *compliance costs*). Quanto mais complexo o tributo (seja do ponto de vista da legislação aplicável, da sua administração pelo fisco ou do cumprimento de obrigações diversas por parte do contribuinte), maiores serão seus custos administrativo e de conformidade, ocasionando em distorções e perdas de eficiência econômica.

Uma consequência da simplicidade (em agora examinando o caso brasileiro) é a necessidade de harmonização do sistema tributário do ponto de vista federativo. Isso porque a distribuição de competência em matéria tributária, nos termos prescritos pela Constituição Brasileira de 1988, prevê a atuação de três esferas políticas distintas, no âmbito federal (União Federal), estadual (Estados-membros e Distrito Federal) e local (Municípios e Distrito Federal), cada um com a possibilidade de legislar (desde que em seu próprio âmbito de atuação) sobre normas tributárias. Disso resultam uma miríade de normas e regulamentos, disciplinando os diferentes tributos previstos no sistema tributário brasileiro. Exemplo disso é o ICMS, um imposto sobre o valor agregado cobrado pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal, cuja legislação, além de complexa, varia entre os 27 entes políticos que compõem a federação. As consequências de tamanha complexidade são perdas de eficiência econômica e produtividade decorrentes dos elevados custos administrativos e de conformidade.

A *flexibilidade* também é apontada como uma característica de um bom sistema tributário, correspondendo à aptidão que o sistema tributário possui em adaptar-se às mudanças na dinâmica econômica³⁴¹. Em outros termos, a tributação deve ser flexível enquanto instrumento de política fiscal, permitindo que se adapte às flutuações econômicas, tornando possível ações de estabilização automática³⁴². Dessa maneira, no caso de uma recessão econômica, por exemplo, a redução da carga tributária pode funcionar como importante medida de estabilização automática. Para tanto, o ordenamento jurídico não pode impor restrições desproporcionais a eventuais mudanças da legislação tributária (desde que, obviamente,

³⁴⁰ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 464.

³⁴¹ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 466.

³⁴² SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 2011. p. 63.

respeitado certos limites e princípios previstos no próprio sistema jurídico). Sob outra perspectiva, também se destaca a necessidade de que as mudanças no sistema tributário (sobretudo em casos de crises econômicas) sejam implantadas de forma célere, condição essa que também decorrerá das restrições/possibilidades conferidas pelo sistema jurídico.

A necessidade de *transparência* do sistema tributário também é apontada como uma característica do sistema tributário ideal. Para tanto, é dever do governo ser o mais transparente possível no exercício da atividade tributária, apresentando aos contribuintes tanto o que se paga em termos de tributos, quanto quem é beneficiado pelo pagamento³⁴³. O critério da transparência irá variar a depender das características do tributo. Um tributo sobre a renda, sob a perspectiva da transparência, representa um bom tributo, já que é possível delimitar com um maior grau de precisão o ônus fiscal que o contribuinte arca e para onde será destinada a receita tributária. Por outro lado, tributos sobre o consumo, principalmente nos casos em que a tributação incide em cadeia (produtores, revendedores e consumidores), torna difícil atender ao critério da transparência, sobretudo quando o governo não dispõe de um marco legal e instrumentos para tanto (ou, simplesmente, opta por não disponibilizar muitas informações para os contribuintes).

Desdobramento do critério da transparência é a necessidade que os contribuintes também saibam que arca com o ônus da carga tributária ou, em outros termos, sobre quem efetivamente incide os tributos³⁴⁴. Conforme anteriormente mencionado³⁴⁵, a teoria da incidência tributária propõe-se a examinar sobre quem recai, de fato, a carga tributária. A preocupação com o estudo da incidência tributária decorre de situações como, por exemplo, os tributos incidentes sobre as empresas ou sobre os bens e serviços, tributos esses cujos encargos, muitas vezes, são distribuídos para outros sujeitos, como os empregados de uma empresa (que podem ter seus salários reduzidos como forma de minimizar os efeitos da carga tributária sobre a atividade produtiva de uma empresa) ou consumidores (que arcam com o ônus do tributo pagando mais caro pelos bens). Dessa maneira, dentro das particularidades que o sistema tributário possui, é recomendável que também seja permitindo delimitar quem realmente suporta a carga tributária.

Por fim, uma última característica do sistema tributário ideal é que ele deve ser justo em termos de *equidade*. Dessa maneira, contribuintes que se encontrem em situação equivalente

³⁴³ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 467.

³⁴⁴ MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5. ed. Singapore: McGraw-Hill, 1989. p. 216; SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 2011. p. 63.

³⁴⁵ Cf. nota nº 330.

devem ser tributados de forma idêntica (equidade horizontal), enquanto que contribuintes com características distintas devem estar sujeitos a uma tributação também diferenciada (equidade vertical)³⁴⁶. A discussão passa pela definição de quais são os critérios que tornam dois contribuintes iguais e, por conseguinte, quais critérios permitem torna-los diferentes para fins tributários. Isso porque a medida de diferença (que será incorporada no sistema tributário) será determinante para a aplicação de um regime tributário em detrimento de outro. Nessa perspectiva, dois critérios têm sido usualmente referenciados pela literatura especializada como distintivos do nível (ou do grau) de equidade entre contribuintes: o princípio do benefício (*benefit principle*) e o princípio da capacidade contributiva (*ability to pay*). Pelo princípio do benefício, um sistema tributário será considerado justo quando os indivíduos contribuírem na proporção dos benefícios que auferem em termos de serviços públicos³⁴⁷. Por outro lado, pelo princípio da capacidade contributiva, não há uma preocupação imediata com relação ao gasto público, já que os indivíduos deverão contribuir na proporção de sua capacidade contributiva, que leva em conta uma série de critérios subjetivos do contribuinte³⁴⁸⁻³⁴⁹.

³⁴⁶ Acerca da equidade horizontal e da equidade vertical, destaca Bernard Salanié: “*Each taxpayer must pay an equitable share related to this ability to pay and/or to the benefits he gets from the state. (Today we would distinguish horizontal equity and vertical equity. Horizontal equity requires that any two ‘identical’ persons must be treated ‘identically’ – which clearly leaves some room to interpretation. Vertical equity requires that some taxpayers, because for instance of a high ability to pay, must pay more than other.*” Em tradução livre: “Cada contribuinte deve pagar uma parte equitativa relacionada a essa capacidade de pagamento e/ou aos benefícios que ele recebe do Estado. (Hoje distinguiríamos equidade horizontal e equidade vertical. A equidade horizontal requer que duas pessoas ‘idênticas’ sejam tratadas de forma idêntica – o que deixa claramente espaço à interpretação. Equidade vertical exige que alguns contribuintes, devido a uma alta capacidade de pagamento, devam pagar mais do que outros” SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 2011. p. 63.

³⁴⁷ MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5. ed. Singapore: McGraw-Hill, 1989, p. 216; SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 2011. p. 219.

³⁴⁸ MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5. ed. Singapore: McGraw-Hill, 1989. p. 216; SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 2011. p. 219.

³⁴⁹ Conforme apontam Richard A. Musgrave e Peggy B. Musgrave, ambos os princípios, o do benefício e o da capacidade contributiva, estão isentos de dificuldades práticas: “*Neither approach is easy to interpret or implement. For the benefit principle to be operational, expenditure benefits for particular taxpayer must be known. For the ability-to-pay approach to be applicable, we must know just how this ability is to be measured. These are formidable difficulties and neither approach wins on practicality grounds. Moreover, neither approach can be said to deal with the entire function of tax policy.*” Em tradução livre: “Nenhuma abordagem é fácil de interpretar ou implementar. Para que o princípio do benefício seja operacional, as despesas com benefícios para determinado contribuinte devem ser conhecidas. Para que a abordagem da capacidade de pagamento seja aplicável, devemos saber exatamente como essa capacidade deve ser medida. Estas dificuldades são formidáveis e nenhuma abordagem ganha em termos de praticidade. Além disso, não se pode dizer que nenhuma das duas aborda toda a função da política tributária.” MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5. ed. Singapore: McGraw-Hill, 1989. p. 216; SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 2011. p. 219.

4.2.2 Tributação e eficiência econômica

Mencionamos anteriormente que dentre as características de um sistema tributário ideal, a eficiência representa um componente fundamental, principalmente no que diz respeito aos potenciais efeitos distorcivos que os tributos causam em termos de alocação de recursos.

Partindo dos pressupostos básicos do primeiro teorema fundamental do bem-estar e do critério de eficiência de Pareto, sob determinadas condições e desde que não haja fatores exógenos (a exemplo das falhas e mercado ou da tributação), a eficiência econômica atingirá seu ponto ótimo, tendo como consequência a maximização dos benefícios recebidos pelos agentes econômicos inseridos neste ambiente, gerando o máximo de bem-estar.

No entanto, do ponto de vista da tributação, a realidade aponta sempre para um cenário de segundo melhor, posto que o contexto sociopolítico no qual estamos inseridos pressupõe a existência do Estado como uma instituição necessária para a manutenção da vida em sociedade. E a atuação do Estado em termos de políticas públicas e prestação de serviços não é gratuita, demandando um sistema de financiamento público, usualmente por meio de tributos.

Dessa maneira, a tributação, em razão de sua essencialidade para o financiamento do Estado, é um componente praticamente inescapável que influencia a dinâmica da economia. A consequência disso é que os tributos, em maior ou menor grau, resultarão em efeitos distorcivos sobre a economia, principalmente no que diz respeito à modificação do comportamento dos agentes econômicos³⁵⁰.

Um exemplo prático permitirá ilustrar os efeitos distorcivos da tributação em termos de eficiência econômica³⁵¹. Imaginemos um dado ambiente de trocas no mercado onde existe uma empresa X que produz determinado tipo de tênis ao valor mínimo de R\$ 100,00, levando em conta os custos de produção do bem. Por outro lado, o consumidor Y está disposto a pagar pelo tênis um valor máximo de R\$110,00. Diante do exemplo proposto, qualquer negociação que

³⁵⁰ Acerca dos efeitos da tributação sobre a formação de preços no mercado, afirma Bernard Salanié: *“Once taxes are introduced in such an economy, the relative prices perceived by various agents differ: for instance, consumers observe after-tax prices while producers observe before-tax prices. In equilibrium, the equality of marginal rates of substitution is not sustained, and this condition cannot be a Pareto optimum. The price system does not coordinate the agents’ decisions efficiently because it sends different signals to different agents.”* Em tradução livre: “Uma vez que os tributos são introduzidos em tal economia, os preços relativos percebidos por vários agentes diferem: por exemplo, os consumidores observam preços pós-tributos enquanto os produtores observam preços antes dos tributos. Em equilíbrio, a igualdade de taxas marginais de substituição não é sustentada, e esta condição não pode ser um ótimo de Pareto. O sistema de preços não coordena eficientemente as decisões dos agentes porque envia sinais diferentes para diferentes agentes.” SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 2011. p. 15.

³⁵¹ Exemplo adaptado e originalmente proposto em: SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação, Finanças Públicas e Política Fiscal: uma análise sob a óptica do Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 98.

esteja inserida no intervalo de R\$ 100,00 e R\$ 110,00 será eficiente no sentido de Pareto. Para a empresa X, se o tênis for vendido por um valor igual ou superior a R\$ 100,00, haverá uma melhoria em sua situação original e aumento dos lucros. Por outro lado, para o consumidor Y, se o tênis for adquirido por um valor igual ou inferior à R\$ 110,00, também haverá uma melhoria em sua situação original, já que ele atribui (em sua própria opinião) um valor máximo ao bem de R\$ 110,00. O exemplo proposto não leva em conta nenhum fator externo que influencie tal relação de troca.

Imaginemos, agora, que o governo resolva instituir um tributo sobre a venda de tênis cuja alíquota será de 20% sobre o valor de venda. Dessa forma, a empresa X não terá outra opção a não ser vender o produto pelo preço mínimo de R\$ 120,00 (partimos do pressuposto de que a empresa não tem como reduzir seus custos de produção). Por outro lado, recordemo-nos que o consumidor Y somente está disposto a pagar o valor máximo de R\$ 110,00 pelo tênis (seja em razão de restrições orçamentárias ou por motivos pessoais diversos). A consequência prática da imposição de tal tributo é que a relação de troca não ocorrerá, gerando perdas de eficiência e de bem-estar (além de também implicar na redução dos próprios níveis de arrecadação, já que o fato econômico passível de ser tributado – a venda de determinada mercadoria – não se realizará).

O exemplo aqui proposto ilustra apenas um potencial efeito distorcivo da tributação, qual seja, o efeito sobre o consumo. No entanto, as consequências da tributação sobre o comportamento econômico dos agentes são diversas, repercutindo sobre a produção, o trabalho, a educação, o salário, a poupança, o lazer, escolhas pessoais, transações financeiras, operações empresariais etc.³⁵² Em resumo, praticamente todos os aspectos do comportamento econômico associado a um processo de tomada de decisão são influenciados pela tributação. As perdas de eficiência decorrentes dos efeitos distorcivos dos tributos é denominada *deadweight loss* (“perdas de peso-morto”) dos tributos, ou *excess burden of taxation* (“carga tributária excessiva”)³⁵³. Nesse sentido, quanto maior o peso-morto dos tributos, maiores serão as perdas

³⁵² “Any tax on commodities is distortionary: an individual can change his tax liability simply by reducing his purchases of the commodity. Any tax on income is also distortionary: an individual can reduce his tax liability simply by working less or by saving less.” Em tradução livre: “Qualquer tributo sobre *commodities* é distorcivo: um indivíduo pode mudar sua sujeição tributária simplesmente reduzindo suas compras de bens de consumo. Qualquer tributo sobre o rendimento é também distorcivo: um indivíduo pode reduzir a sua sujeição fiscal simplesmente trabalhando menos ou economizando menos.” STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 463.

³⁵³ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 111.

de eficiência resultantes da alteração do comportamento dos agentes econômicos (que podem deixar de realizar um negócio, por exemplo)³⁵⁴⁻³⁵⁵.

Outra consequência do peso-morto dos tributos é o efeito de substituição sobre a renda³⁵⁶. Imaginemos um tributo incidente sobre o consumo. A economia costuma diferenciar bens de consumo que possuem demanda elástica dos que possuem demanda inelástica. A carne, em seus diferentes gêneros (bovina, frango, peixe etc.) é considerada um bem com demanda elástica, isto é, a demanda altera-se facilmente em decorrência de modificações do preço do bem. Dessa maneira, um aumento no preço da carne bovina possui como consequência a redução de sua demanda (e aumento na demanda pelos outros tipos de carne). Conforme anteriormente explicado, a tributação, nesse caso, poderá ser um componente que aumente o preço da carne bovina. Os indivíduos passarão, portanto, a consumir menos do bem, em decorrência de dois fatores: primeiro porque um aumento da tributação fará com que sua renda disponível seja reduzida (ele terá menos dinheiro para gastar, já que o preço do produto irá

³⁵⁴ Ou, nas palavras de N. Gregory Mankiw: “*Taxes cause deadweight losses because they prevent buyers and sellers from realizing some of the gains from trade.*” Em tradução livre: “Tributos causam perdas de peso-morto porque impedem compradores e vendedores de obterem alguns dos ganhos de uma negociação.” MANKIWI, N. Gregory. *Principles of Economics*. 6. ed. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2012. p. 159.

³⁵⁵ Martin Feldstein apresenta interessante exemplo que ilustra o efeito do “peso-morto” dos tributos: “*Consider a law that prevented people from buying apples. That law would not transfer money to the government but individuals would consider themselves worse off than in the absence of such a law. The amount that the government would have to give people to make them feel as well off as they would have been without the law is its deadweight loss, i.e., the loss to the individuals in excess of the revenue to the government. Now consider a less draconian law that merely reduces the number of apples that anyone can buy. That implies a smaller deadweight loss. But what if, instead of a law limiting the purchase of apples, the government levies a tax on apples that reduces the number of apples that the individual chooses to buy? The individual would then be worse off relative to no law for two reasons: he consumes fewer apples and he must pay a higher price per apple (which goes to the government as tax revenue). The extent to which the individual is worse off because of the tax can be divided into two parts – the revenue transferred to the government and the deadweight loss due to the reduced consumption of apples. Similarly, a tax that induces someone to work less not only transfers revenue to the government but also causes a distortion in the individual’s behavior (reduces the extent to which the individual supplies labor and obtains money with which to buy goods and services) and therefore a deadweight loss.*” Em tradução livre: “Considere uma lei que impediu as pessoas de comprarem maçãs. Essa lei não transferiria dinheiro para o governo, mas os indivíduos se considerariam piores do que na ausência de tal lei. A quantia que o governo teria que dar às pessoas para fazê-las sentir-se tão bem quanto elas estariam sem a lei é a sua perda do peso morto, ou seja, a perda para os indivíduos em excesso da receita para o governo. Agora considere uma lei menos draconiana que meramente reduz o número de maçãs que qualquer pessoa pode comprar. Isso implica uma perda menor de peso morto. Mas e se, em vez de uma lei limitando a compra de maçãs, o governo cobrar um tributo sobre as maçãs, que reduz o número de maçãs que o indivíduo escolhe comprar? O indivíduo estaria então pior que em relação a nenhuma lei por duas razões: ele consome menos maçãs e ele deve pagar um preço mais alto por maçã (que vai para o governo como receita tributária). A medida em que o indivíduo está pior por causa do tributo pode ser dividida em duas partes – a receita transferida para o governo e a perda de peso morto devido ao consumo reduzido de maçãs. Da mesma forma, um tributo que induz alguém a trabalhar menos não só transfere receita para o governo, mas também provoca uma distorção no comportamento do indivíduo (reduz a extensão em que o indivíduo fornece mão-de-obra e obtém dinheiro para comprar bens e serviços) e, portanto, uma perda de peso morto.” FELDSTEIN, Martin. *Effects of Taxes on Economic Behavior*. NBER Working Paper n. 13745. Massachusetts: National Bureau of Economic Research, 2008. p. 12-13. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w13745>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³⁵⁶ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 520.

aumentar), sendo esse o efeito sobre a renda; segundo porque também poderá ocorrer o efeito de substituição, isto é, em razão da elasticidade da demanda da carne bovina, os indivíduos irão substituí-la por outros tipos de carne. Tais efeitos, em razão do caráter distorcivo que causam, devem ser evitados do ponto de vista da tributação.

Por outro lado, outra consequência do peso-morto dos tributos também será a redução da arrecadação. Isso porque os tributos distorcivos tem como consequência a não realização de determinadas transações/fatos econômicos que permitiriam a cobrança desses mesmos tributos. No exemplo anteriormente proposto, explicamos que após a incidência de uma alíquota de 20%, e chegando o preço final do produto ao patamar de R\$ 120,00, o consumidor Y não possuía interesse ou disponibilidade econômica para adquirir o bem (já que ele estaria disposto a pagar o valor máximo de R\$ 110,00). Dessa forma, a transação não será realizada e o Estado não obterá a receita tributária decorrente da operação. Os modelos econômicos sugerem, portanto, que à medida que a carga tributária aumenta (composta por uma série de tributos distorcivos), maior será o peso-morto dos tributos e menor será a arrecadação tributária³⁵⁷.

Para que um tributo seja considerado como não distorcivo, é necessário que sua imposição não altere o comportamento dos agentes econômicos, isto é, que eles, mesmo diante do novo tributo, permaneçam realizando a mesma conduta que realizariam caso o tributo não existisse. Tal espécie de tributo é denominado de *lump-sum tax* (ou tributo fixo)³⁵⁸, e incide sobre os indivíduos sem levar em conta características subjetivas, como sexo, idade ou renda. Os tributos fixos são não-distorcivos exatamente porque os indivíduos não possuem outra alternativa a não ser pagá-los. Um exemplo de *lump-sum tax* seria um tributo *per capita*, cobrado de todos os indivíduos independentemente de suas características pessoais.

No entanto, a limitação prática de imposição de tributos fixos reside no fato de que ele não atende ao critério da equidade na tributação, exatamente por não levar em conta características pessoais do contribuinte. Imaginemos um tributo do tipo *lump-sum* no valor anual de R\$ 1.000,00. Para uma pessoa rica, esse valor pode não representar um ônus substancial em seu orçamento, no entanto, para uma pessoa pobre o efeito desse tributo em seu orçamento será substancial³⁵⁹. A discussão perpassa, portanto, pelo princípio da capacidade contributiva, um

³⁵⁷ MANKIWI, N. Gregory. *Principles of Economics*. 6. ed. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2012. p. 163-164.

³⁵⁸ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 462-462.

³⁵⁹ MANKIWI, N. Gregory. *Principles of Economics*. 6. ed. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2012. p. 246.

dos critérios de equidade incorporado em grande parte dos sistemas tributários dos países³⁶⁰. Isso não obsta que tributos fixos sejam possíveis de serem implantados. Exemplo disso é a espécie tributária *taxa* existente no sistema tributário brasileiro, comumente cobrada com um valor fixo, vinculando-se ao princípio do benefício, isto é, aos custos do governo decorrentes da prestação de determinado serviço ou exercício do poder de polícia.

Tendo em vista que um cenário cujos *lump-sum taxes* sejam os únicos a existirem é improvável de ocorrer, bem como diante do fato de que os efeitos distorcivos dos tributos são inevitáveis, do ponto de vista da eficiência econômica e sua relação com a tributação, o melhor arranjo possível sempre será o de segundo melhor. Para tanto, a preocupação do governo em termos de política tributária é modelar o sistema de maneira que se evitem efeitos distorcivos significativos, mantendo níveis ótimos de eficiência sempre que possível.

No exemplo anteriormente proposto, é possível encontrar um ponto de equilíbrio no qual a imposição de um tributo não iria impedir a relação de troca. Um tributo que aumentasse o valor do produto (tênis), mas mantivesse-o dentro do intervalo de R\$ 100,00 e R\$ 110,00, permitiria a manutenção da arrecadação, mas não obstaría a realização da venda do bem. Exemplificativamente, se a alíquota do tributo, ao invés de 20%, fosse de 5% sobre o valor de venda, o preço final do produto seria R\$ 105. Para o consumidor Y, o preço final é inferior ao preço máximo que ele estaria disposto a pagar (R\$ 110,00), resultando em uma melhoria com relação à sua situação original. Para a empresa, ela conseguirá vender o produto por um valor superior ao valor mínimo (R\$ 100,00) que ela estaria disposta a vender, também implicando num ganho em termos de maximização de riqueza.

Modelar sistemas tributários eficientes (e que atendam a equidade) não é tarefa fácil, posto que diferentes tributos (sobre o consumo, sobre a renda, sobre o patrimônio) possui diferentes características relativas aos efeitos sobre o comportamento dos agentes econômicos. Por outro lado, o ordenamento jurídico também prescreve uma série de princípios e regras voltados à manutenção tanto à garantia de direitos básicos do contribuinte, quanto a níveis adequados de arrecadação de receita para o Estado. É tarefa dos formuladores de política tributária harmonizarem os institutos jurídicos com os princípios da tributação conforme as

³⁶⁰ “[...] a sociedade deve optar pelo que entender mais adequado aos seus interesses: uma tributação neutra, que não distorça a alocação ótima de recursos, *i.e.*, possibilite maior geração de excedente social (riqueza) ou a tributação que seja equitativa e atenda a valores como igualdade e capacidade contributiva. Não se trata, como poderiam apressadamente pensar alguns, de uma decisão óbvia ou fácil. Há custos e benefício para ambas as possibilidades, que devem ser racionalmente sopesados.” CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livre-docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 186.

proposições da Economia, de maneira a desenhar um sistema tributário que atenda às limitações e objetivos do ordenamento jurídico, seja eficiente economicamente e não ofenda a equidade.

4.2.3 Tributação e escolha racional

Conforme examinado anteriormente, a teoria da escolha racional preconiza que os agentes econômicos são maximizadores racionais de utilidade, buscando, sempre que possível, as condutas e decisões que lhe proporcionem um maior nível de bem-estar. Esse pressuposto da teoria da escolha racional é aplicável à praticamente todos os processos de tomada de decisões, como o que consumir ou produzir, onde trabalhar, quanto gastar (ou poupar). Uma das consequências desse postulado é que os agentes reagem a incentivos. Dessa maneira, qualquer mudança na estrutura de incentivos poderá modificar o processo de tomada de decisão dos agentes econômicos.

Os incentivos podem advir das mais diferentes situações. Do ponto de vista social, um dos institutos que mais altera a estrutura de incentivos são as normas jurídicas. Em verdade, o Direito é, por excelência, uma disciplina que se propõe a influenciar a conduta dos sujeitos, principalmente em razão do binômio lícito/ilícito (ou proibido/permitido). As normas jurídicas estão calcadas na suposição de que os indivíduos, na média, são sujeitos racionais que reagem a estímulos e desestímulos. A partir de tal constatação, espera-se que os indivíduos evitem praticar uma conduta ilícita, sob pena de sofrerem determinada sanção previamente estabelecida no ordenamento jurídico (a questão ontológica relativa ao porquê de se punir certa conduta representa uma discussão de caráter filosófico e moral, que foge do escopo de nosso estudo).

Por outro lado, a tributação, de maneira geral, é instrumentalizada por normas jurídicas, que preveem uma série de características acerca do tributo, como a forma, os motivos que justificam sua cobrança, quem são os responsáveis pelo pagamento e pela arrecadação etc. Diante de tais fatores, os tributos, por estarem materializados em normas jurídicas de caráter compulsório, representam um dado que altera a estrutura de incentivos na dinâmica econômica³⁶¹. Nesse sentido, podemos examinar a relação entre tributação e escolha racional sob duas perspectivas: a do comportamento lícito e a do comportamento ilícito.

³⁶¹ Como destaca Martin Feldstein: “*The effect of taxes on economic behavior is important for three distinct reasons. First, the behavioral response of taxpayers affect the revenue consequences of changes in tax rates and tax rules. Second, the effects on economic efficiency or deadweight loss depend on taxpayers’ compensated behavioral responses, i.e., on the behavioral effects excluding pure income effects. And, third, behavior is important for understanding the short-run macroeconomic consequences of tax changes on aggregate demand and employment.*” Em tradução livre: “O efeito dos tributos sobre o comportamento econômico é importante por três razões distintas. Em primeiro lugar, a resposta comportamental dos contribuintes afeta a receita pública por

Numa primeira acepção, e conforme destacado anteriormente, a relação entre tributação e eficiência econômica permite concluir que os tributos, por representarem um fator exógeno à determinada relação de trocas no mercado, altera essa dinâmica, influenciando o comportamento dos agentes econômicos. Um elevado nível de tributação sobre a renda pode repercutir em decisões como: qual profissão seguir, que tipos de investimentos devo realizar (já que alguns investimentos, como poupança, estão sujeitos a uma menor tributação sobre a renda), quando devo me aposentar, se devo exercer determinada atividade profissional como pessoa física ou pessoa jurídica etc. Uma alta tributação sobre o consumo, conforme exemplificado anteriormente, define se iremos consumir mais ou menos de determinado bem, se devemos optar por um produto com um preço inferior (em detrimento de outro) etc. No caso dos tributos que incidem sobre a atividade empresarial, os efeitos são sentidos no que diz respeito sobre o que e onde produzir, como reduzir os custos de produção para tornar o preço dos seus bens e serviços mais competitivos (por exemplo, através da redução do número de empregados ou de seus salários), ou, no limite, decidindo sobre se vale a pena empreender ou não.

Também se destacou que dentre as consequências dos efeitos distorcivos da tributação eles podem implicar, também, em perdas de arrecadação. Já que determinadas atividades ou transações passíveis de serem tributadas não irão ocorrer (ou ocorrerão em menor número), os níveis de arrecadação tendem a diminuir. Num cenário hipotético em que a tributação é demasiada onerosa e os benefícios sociais oferecidos pelo Estado são pífios, é possível vislumbrar a ocorrência de verdadeiro “exílio fiscal”, isto é, indivíduos que optam por mudar de país na busca de um sistema tributário mais eficiente e menos custoso (e com uma carga tributária menor)³⁶². O mesmo se aplica às empresas, que buscarão ambientes tributários menos complexos e custosos e mais atrativos para investimentos, mediante a mudança de sua estrutura operacional para outros países.

mudanças nas alíquotas de tributos e normas tributárias. Em segundo lugar, os efeitos sobre a eficiência econômica ou a perda de peso morto dependem das respostas comportamentais compensadas dos contribuintes, ou seja, dos efeitos comportamentais excluindo os efeitos sobre a renda. E, em terceiro lugar, o comportamento é importante para compreender as consequências macroeconômicas a curto prazo das alterações fiscais na demanda agregada e no emprego.” FELDSTEIN, Martin. *Effects of Taxes on Economic Behavior*. NBER Working Paper n. 13745. Massachusetts: National Bureau of Economic Research, 2008. p. 1. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w13745>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³⁶² Um exemplo amplamente noticiado foi o do ator francês Gérard Depardieu (assim como diversos milionários franceses), que no ano de 2012 mudaram seu domicílio fiscal como forma de evitar o aumento da tributação da renda aprovado no governo do presidente François Hollande. UMPIERES, Rodrigo Tolotti. Com França em crise, milionários deixam o país para evitar impostos. *InfoMoney*, 17 dez. 2012. Disponível na Internet: <http://www.infomoney.com.br/mercados/noticia/2637848/com-franca-crise-milionarios-deixam-pais-para-evitar-impostos>. Acesso em: 1 mar. 2017.

Exatamente por implicarem em efeitos distorcivos (ainda mais quando nos deparamos com uma realidade na qual o Estado é, por vezes, ineficiente em termos de prestação de serviços e garantia de um ambiente atrativo para investimentos) que o pagamento de tributos, numa leitura econômico-comportamental, não é algo desejável pelos agentes econômicos, ao contrário. Do ponto de vista da escolha racional, é esperado que os indivíduos busquem formas de evitar o pagamento de tributos, já que a tributação resulta em diminuição de bem-estar/utilidade. Não sem razão, no Brasil e em diversos outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, o pagamento de tributos é compulsório, cuja obrigação deriva de lei³⁶³.

Do ponto de vista do comportamento econômico, a compulsoriedade no pagamento dos tributos não decorre de um fator aleatório, mas da constatação de que se o pagamento dos tributos fosse voluntário, haveria risco à própria existência e manutenção do Estado. Para fins exemplificativos, imaginemos uma realidade na qual o pagamento dos tributos fosse espontâneo, dependendo tão somente do altruísmo e do senso cívico da sociedade. Por outro lado, o Estado permanece realizando suas atividades essenciais, mediante a prestação de serviços públicos e de políticas públicas relevantes para a coletividade. Nesse cenário, os indivíduos, independentemente de contribuírem ou não, gozam na mesma proporção dos serviços públicos prestados pelo Estado. Alguns indivíduos permanecem contribuindo para o financiamento do Estado. Outros indivíduos percebem que irão usufruir dos serviços públicos, contribuindo ou não, e deixam de pagar os tributos (já que são voluntários), partindo da constatação (mesmo que falha) de que haverá alguém para “pagar a conta”, numa típica hipótese do “problema do caroneiro” (*free rider problem*). A consequência disso é que mais e mais indivíduos passam a deixar de pagar seus tributos, até um cenário limite em que o Estado não disporá de recursos (ou esses serão escassos), reduzindo ou deixando de prestar os serviços públicos necessários para a manutenção da vida em sociedade. Tal constatação, e diante do comportamento autointeressado dos agentes econômicos (que buscam atender seus interesses e preferências pessoais, maximizando sua utilidade), permite concluir a razão pela qual o pagamento dos tributos é compulsório, qual seja, a tributação é uma característica essencial para a própria existência do Estado. Não sem razão, o jurista e ex-ministro da Suprema Corte americana Oliver Wendell Holmes Jr. afirmou, no caso *Compania General de Tabacos de*

³⁶³ No Brasil, o Código Tributário Nacional, em seu art. 3º, estabelece o conceito jurídico de tributo, prescreve que seu pagamento será compulsório: “Art. 3º *Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*”

Filipinas v. Collector of Internal Revenue, que os “tributos são o que pagamos por uma sociedade civilizada”³⁶⁴.

Por outro lado, e também com fundamento na teoria da escolha racional, os agentes econômicos, no intuito de fugir da tributação (já que lhes impõem perdas de bem-estar) também adotam, no limite, comportamentos considerados ilícitos, como a sonegação/evasão fiscal. Em razão da característica da compulsoriedade do pagamento dos tributos, os ordenamentos jurídicos costumam prever hipóteses de sanção no caso do descumprimento do pagamento, sobretudo em situações nas quais os indivíduos valem-se de práticas escusas voltadas para esconder do fisco a ocorrência de algum fato que justifique o pagamento de determinado tributo. No entanto, mesmo diante de normas prevendo sanções no caso dos crimes de evasão fiscal, isso não significa que eles deixam de ocorrer. Do ponto de vista do comportamento do potencial criminoso, que também será (na média) um agente racional, este sopesa custos e benefícios no que diz respeito ao cometimento do ilícito tributário. Sob tal perspectiva, os custos da sonegação fiscal não estão representados apenas na pena em potencial que ele poderá sofrer, mas leva em conta diversas outras variáveis, como a probabilidade de ser descoberto, a eficiência da fiscalização do fisco, a estrutura e eficácia do aparato policial, a possibilidade de escapar da punição (seja por conta das características do processo penal, seja porque dispõe de recursos financeiros para contratar bons advogados para sua defesa), dentre outras. Numa análise econômico-comportamental, se os benefícios decorrentes da economia de tributos forem superiores aos possíveis custos do crime, haverá fortes incentivos para que o ilícito seja cometido³⁶⁵.

Nesse sentido, os efeitos que os tributos geram no comportamento dos indivíduos devem ser encarados como um pressuposto determinante em qualquer mudança legislativa que altere a dinâmica da tributação. Especificamente no caso da tributação indutora, tendo em vista que ela é, em sua essência, instrumento de modificação da conduta dos agentes econômicos para a consecução de fins de interesse do Estado, a análise dos potenciais e reais efeitos sobre o comportamento dos indivíduos representa um critério essencial em termos de criação e eficácia das normas tributárias indutoras.

³⁶⁴ No original: “*Taxes are what we pay for civilized society.*”

³⁶⁵ Para uma análise do crime de sonegação fiscal sob a perspectiva do Direito & Economia, cf. SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Sonegação fiscal no Brasil: reflexões sobre a perspectiva da economia do crime. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 127, p. 297-311, 2016.

4.2.4 Teoria da tributação ótima

Em 1927 Frank P. Ramsey, filósofo, matemático e economista britânico, lançou as bases da teoria da tributação ótima em seu artigo *A Contribution to the Theory of Taxation*³⁶⁶. Em que pese seu trabalho ter focado a tributação sobre o consumo (*commodities*), Ramsey lançou as bases teóricas do que se compreende como um tributo ótimo, influenciando vários autores contemporâneos. Em seu trabalho, Ramsey parte da seguinte indagação (segundo ele, o problema foi originalmente sugerido por Arthur C. Pigou): tendo em vista que os tributos sobre o consumo são distorcivos, qual é a melhor forma de aumentar a receita tributária com o menor nível de distorção possível, permitindo a maximização da utilidade?³⁶⁷. A partir das proposições de Ramsey, pode-se destacar três pressupostos básicos: qualquer bem de consumo que possa ser tributado deveria o ser em algum nível; bens de consumo com demanda elástica devem ser menos tributados; o tamanho do Estado afeta todas as alíquotas dos tributos proporcionalmente. Partindo de tais pressupostos, o modelo de tributação proposto por Ramsey leva em conta um sistema tributário com diferentes tributos sobre os diversos bens de consumo (e não um único tributo, conforme defendido por alguns financistas e tributaristas). A proposta do autor é a de que um grande número de pequenas distorções (causadas pelos diferentes tributos sobre *commodities*), desde cuidadosamente pensadas, é preferível do que uma única grande distorção causada por um tributo único³⁶⁸. Por outro lado, bens com demanda inelástica devem possuir alíquotas maiores, em detrimento dos bens com demanda elástica, já que a tributação possui um efeito decisivo na modificação da demanda (o aumento da tributação gera uma elevação proporcional do preço do produto com demanda elástica, fazendo com que a demanda por esse bem diminua na mesma proporção).

A partir das proposições originais de Frank P. Ramsey foram desenvolvidos trabalhos subsequentes sobre a teoria da tributação ótima, como os trabalhos de Peter A. Diamond e

³⁶⁶ RAMSEY, Frank P. *A Contribution to the Theory of Taxation*. *The Economic Journal*, v. 37, n. 145, p. 47-61, 1927.

³⁶⁷ O problema é proposto por Ramsey logo no primeiro parágrafo de seu artigo: “*The problem I propose to tackle is this: a given revenue is to be raised by proportionate taxes on some or all uses of income, the taxes on different uses being possibly at different rates; how should these rates be adjusted in order that the decrement of utility may be a minimum?*” Em tradução livre: “O problema que proponho abordar é o seguinte: uma determinada receita deve ser aumentada por tributos proporcionais sobre alguns ou todos os usos da renda, os tributos sobre diferentes usos sendo possíveis com diferentes alíquotas; como essas alíquotas devem ser ajustadas para que a diminuição da utilidade possa ser mínima?” RAMSEY, Frank P. *A Contribution to the Theory of Taxation*. *The Economic Journal*, v. 37, n. 145, p. 47-61, 1927. p. 47.

³⁶⁸ STIGLITZ, Joseph E. *In Praise of Frank Ramsey’s Contribution to the Theory of Taxation*. *The Economic Journal*, v. 125, p. 235-268, 2015. p. 236.

James A. Mirrlees³⁶⁹ (que inserem o critério da equidade na discussão do tributo ótimo) e de Anthony B. Atkinson e Joseph E. Stiglitz³⁷⁰ (que propõem um modelo de tributação ótima mediante a tributação sobre o consumo e a tributação sobre a renda).

O ponto de convergência na teoria da tributação ótima diz respeito a definição de quais são os critérios necessários para criação de um tributo ideal, especificamente no caso de um tributo cuja finalidade precípua é arrecadar. Em princípio, e diante das discussões propostas pelos diferentes trabalhos que se propuseram a examinar a teoria da tributação ótima, uma primeira conclusão reside no fato de que a tributação ótima irá variar a depender da base tributável, em particular no que diz respeito à tributação sobre o consumo e a tributação sobre a renda. Não obstante tal consideração, é possível extrair algumas características básicas do que poderia ser considerado como um tributo ótimo. Vejamos.

Uma primeira característica diz respeito à base ampla de contribuintes. Determinados tributos, em razão de suas características, atingem apenas uma pequena parcela de contribuintes, a exemplo dos tributos sobre a propriedade, como o IPTU (propriedade predial e territorial urbana), o ITR (propriedade territorial rural) e o IPVA (propriedade de veículos automotores). Poucos contribuintes resultam em baixos níveis de arrecadação e altos custos administrativos na gestão e arrecadação dos tributos, reduzindo a receita tributária passível de ser arrecadada. Além disso, quanto maior o grau de especificidade do tributo, maiores serão os incentivos para que os indivíduos busquem meios de evitar o pagamento desse mesmo tributo³⁷¹. Por outro lado, outros tributos conseguem atingir uma grande quantidade de contribuintes, como o Imposto de Renda e os diferentes tributos sobre o consumo (IPI, ICMS, PIS, COFINS etc.). Com isso, consegue-se, por um lado, maiores ganhos de receita tributária com menores custos administrativos, por outro lado, permite-se que o ônus tributário seja melhor dividido entre os contribuintes, reduzindo-se a desigualdade na tributação e a carga tributária individual. Com a redução da carga tributária individual, os contribuintes serão

³⁶⁹ DIAMOND, Peter A.; MIRRLEES, James A. Optimal Taxation and Public Production I: Production Efficiency. *The American Economic Review*, v. 61, p. 8-27, 1971; DIAMOND, Peter A.; MIRRLEES, James A. Optimal Taxation and Public Production II: Tax Rules. *The American Economic Review*, v. 61, n. 3, p. 261-278, 1971.

³⁷⁰ ATKINSON, Anthony B.; STIGLITZ, Joseph E. The Design of Tax Structure: Direct versus Indirect Taxation. *Journal of Public Economics*, v. 6, p. 55-75, 1976.

³⁷¹ “Quanto maior a exação, maior será o estímulo para que o contribuinte busque evitá-la, consoante as premissas da escolha racional. Da mesma forma, quanto mais específica e mais relevante do ponto de vista financeiro for a situação sobre a qual o tributo incide, mais recursos os contribuintes terão para contratar profissionais treinados em expedientes elisivos.” CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livredocência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 257.

desestimulados a adotar práticas voltadas a reduzir ou evitar o pagamento dos tributos, já que os custos envolvidos podem ser superiores aos possíveis benefícios³⁷².

Uma segunda característica, e com base nas lições de Frank P. Ramsey, corresponde ao fato de que um tributo ótimo deve, sempre que possível, incidir sobre bens, serviços e situações (fatos econômicos) com demanda inelástica. Em outros termos, deve-se evitar o efeito de substituição na criação de um tributo. A elasticidade diz respeito a como os agentes econômicos reagem a uma mudança nos preços, e os tributos são, por excelência, um fator exógeno que modifica os preços dos bens e serviços. Conforme examinado anteriormente, determinados bens e serviços podem ser classificados entre aqueles que possuem demanda elástica, cuja variação no preço altera substancialmente a demanda pelo seu consumo. Um exemplo de bem com demanda elástica são bens de caráter luxuoso, como carros esportivos, joias e obras de arte. Nesse sentido, uma elevada tributação sobre produtos e serviços com demanda elástica resultará no efeito de substituição, fazendo com que os agentes econômicos consumam menos dos bens tributados e procurem outros bens que atendam suas necessidades e preferências, resultando em efeitos distorcivos e potenciais perdas de arrecadação. Por outro lado, bens e serviços com demanda inelástica correspondem àqueles cuja alteração no preço não irá repercutir substancialmente em seu consumo, sobretudo nos casos de bens e serviços essenciais para os indivíduos, como os alimentos que compõem a cesta básica, energia, combustível, serviços bancários etc. Dessa forma, tributar bens e serviços com demanda inelástica, mesmo que haja um aumento no preço, não irá reduzir ou pouco reduzirá o seu consumo, ocasionando em baixos efeitos distorcivos e manutenção de níveis ótimos de arrecadação³⁷³.

Do critério da incidência sobre bens e serviços com demanda inelástica extrai-se uma terceira característica do tributo ótimo, já examinada anteriormente, qual seja, a de que ele deve resultar no mínimo de efeitos distorcivos no mercado ou, em outros termos, deve atender à eficiência econômica. A tributação, inevitavelmente, altera a dinâmica de trocas no mercado em termos de alocação de recursos, correspondendo a um fator externo que não permite a manutenção da eficiência econômica nos termos preconizados pelo primeiro teorema fundamental do bem-estar. Por outro lado, os tributos são um elemento essencial para o financiamento do Estado e para a própria manutenção da vida em sociedade. Diante de tais fatores, ao se pensar que um tributo ótimo deve atender a eficiência econômica, a perspectiva

³⁷² CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livre-docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 258.

³⁷³ CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livre-docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 258.

será sempre a de um cenário de segundo melhor, isto é, um contexto no qual a tributação é inescapável, mas no qual deve-se buscar o segundo melhor cenário possível em termos de eficiência. Dessa forma, os tributos devem ser pensados de maneira a causar o mínimo de efeitos distorcivos na economia e em termos de modificação do comportamento dos agentes econômicos, a exemplo da tributação incidente sobre bens e serviços com demanda inelástica. Para além da necessidade de manutenção de um ambiente de mercado eficiente economicamente (que resulta em ganhos de bem-estar para a coletividade), um tributo que atenda a eficiência econômica (numa óptica de segundo melhor) e pouco influencie no comportamento dos indivíduos também permite a manutenção de níveis adequados de arrecadação, seja porque não haverá (ou pouco haverá) efeito de substituição no consumo dos bens e serviços, seja porque os contribuintes não terão incentivos a empregar meios (lícitos ou ilícitos) para evitar a tributação.

No entanto, a discussão em torno do critério da eficiência econômica e da incidência tributária sobre bens e serviços com demanda inelástica esbarra num limite jurídico e econômico essencial para o tributo ótimo, qual seja, o tributo ótimo não deve aumentar a desigualdade nem ofender a equidade. Imaginemos uma alta tributação incidente sobre os produtos que compõem a cesta básica brasileira, como feijão, arroz, leite, açúcar, café etc. Tais produtos, de maneira geral, compõem o cardápio típico da maioria da população e a sua substituição por outros produtos similares não é algo fácil, exatamente em razão de sua essencialidade, possuindo demanda inelástica. Do ponto de vista da eficiência econômica, tais bens representam uma ótima escolha em termos de tributação, já que em razão de sua essencialidade e de possuírem demanda inelástica, os indivíduos não têm outra opção (ou terão poucas opções) a não ser consumi-los. Por outro lado, sob a perspectiva da equidade, é possível vislumbrar que uma elevada tributação sobre os bens que compõem a cesta básica resultaria em tratamento desigual, sobretudo no que diz respeito à capacidade contributiva. Isso porque o preço do bem tributado (feijão, por exemplo) será o mesmo para um indivíduo que detenha alto poder aquisitivo em detrimento de um indivíduo com baixa renda. Em contrapartida, do ponto de vista prático, o valor do dinheiro varia na proporção do nível de riqueza do indivíduo: R\$ 1,00 valerá mais para um indivíduo com baixo poder aquisitivo do que para um indivíduo com alta renda. No entanto, ambos pagarão o mesmo valor do tributo incidente sobre o feijão, situação que se configura como desproporcional e não isonômica, já que não leva em conta a capacidade econômica dos indivíduos. Não sem razão, a Constituição Brasileira de 1988 permite que os impostos, sempre que possível, levem em conta a capacidade econômica dos contribuintes (art. 145, § 1º), além de permitir que determinados tributos sobre o consumo,

como o IPI (art. 153, § 3º, inciso I) e o ICMS (art. 155, § 2º, inciso III), sejam seletivos, em função da essencialidade do produto tributado (bens considerados essenciais devem possuir menores alíquotas em detrimento de bens de caráter luxuoso ou voluptuário).

Poder-se-ia cogitar que esse cenário de *trade-off* entre eficiência e equidade resultaria num empecilho intransponível relativamente à criação do tributo ótimo. No entanto, destacamos dois dados essenciais. O primeiro deles reside na constatação (que já havia sido apontada por Ramsey e desenvolvido pelos teóricos da tributação subsequentes) de que a noção de tributo ótimo não está adstrita à criação de um único e exclusivo tributo que atenda às diferentes características apontadas até o momento, mas na estruturação de um sistema tributário composto de diferentes tributos que atendam, em maior ou menor grau, as características apontadas. Inevitavelmente, alguns tributos atenderam melhor o critério da eficiência econômica, outros o da equidade. O outro dado elementar diz respeito à própria função básica da tributação (ao lado da função indutora), qual seja, arrecadar. Dessa maneira, não obstante os critérios apresentados, a tributação deve alcançar os melhores níveis de arrecadação possíveis.

Dessa constatação retira-se outras duas características do tributo ótimo: ele deve permitir obter altos níveis de arrecadação a um baixo custo administrativo. Para tanto, o tributo deve ser encarado como o mais significativo instrumento de obtenção de receita à disposição do Estado (condição existente na maioria dos países do Ocidente). No entanto, a manutenção de níveis ótimos de arrecadação está vinculada à eficiência e ao comportamento dos agentes econômicos: posto que a tributação, em maior ou menor grau, resulta em efeitos distorcivos no mercado, deve-se adequar o sistema tributário para que ele resulte no mínimo de incentivos possível para que os agentes busquem formas (lícitas ou ilícitas) de evitar a tributação. Recordemo-nos que uma alta carga tributária não estará, essencialmente, relacionada a elevados índices de arrecadação; no limite, uma alta carga tributária resulta em incentivos para que os indivíduos busquem meios lícitos de evitar o pagamento de tributos – como a mudança do domicílio fiscal – ou ilícitos – como a evasão fiscal. Por outro lado, o tributo ótimo deve possuir baixo custo administrativo, isto é, não deve resultar em custos demasiado onerosos em desfavor do fisco, já que isso se traduz em diminuição da receita tributária disponível.

Uma última característica do tributo ótimo reside no fato de que ele também deve resultar em baixos custos de conformidade para o contribuinte ou, em outros termos, os procedimentos/obrigações relacionadas ao pagamento dos tributos devem ser simples e pouco custosas. Para tanto, é necessário que a legislação tributária não seja complexa, já que a complexidade demanda substanciais custos no cumprimento das obrigações tributárias, a exemplo da necessidade de se contratar profissionais para fiscalizar o pagamento dos tributos

(como advogados e contadores), custos decorrentes da burocracia no preenchimento de documentos e formulários exigidos pelo fisco ou custos derivados do acompanhamento das alterações da legislação tributária. Os custos de conformidade, sobretudo no que diz respeito à atividade empresarial, repercutem nos preços dos bens e serviços produzidos, gerando distorções e perdas de eficiência alocativa.

A partir das características propostas pela teoria da tributação ótima, e numa análise preliminar, examinemos dois potenciais tributos do sistema tributário brasileiro, um que nunca foi criado e outro que já foi criado e posteriormente extinto. O primeiro deles corresponde ao Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), previsto no art. 153, inciso VII, da Constituição de 1988, mas que nunca foi efetivamente instituído (já que demanda de lei complementar específica para tanto). Trata-se de uma modalidade de tributação sobre grandes fortunas, a exemplo do *impôt de solidarité sur la fortune* existente na França. Sob a perspectiva da teoria então apresentada, tal tributo não se configuraria como um tributo ótimo, posto que: não possui uma ampla base de contribuintes (apesar de não ter sido regulamentado, presume-se que serão poucos os indivíduos que possuem uma grande fortuna); gera substanciais efeitos distorcivos, já que os indivíduos terão fortes incentivos a evitar a tributação sobre grandes fortunas (a exemplo do “exílio fiscal” que ocorreu na França quando de sua instituição); pode implicar em elevados custos administrativos, em razão da necessidade de todo um aparato burocrático do fisco específico para sua fiscalização, além de não resultar, necessariamente, em elevados índices de arrecadação, em razão das características já pontadas.

Por outro lado, o Brasil já adotou um tributo que atendeu a diversas características do tributo ótimo, não obstante ter sido bastante criticado do ponto de vista político e midiático. Trata-se da CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), um tributo que permaneceu em vigor entre 1997 e 2007, em substituição ao anterior IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira). A CPMF incidia sobre as transações financeiras realizada pelos contribuintes, como transferências e depósitos bancários, com uma alíquota média de 0,38% sobre o valor da operação. A CPMF atendia às características do tributo ótimo em razão dos seguintes fatores: possuía uma ampla base de contribuintes, já que muitos indivíduos realizam transações financeiras no seu cotidiano; incidia sobre um serviço de demanda inelástica, isto é, na grande maioria dos casos os contribuintes não possuíam outra alternativa a não ser realização a transação financeira, resultando em baixos efeitos distorcivos; possuía baixíssimos custos administrativos, já que as instituições bancárias eram as responsáveis pelo recolhimento da CPMF e repasse para o fisco (além disso, também era um tributo de difícil sonegação, em razão das características e da segurança do sistema bancário); permitia elevados

índices de arrecadação, mesmo com uma alíquota baixa, em razão dos fatores apontados (base ampla de contribuintes, incidência sobre serviço de demanda inelástica e baixo custo administrativo). Em que pese tais características, a CPMF foi criada num contexto no qual o sistema tributário brasileiro já possuía diversos outros tributos (não necessariamente eficientes), majorando sobremaneira a carga tributária, o que resultou em sua extinção em 2007. Não obstante tais fatos, em verdade, a CPMF deveria ter sido adotada como um substituto a tributos ineficientes que permanecem em vigor no Brasil, problema esse que, infelizmente, esbarra em questões de fundo político.

5 TRIBUTAÇÃO INDUTORA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: POR UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

“...o incentivo é método de atuação empírica, a reclamar constantes adequações de rumo, e criador de artificiais atmosferas econômicas que, surpresa, talvez comprometam a continuidade dos empreendimentos favorecidos. Converteu-se ele ainda, no Brasil, na panacéia (que realisticamente não é) de todos os males econômicos e sociais.”

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Prefácio. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1971. p. 9.

“Corrective taxes alter incentives to account for the presence of externalities and thereby move the allocation of resources close to the social optimum. Thus, while corrective taxes raise revenue for the government, they also enhance economic efficiency.”³⁷⁴

MANKIOW, N. Gregory. *Principles of Economics*. 6. ed. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2012. p. 204.

Os conceitos e premissas desenvolvidos no capítulo anterior, relacionados à Análise Econômica do Direito e à economia da tributação, irão pautar o exame crítico que iremos empreender neste capítulo. Conforme discutido desde o início deste trabalho, nossa preocupação e principal problemática no que diz respeito às normas tributárias indutoras corresponde ao exame de seu grau eficaz, de sua real funcionalidade enquanto instrumento de intervenção econômica. Não se pretende aqui criar uma regra de validade infalível e universal no que diz respeito à eficiência das normas tributárias indutoras, mas propor diferentes *insights* a partir da literatura jurídica e econômica sobre o tema.

Lastreado em alguns casos por diferentes exemplos práticos, hábeis a extrair conclusões a respeito de sua relevância, viabilidade e potenciais consequências, também serão sugeridos alguns parâmetros para a criação de instrumentos de controle das normas tributárias indutoras. Mantendo a tônica com a proposta deste trabalho, a análise pretende ir além do formalismo (mas sem sair dele) inerente aos estudos da tributação indutora comumente empreendidos no Direito Tributário brasileiro, buscando examiná-la a partir da sua função, e se ela – a norma tributária indutora – tem o condão de atingir os fins e objetivos almejados pelo Estado no exercício da intervenção econômica.

³⁷⁴ Em tradução livre: “Os tributos corretivos alteram os incentivos para justificar a presença de externalidades e, assim, movimentam a alocação de recursos próximos ao ideal social. Assim, enquanto os tributos corretivos aumentam a receita para o governo, eles também aumentam a eficiência econômica.”

5.1 DIREITO E ECONOMIA DA TRIBUTAÇÃO INDUTORA

A tributação indutora possui ampla margem para discussão relacionada à tópicos do Direito e Economia, sobretudo no que diz respeito à eficiência econômica e a um exame de prognose dos efeitos (potenciais e indesejados) das normas tributárias indutoras. Tal exame, inerente à Análise Econômica do Direito, será empreendido a seguir com base em três discussões fundamentais: a relação entre a tributação indutora e a eficiência econômica, sob uma perspectiva funcionalista, principalmente diante da constatação de que toda norma tributária indutora resulta em distorções no mercado (distorções essas que, em princípio, são desejadas e legitimadas pelo ordenamento jurídico); a discussão em torno do *trade-off* entre eficiência e equidade, e as imbricações desse *trade-off* para as normas tributárias indutoras; por último, uma proposta de uma teoria da tributação indutora ótima, estabelecendo diferentes critérios, tanto para os incentivos fiscais, quanto para os tributos regulatórios, que podem orientar a construção de uma norma tributária indutora ótima, a partir dos conceitos derivados da Análise Econômica do Direito e da economia da tributação.

5.1.1 Sobre a relação entre tributação indutora e eficiência econômica

Quando da discussão sobre a relação entre tributação e eficiência econômica, apresentamos alguns pressupostos básicos sobre o tema, conforme examinados pela teoria econômica da tributação³⁷⁵. O principal deles corresponde ao fato de que os tributos, em maior ou menor grau, geram distorções no mercado e perdas de eficiência econômica. Num cenário ideal de eficiência de Pareto (que corresponderia ao cenário proposto pelo primeiro teorema fundamental do bem-estar), sob certas condições, sendo o mercado competitivo e desde que ausente fatores externos a modificar sua dinâmica, a eficiência alcançará seu ponto ótimo, maximizando os níveis de bem-estar dos agentes econômicos envolvidos. No entanto, os tributos – um componente inescapável, dada a necessidade de financiamento do Estado – representam um elemento exógeno que altera a alocação de recursos nesse cenário de primeiro melhor, tendo efeito direto no comportamento dos agentes e nos níveis de eficiência. Nesse sentido, do ponto de vista da função arrecadatória da tributação e numa perspectiva do segundo melhor cenário possível, os tributos devem resultar no mínimo de distorções e perdas de peso-

³⁷⁵ Cf. Capítulo 4, item 4.2.2.

morto, tendo em vista que quanto maior for o peso-morto, maiores serão as perdas de eficiência resultantes da alteração do comportamento dos agentes.

As normas tributárias indutoras, por outro lado, buscam exatamente o oposto, ou seja, impõem distorções com o propósito de alterar o comportamento dos agentes econômicos e, como isso, atingir determinados fins, como a correção das falhas de mercado ou a concretização de objetivos positivos do Estado, como os princípios da Ordem Econômica Constitucional. Em resumo, a tributação indutora tem como pressuposto ser um instrumento deliberado de distorções no mercado. Espera-se que esse efeito distorcivo resulte em ganhos de eficiência e bem-estar, ganhos esses que devem se sobrepor às ineficiências ou problemas que as normas tributárias indutoras buscam solucionar. Não sem razão, o emprego de normas tributárias indutoras com tal propósito deve passar por um exame crítico por parte do governo, principalmente no que diz respeito à adequação entre os meios e os resultados esperados. A um, porque intervir no sistema econômico representa uma medida de exceção, somente sendo justificável quando na existência de perturbações no mercado para tanto, ou na necessidade de se efetivar princípios e valores previstos no ordenamento jurídico. Segundo, porque a tributação indutora não representa a única forma de regulação econômica à disposição do Estado, e possui características muito particulares no que diz respeito aos seus efeitos para o próprio ente estatal, a exemplo dos incentivos fiscais, que impõem perdas de receita tributária. Por fim, também é necessário avaliar previamente, num juízo de prognose, se a norma tributária indutora terá o condão de atingir os fins a que se propõe ou se poderá, inclusive, impor novas ineficiências alocativas para o mercado.

Partindo dessas colocações preliminares, a questão da neutralidade da tributação ganha novos contornos quando examinada sob a óptica da tributação indutora e sua relação com a eficiência econômica. O pressuposto clássico da neutralidade tributária comumente está relacionado à ideia de que os tributos devem ser neutros em termos econômicos, isto é, não devem resultar em modificação do comportamento dos agentes econômicos³⁷⁶. Tal construção decorre do liberalismo clássico, no qual ao Estado, em princípio, não caberia intervir na economia – não obstante haver casos de intervencionismo estatal nesse mesmo período, ainda que de forma pontual³⁷⁷. A consequência, do ponto de vista da tributação, é a de que os tributos

³⁷⁶ ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade tributária e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 58.

³⁷⁷ Conforme destaca António Carlos dos Santos: “No período liberal foram, com efeito, claramente assumidas formas de intervencionismo fiscal, de fim económico, social e moralizador. Basta recordar, no plano económico, o intervencionismo aduaneiro que assumiu um carácter sistemático e não meramente pontual como forma de defesa

não devem intervir na dinâmica do mercado, devendo permanecer economicamente neutros³⁷⁸. No entanto, conforme expusemos em linhas anteriores, uma tributação economicamente neutra é virtualmente impossível, salvo nas remotas hipóteses dos *lump-sum taxes*, impraticáveis enquanto única forma de tributo, principalmente por não atender à característica da equidade.

Dessa maneira, a neutralidade tributária é encarada hoje com base na constatação de que nenhum tributo poderá ser considerado economicamente neutro. Ele sempre irá influenciar o comportamento dos agentes econômicos, em maior ou menor grau³⁷⁹. Do ponto de vista arrecadatório, a teoria econômica da tributação preocupa-se em desenhar e escolher os tributos que causem o mínimo de distorções possível, de maneira a não beneficiar ou prejudicar determinados setores ou agentes econômicos, em termos de produção, estrutura e atividade empresarial, mercado consumidor etc., permitindo a consecução da livre iniciativa e da livre concorrência num contexto no qual os tributos são um componente inevitável.

Por outro lado, relativamente à função indutora, a tônica passa a ser a não-neutralidade ou *anti-neutralidade*, isto é, uma tributação voltada a intervir deliberadamente na economia, com o escopo de corrigir ou diminuir as imperfeições do mercado ou concretizar determinados objetivos e finalidades prescritas no ordenamento jurídico. Pretende-se, então, analisar os efeitos, desejados ou não, de uma determinada norma tributária indutora em termos de eficiência econômica e distorções no mercado, seja ela – a norma tributária – um incentivo fiscal ou um tributo regulatório, conforme classificação por nós proposta.

No caso dos incentivos fiscais, propomos discussões e critérios em termos de eficiência que devem ser avaliados quando da concessão dos incentivos, sobretudo em países em desenvolvimento. O Brasil, assim como diversas outras economias emergentes, tem adotado uma ampla política de concessão de incentivos fiscais voltados para a promoção do desenvolvimento econômico e redução de desigualdades. Tal política de concessão de incentivos comumente está vinculada a objetivos como a geração de emprego, atração de investimentos, inovação tecnológica, dentre outros. Todos esses fins apresentados guardam

contra a concorrência estrangeira e a favor da protecção das actividades nacionais. Ou, no plano social, a admissão, teórica e prática, dos direitos de sucessão como forma de redistribuição de riqueza. Ou ainda, no plano da moralização, a admissão, teórica e prática, de impostos sobre produtos nocivos para a higiene ou a saúde, como o álcool e o tabaco, legitimados pela promoção de certos imperativos ético.” SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 358-359.

³⁷⁸ Ou, nas palavras de Paulo Caliendo: “A tributação deve ser o mais neutra possível, ou seja, *não deve se constituir em um elemento fundamental de decisão do agente econômico nas suas escolhas.*” CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 117.

³⁷⁹ “Todas as formas de tributação provocam distorções. O mesmo acontece com as exclusões, benefícios e incentivo 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 conceito absoluto”. SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 355.

relação direta com os critérios legitimadores da tributação indutora propostos neste trabalho, sejam correção de falhas de mercado (geração de bens públicos e externalidades positivas, redução de inflação e desemprego) ou a consecução de princípios constitucionais (busca do pleno emprego, redução de desigualdades socio-regionais e, num sentido amplo, desenvolvimento econômico).

A questão que perpassa tal política de concessão de incentivos está relacionada às suas vantagens e desvantagens no que diz respeito aos efeitos sobre a eficiência econômica. Isso porque os incentivos fiscais modificam a eficiência, diminuindo a carga tributária média de determinados agentes econômicos beneficiados. Dessa forma, os incentivos fiscais distorcem ainda mais a alocação de recursos, ao incentivar uma atividade de baixa eficiência, em detrimento de outras atividades econômicas mais eficientes no mercado³⁸⁰. Nesse sentido, na escolha de um dado incentivo fiscal, determinadas variáveis devem ser sopesadas pelo formulador da política pública, a exemplo: do aumento potencial da receita decorrente do aumento do investimento; diferentes benefícios sociais decorrentes do incentivo, como, por exemplo, a provisão de bens públicos e de externalidades positivas; as perdas de receita derivadas de uma dada atividade econômica que seria realizada mesmo que não houvesse o incentivo; os custos indiretos dos incentivos, como os custos administrativos, os custos da evasão fiscal e dos custos decorrentes da perda de eficiência³⁸¹.

Especificamente no caso das empresas, a discussão em torno da eficiência econômica e da tributação indutora também perpassa o processo de tomada de decisões, como, por exemplo, onde investir ou desenvolver determinada atividade econômica. Essa questão ganha relevância quando examinada sob a política de concessão de incentivos fiscais para a atração de investimentos. Numa visão estritamente tributária do tema, parte-se do pressuposto de que, em tais casos, o incentivo fiscal é um instrumento determinante no processo de tomada de decisão sobre onde investir, instalar uma indústria ou empreender. No entanto, o exercício de uma atividade empresarial leva em conta diferentes outros fatores, os quais, muitas vezes, são muito mais determinantes do que os incentivos fiscais no que tange às decisões de onde empreender e o que produzir, tais como: uma economia e política estáveis; infraestrutura adequada; administração pública transparente; capital humano capacitado; marco legal trabalhista favorável ao empreendimento; sistema tributário pouco complexo e com baixos custos de

³⁸⁰ CHEN, Duanjie. *The Framework for Assessing Tax Incentives: A Cost-Benefit Analysis Approach*. New York: United Nations, 2015. p. 4. Disponível em: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/2015TIBP_PaperChen.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

³⁸¹ JAMES, Sebastian. *Tax and Non-Tax Incentives and Investments: Evidence and Policy Implications*. World Bank Group, 2013. p. 13. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2401905>. Acesso em: 1 mar. 2017.

conformidade; disponibilidade de mecanismos adequados de resolução de conflitos (seja o Poder Judiciário ou a arbitragem), dentre outros³⁸². Em verdade, é irresponsável pensar que, em determinados casos, os incentivos fiscais serão o fator preponderante para a modificação do comportamento dos agentes econômicos em termos de realização de investimentos ou exercício de determinada atividade econômica. Dessa maneira, é necessária que seja empreendida uma análise real dos efeitos dos incentivos para a empresas, para que eles não se tornem uma mera transferência de recursos público para particulares³⁸³.

Por outro lado, no caso dos tributos regulatórios os ganhos de eficiência econômica estão comumente relacionados à correção de uma determinada falha de mercado, em especial as externalidades negativas. Isso porque, conforme examinado no tópico referente às falhas de mercado³⁸⁴, na existência de uma falha o mercado não será eficiente em termos econômicos, devido ao fato de que a falha causa distorções em termos de alocação de recursos. Dessa maneira, o tributo regulatório funciona como instrumento de regulação econômica na medida em que seus efeitos tem a aptidão (ao menos esperada) de minimizar ou corrigir as distorções causadas pela falha de mercado. Para tanto, é fundamental examinar a aptidão desse tributo regulatório para intervir na economia, sobretudo porque: i) o tributo regulatório (assim como qualquer norma tributária indutora) causará novas distorções no mercado, já que é voltado para a alteração do comportamento dos agentes econômicos; ii) tais distorções podem não ser hábeis para atingir os fins a que se propõe o tributo regulatório (imagina um tributo regulatório que majore o preço de determinado produto, mas sem alterar sua demanda – já que a demanda pelo bem aproxima-se da inelasticidade, gerando tão somente aumento de receita e novas ineficiências, mas sem modificar o comportamento dos agentes econômicos). Em situações como essa, nas quais o tributo regulatório mostra-se ineficiente economicamente, é necessário

³⁸² EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 9. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³⁸³ Conforme destacam Alex Easson e Eric M. Zolt: “[...] *policy makers may wish to target tax incentives to achieve the greatest possible benefits for the lowest costs. The goal would be to offer tax incentives only to those investors who at the margin would invest elsewhere but for the taxes incentives. Offering tax incentives to those investors whose decisions to invest are not affected by proposed tax benefit results in just a transfer to the investor (or in some instances, to the foreign investor’s government) from the host government without any gain.*” Em tradução livre: “[...] os decisores políticos podem querer direcionar incentivos fiscais para obter os maiores benefícios possíveis pelos custos mais baixos. O objetivo seria oferecer incentivos fiscais apenas para aqueles investidores que, na margem, iriam investir em outro lugar em razão de incentivos fiscais. Oferecer incentivos fiscais aos investidores cujas decisões de investir não são afetadas pelo benefício fiscal proposto resulta em apenas numa transferência para o investidor (ou, em alguns casos, para o governo do investidor estrangeiro) do governo anfitrião, sem qualquer ganho.” EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 11. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³⁸⁴ Cf. Capítulo 3, item 3.1.3.

examinar sua pertinência e viabilidade, sobretudo diante do fato de que o governo dispõe de outros instrumentos regulatórios para atingir as finalidades pretendidas.

Sob outra perspectiva, e ainda a respeito dos tributos regulatórios, a literatura econômica tem feito referência à denominada “hipótese do duplo-dividendo” (*double-dividend hypothesis*), comumente referenciada nos casos dos tributos ambientais, hipótese essa que possui relação direta com a eficiência econômica³⁸⁵. Para tanto, imaginemos um exemplo no qual uma indústria siderúrgica possui um processo produtivo substancialmente poluente, ocasionando efeitos não desejados sobre terceiros agentes (como os indivíduos que residem no entorno da indústria), num típico caso de externalidade negativa. Diante de tal cenário, o governo resolve instituir um tributo ambiental que incide sobre aquela determinada atividade poluidora. A indústria terá como opções permanecer realizando o processo produtivo e poluindo (devendo, portanto, recolher o tributo devido), produzir menos ou não produzir, ou empregar métodos produtivos menos poluentes (também incorrendo em custos). Caso opte pela redução da produção ou por métodos de produção com menor potencial poluidor, haverá uma redução ou correção da externalidade negativa. Por outro lado, caso opte por permanecer empregando o método produtivo mais poluente e pagando o tributo ambiental exigido pelo governo, a receita tributária obtida com o referido tributo permita o Estado reduzir a incidência de outros tributos de teor mais distorcivo, gerando ganhos de eficiência. Em resumo, o duplo-dividendo surge tanto do desencorajamento a práticas que se configurem como externalidades negativas (primeiro dividendo), quanto do aumento de receita em decorrência da incidência dos tributos regulatórios, permitindo que tributos distorcivos sejam suprimidos ou reduzidos, com ganhos de eficiência econômica (segundo dividendo)³⁸⁶.

Diante das informações apresentadas, a eficiência de determinado incentivo fiscal ou tributo regulatório como mecanismo de modificação de comportamentos dos agentes econômicos deve passar por questionamentos tais como³⁸⁷:

- Aquele comportamento seria alterado independentemente do incentivo fiscal ou do tributo regulatório (por exemplo, determinado investimento seria realizado com ou sem um incentivo fiscal)?

³⁸⁵ Sobre o tema, cf. GOULDER, Lawrence H. *Environmental Taxation and the “Double Dividend”: A Reader’s Guide*. NBER Working Paper n. 4896. Massachusetts: National Bureau of Economic Research, 1994. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w4896>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³⁸⁶ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 226. A hipótese do duplo-dividendo será rediscutida, a partir de uma perspectiva crítica, no item 5.2.2.

³⁸⁷ Adaptado JAMES, Sebastian. *Tax and Non-Tax Incentives and Investments: Evidence and Policy Implications*. World Bank Group, 2013. p. 33. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2401905>. Acesso em: 1 mar. 2017.

- O incentivo fiscal ou o tributo regulatório colocaria outros agentes econômicos em desvantagem (por exemplo, empresas que já estavam instaladas em determinada região)?
- No caso de fomento à determinada atividade econômica, após o término dos efeitos do incentivo fiscal, haverá a possibilidade de obtenção de receita tributária decorrente da atividade incentivada?
- No caso da imposição de um tributo regulatório, também será possível aumentar os níveis de arrecadação?
- A atividade/agente econômico beneficiado com o incentivo fiscal ou cujo comportamento seja desestimulado pelo tributo regulatório, poderá gerar externalidades positivas, como empregos diretos, novas tecnologias, profissionalização do capital humano, substituição de importações, melhorias em infraestrutura, industrialização ou estímulo a indústrias já instaladas, diminuição da poluição, melhorias nos níveis de bem-estar decorrentes da redução de produtos nocivos à saúde, aumento da receita tributária em razão do tributo regulatório, dentre outros?
- O incentivo fiscal ou o tributo regulatório criará oportunidades para sonegação fiscal?
- O incentivo fiscal ou o tributo regulatório causará novas falhas de mercado, a exemplo da poluição ambiental, de falhas de competição, da criação de mercados incompletos?
- O incentivo fiscal aumentará a demanda ou pressão por mais incentivos por outros agentes econômicos?
- O tributo regulatório terá a possibilidade de servir como um substituto, em termos de obtenção de receita, para outros tributos de caráter mais distorcivo, a exemplo do imposto de renda ou de tributos que incidem sobre a atividade laboral?

De maneira geral, nenhuma norma tributária indutora satisfará positivamente os critérios acima mencionados. O objeto do governo deve ser aproximar-se o máximo possível de tais critérios (afastando as consequências negativas, por óbvio), de maneira a tornar a norma tributária indutora – seja ela um incentivo fiscal ou um tributo regulatório – eficiente em termos econômicos, ao mesmo tempo em que se permite a concretização das finalidades para a qual foi criada.

5.1.2 Tributação indutora: entre eficiência e equidade

A questão da equidade também perpassa as normas tributárias indutora em razão do *trade-off* existe entre eficiência e equidade. Recordemo-nos que os tributos, em maior ou menor grau, causam distorções na dinâmica do mercado e perdas de eficiência. Uma exceção seriam os *lump-sum taxes* (tributos fixos), que incidem sobre os sujeitos independentemente de características pessoais ou subjetivas (a exemplo de um tributo *per capita*). No caso da incidência dos tributos fixos, os indivíduos não possuem outra alternativa a não ser pagá-los, motivo pelo qual eles não distorcem a dinâmica do mercado. No entanto, exatamente por não levar em conta critérios subjetivos dos agentes (sua capacidade contributiva, por exemplo), tributos do tipo *lump-sum*, ainda que atendam a eficiência, ferem a equidade, a qual representa verdadeiro critério de justiça fiscal, em termos de proporcionalidade e distributividade da carga tributária.

Transpondo tal reflexão para as normas tributárias indutoras, numa primeira acepção poderíamos constatar que tais normas resultam em tratamentos desiguais para os diferentes agentes econômicos. Isso porque de maneira geral a norma tributária indutora alcança indivíduos e empresas específicos, os quais, em razão da finalidade da norma, terão (ao menos em tese) seu comportamento modificado, por conta do estímulo ou do desestímulo de determinado comportamento econômico que se pretende realizar. Por outro lado, normas tributárias indutoras também podem ser empregadas com vistas a reduzir desigualdades, através de medidas de caráter redistributivo. Por fim, há situações nas quais uma dada norma tributária indutora, não obstante pretender gerar efeitos redutores de desigualdades, não alcançam tais objetivos ou geram consequências adversas, situações essas que devem ser sopesadas quando da criação da norma indutora.

Os incentivos fiscais, por exemplo, podem ser encarados como uma medida que afeta a equidade, ao menos em seu sentido econômico, já que os contribuintes são tratados não com base em sua capacidade contributiva, mas tendo em vista critérios de caráter político e econômico, assim definidos pelas autoridades estatais responsáveis por sua implantação³⁸⁸. Diante desse pressuposto, essa condição de desigualdade decorrente da criação de uma norma tributária indutora deve estar legitimada e justificada no ordenamento jurídico, para que não se configure como uma medida de caráter antijurídico ou arbitrário.

³⁸⁸ CHEN, Duanjie. *The Framework for Assessing Tax Incentives: A Cost-Benefit Analysis Approach*. New York: United Nations, 2015. p. 4. Disponível em: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/2015TIBP_PaperChen.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

Do ponto de vista jurídico, já destacamos que a Constituição Federal de 1988 confere ao Estado brasileiro a possibilidade de intervir na economia, inclusive através de normas tributárias indutoras. Sob a perspectiva da equidade/igualdade, poderia se discutir se tal caráter interventor da tributação indutora encontra limites ou é legitimado pelo texto constitucional. Em termos principiológicos, já examinamos anteriormente que a Constituição de 1988 prevê a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos princípios norteadores da Ordem Econômica³⁸⁹, o que legitimaria o emprego de normas tributárias indutoras para tal finalidade.

A Constituição Federal também possui exemplos específicos que permitem que normas tributárias indutoras sejam criadas para atingir determinadas finalidades, ainda que mediante tratamento desigual. No caso dos incentivos fiscais, o art. 151, inciso I, da CF/1988, confere à União a possibilidade de conceder incentivos fiscais voltados à promoção do desenvolvimento econômico das diferentes regiões do país. Tal medida admite que a União, por exemplo, adote tratamento tributário distinto entre as diferentes regiões socioeconômicas brasileiras – prevendo incentivos fiscais para uma determinada região, em detrimento de outra –, de maneira a permitir, ao menos em tese, que tais incentivos fiscais funcionem como mecanismo de redução de desigualdades regionais. Quanto aos tributos regulatórios, a Constituição também prevê dispositivo expresso que permite aos Municípios, por exemplos, instituir IPTU progressivo no tempo para os imóveis urbanos não edificadas, subutilizado ou não utilizado (art. 182, § 4º, inciso II), de maneira a desestimular a manutenção de imóveis ociosos. A norma em questão, ao permitir a progressividade do IPTU de imóveis ociosos, resulta em tratamento desigual de determinados contribuintes, tratamento esse legitimado pelo texto constitucional.

No entanto, essa perspectiva normativa ainda não é suficiente para averiguar os reais efeitos econômicos das normas tributárias indutoras sobre a equidade (assim como da eficiência). O caso da concessão dos incentivos fiscais para a promoção do desenvolvimento e redução das desigualdades regionais, comumente relacionados à atração de investimentos e criação de novos empreendimentos, representa importante caso para demonstrar a relação entre tributação indutora, eficiência econômica e equidade, em particular devido à possível inefetividade ou baixa efetividade da medida fiscal.

Do ponto de vista teórico, espera-se que haja um verdadeiro círculo virtuoso decorrente dos incentivos fiscais voltados para a promoção do desenvolvimento e redução de desigualdades regionais: novas empresas demandaram novos postos de trabalho; novos postos de trabalho irão movimentar o ambiente socioeconômico da região, já que haverá circulação de

³⁸⁹ Cf. Capítulo 3, item 3.2.2.

renda; disso poderá advir a expansão de atividades econômicas já existentes (como o varejo, por exemplo) e/ou criação de novas atividades econômicas; também poderá ocorrer uma maior especialização do trabalho, em razão da necessidade de profissionalização dos trabalhadores; os níveis de emprego e renda também tenderão a subir e com uma economia regional em franco crescimento, espera-se que a demanda por novas atividades econômicas se sustente no tempo; em certos cenários, os polos de desenvolvimento poderão, inclusive, resultar em ganhos em termos de inovação tecnológica.

Incentivos fiscais concedidos com o escopo de reduzir desigualdades sociorregionais, sobretudo quando encarados como política de médio prazo (como normalmente o são, já que o prazo de duração dos incentivos fiscais para as empresas tende a variar num período de 10 a 20 anos), acabam não possuindo relevância significativa, principalmente quando a região objeto do incentivo já apresenta um padrão de industrialização considerável³⁹⁰. Tal cenário se agrava quando também se constata que ao término do prazo de duração dos incentivos, os níveis de empregos gerados tendem a diminuir, correspondendo a mais uma justificativa de que os incentivos fiscais, nesses casos, não corresponderão, necessariamente, a instrumentos adequados para a redução de desigualdades regionais no que diz respeito aos seus efeitos sustentáveis no tempo. Sob outra perspectiva, também é possível que uma determinada região passe a receber maiores investimentos e abertura de empresas em razão do incentivo fiscal concedido, mas sem que isso resulte, obrigatoriamente, em desenvolvimento regional, compreendido como a real alteração das estruturas socioeconômicas das regiões pouco desenvolvidas, sobretudo em termos de nível de empregabilidade³⁹¹.

Casos como esses permitem concluir que a política de concessão de incentivos fiscais para a redução de desigualdades e promoção do desenvolvimento muitas vezes não é dotada de real eficácia, impondo custos ao governo (decorrentes da renúncia de receita), não reduz a desigualdade regional e gera distorções na economia e ineficiências alocativas (já que determinados agentes econômicos irão gozar do incentivo em detrimento de outros, mas sem que haja uma real contrapartida em favor da coletividade em termos de bem-estar).

³⁹⁰ MENEZES, Adriana Reis Albuquerque de. *A utilização indutora de incentivos fiscais como mecanismo de redução de desigualdades regionais: análise acerca de sua (in) efetividade à luz do modelo de Estado e do projeto político de desenvolvimento insculpido na CF de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. p. 162.

³⁹¹ MENEZES, Adriana Reis Albuquerque de. *A utilização indutora de incentivos fiscais como mecanismo de redução de desigualdades regionais: análise acerca de sua (in) efetividade à luz do modelo de Estado e do projeto político de desenvolvimento insculpido na CF de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. p. 169.

Em nossa concepção, políticas de incentivos fiscais voltadas à redução de desigualdades socioregionais, principalmente quando pouco ou não planejadas, são paliativos para o problema dos elevados níveis de desemprego (mais intensos em determinadas regiões brasileiras), demonstrando, por vezes, serem verdadeiros benefícios públicos em favor de agentes privados, no caso, as empresas beneficiadas. Nesse sentido, as consequências na concessão de incentivos fiscais com o propósito de reduzir desigualdades regionais geram efeitos negativos na receita pública, posto que no decorrer do tempo os incentivos perdem seu efeito indutor, transformando-se tão somente em gasto tributário; causam distorções em termos de eficiência econômica no que diz respeito aos investidores privados, já que somente alguns serão beneficiados, em detrimento de outros; possuem pouco efeito redistributivo, já que, por vezes, as empresas preocupam-se muito mais com critérios como a infraestrutura e o capital humano disponível, e não com incentivos fiscais temporários, fazendo com que regiões mais ricas detenham maiores vantagens quando comparadas com regiões pobres.

Numa segunda perspectiva, e ainda com base na relação entre tributação indutora, eficiência econômica e equidade, apresentamos outro exemplo prático que permite demonstrar que normas tributárias indutoras voltadas à redução de desigualdades não necessariamente irão gerar os efeitos pretendidos. A teoria econômica aponta que os tributos indiretos, principalmente os IVAs (Imposto sobre o Valor Acrescentado ou Agregado), tendem a ser regressivos do ponto de vista da renda. Isso resulta do fato do IVA comumente incidir sobre bens de consumo. Dessa forma, a alíquota do IVA sobre o preço do bem irá representar, em termos proporcionais, um valor bem maior para famílias de classe baixa quando comparado para famílias de classe média ou alta (que possuem renda superior). Em termos práticos, para cada unidade de consumo, o IVA cobrado representa um percentual maior da renda das classes mais baixas, motivo pelo qual é considerado como instrumento concentrador de renda, denotando seu caráter regressivo.

Diante desse cenário, uma medida fiscal bastante comum adotado por países com consideráveis desigualdades de renda é conceder incentivos fiscais voltados para a redução das alíquotas do IVA, principalmente no que diz respeito a produtos essenciais (como os itens que compõem a cesta básica) para as famílias de baixa renda, funcionando como mecanismo de redução da regressividade e, por conseguinte, da desigualdade. A justificativa para tanto decorre do fato de que esses produtos comprometem substancialmente o orçamento das famílias de baixa renda. No Brasil, um exemplo de tal prática foi a edição da Lei nº 10.925, de 23 de julho de 2004, que reduziu para zero a alíquota do PIS/PASEP e da COFINS (exemplos de IVA

adotados no país) sobre a importação e a comercialização de diversos gêneros alimentícios, como farinha, leite, carne, açúcar e café.

À primeira vista, a concessão de incentivos fiscais nesse caso parece-nos uma medida eficaz em termos de redução da desigualdade. No entanto, examinando melhor o contexto socioeconômico no qual se insere, é possível inferir outras consequências que podem tornar esse incentivo ineficiente, sobretudo como instrumento de redução de desigualdades. O incentivo fiscal em questão tem como pressuposto beneficiar parcela da população que se encontra em condição desfavorecida economicamente. No entanto, esses não são os únicos indivíduos a consumir os bens em questão: as demais famílias que se encontram na condição de classe média ou alta também consomem esses bens e irão gozar do benefício decorrente do incentivo fiscal. Dessa maneira, dependendo da quantidade de famílias de classe média e alta do país, bem como dos bens incluídos na lista do incentivo fiscal, a renúncia de receita decorrente do incentivo pode representar um valor expressivo em termos de tributos não arrecadados.

Sob uma outra perspectiva, deveria ser avaliado qual o montante que representa essa renúncia de receita decorrente dos incentivos, principalmente a renúncia derivada do consumo desses bens pelas classes média e alta. Em se comprovando que parte substancial da renúncia de receita decorrente do incentivo fiscal é dirigida às classes média e alta (as quais, em princípio, não representam o principal objetivo do incentivo), deveria ser feita uma reavaliação da eficácia do incentivo, posto que outras políticas públicas atingiriam finalidades de redução de desigualdades de maneira muito mais eficaz. Exemplo disso seria a adoção de políticas sociais compensatórias ou assistencialistas (como o Bolsa Família): mantendo uma tributação uniforme do IVA sobre produtos de caráter essencial – e em se constatando que a receita tributária decorrente das classes média e alta representa um montante significativo – a arrecadação obtida com o consumo desses bens poderia ser revertida em favor das classes baixas, através de programas sociais, permitindo a redução da desigualdade de renda através de subsídios diretos. Essa conclusão é apontada, por exemplo, pela Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE), no *OECD Economic Survey – Brazil 2013*, no qual a organização internacional destaca que incentivos fiscais destinados às classes baixas, não obstante reduzirem a progressividade, podem resultar em substancial renúncia de receita decorrente do consumo dos produtos beneficiados pelos incentivos fiscais por parte das famílias

com alta renda, o que não necessariamente demonstra ser o instrumento mais eficaz em termos de redução de desigualdades³⁹².

Novamente, deve-se pautar a análise e criação das normas tributárias indutoras por um juízo de prognose, que permita antever se ela representa o instrumento hábil para a consecução dos fins pretendidos ou se, ao contrário, poderá ter pouca eficácia e gerar efeitos indesejados. A questão da equidade mostra-se sensível nesse caso não só porque as normas tributárias indutoras, ao menos do ponto de vista econômico, resultam em tratamento desigual dos agentes econômicos envolvidos, mas, principalmente, devido à necessidade de se avaliar primeiro, se esse tratamento desigual é legitimado pelo ordenamento jurídico; segundo, se esse tratamento desigual compõe o objetivo da norma; terceiro, diante da possibilidade desse tratamento desigual resultar em maiores desigualdades, o que iria de encontro ao objetivos da intervenção econômica em tais casos.

5.1.3 Propostas para uma teoria da tributação indutora ótima

Anteriormente, quando do exame da teoria da tributação ótima³⁹³, apresentamos diferentes critérios que caracterizam um tributo como ótimo. Partimos de uma indagação inicial, proposto por Frank P. Ramsey em seu artigo *A Contribution to the Theory of Taxation*, qual seja, o de que diante do fato de que os tributos causam distorções no mercado, qual seria a melhor forma de aumentar a arrecadação com o menor nível de distorção possível, permitindo a maximização da utilidade. Essa discussão, por óbvio, estava relacionada à função arrecadatória dos tributos. Dessa maneira, dentre as características elencadas, destacamos: a necessidade de um tributo ótimo incidir sobre uma ampla base de contribuintes, permitindo que haja um aumento da receita tributária com menores custos administrativos, bem como que a carga tributária seja melhor dividida entre os contribuintes, em atendimento à equidade (além de reduzir a carga tributária individual); além disso, um tributo ótimo deve sempre que possível

³⁹² “[...] specific exemptions targeting low-income households, such as the recent exemption on basic food and toiletry items from some indirect taxes, increase progressivity but are likely to create significant leakage, as large share of the tax expenditure will benefit high-income households. If the objective is to reach the poorest households, the tax revenues lost with the exemptions would be more effectively spent on transfers, such as Bolsa Família, instead.” Em tradução livre: “[...] isenções específicas dirigidas a famílias de baixa renda, como a recente isenção de produtos alimentares básicos e artigos de higiene de alguns tributos indiretos, aumentam a progressividade, mas são suscetíveis a criar perdas significativas, uma vez que uma grande parte da renúncia de receita beneficiará famílias de alta renda. Se o objetivo é alcançar as famílias mais pobres, as receitas tributárias perdidas com as isenções seriam gastas mais efetivamente em transferências, como o Bolsa Família.” OECD. *OECD Economic Survey – Brazil 2013*. Paris: OECD Publishing, 2013, p. 38-39. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/eco.surveys-bra-2013-en>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³⁹³ Cf. Capítulo 4, item 4.2.4.

incidir sobre bens e serviços com demanda inelástica (com isso, evita-se o efeito de substituição e a redução nos níveis de arrecadação tributária, posto que a alteração no preço dos bens e serviços em razão da tributação não diminui ou pouco diminui o seu consumo); um tributo também deve resultar no menor nível possível de distorções no mercado, numa perspectiva do segundo melhor cenário possível em termos de eficiência econômica, já que o primeiro cenário (ausência da tributação) é impossível de ser alcançado (tendo como consequência a manutenção um ambiente de mercado eficiente economicamente, além de resultar em níveis ótimos de arrecadação, já que haverá poucos incentivos para que os agentes econômicos busquem meios, lícitos ou ilícitos, de evitar o pagamento de tributos); um tributo ótimo também não pode ser um fator que resulte em desigualdades ou ofenda a equidade, isto é, deve-se optar por tributos e bases tributáveis que busquem, dentro das possibilidades do sistema tributário, manter a igualdade entre contribuintes em situação igual, bem como conferir tratamento desigual para contribuintes com características subjetivas distintas, em particular no que diz respeito às suas capacidades contributivas; do ponto de vista do fisco, o tributo ótimo também deve resultar em baixos custos administrativos, ou seja, no exercício de sua cobrança os custos de arrecadação do fisco devem ser os menores possíveis, permitindo que haja maiores ganhos em termos da receita tributária potencialmente obtida; por fim, do ponto de vista do contribuinte, um tributo ótimo deve resultar em baixos custos de conformidade, isto é, os custos decorrentes do cumprimento da legislação tributária (que possuem efeitos diretos na eficiência econômica) devem ser os menores possíveis (condição essa alcançada com um sistema tributário simples, com normas claras e de baixa complexidade).

Quando pensada sobre a perspectiva da tributação indutora, a teoria do tributo ótimo ganha outros contornos. Isso porque, conforme já mencionado, as normas tributárias indutoras possuem deliberadamente a função de intervir na economia e no comportamento dos agentes, resultando em efeitos diretos sobre a eficiência econômica e o equilíbrio do mercado. Naturalmente, espera-se que a indução econômica via tributação não seja realizada de forma aleatória, mas atenda a objetivos preestabelecidos de interesse público, como a correção das falhas de mercado ou a concretização de princípios e finalidades constitucionais, como os princípios da Ordem Econômica, no caso brasileiro. Dessa maneira, a tributação indutora, enquanto instrumento de intervenção econômica, mesmo que imponha alterações no mercado busca, por meio dessas alterações, corrigir ou concretizar outros fins de maior relevância em termos jurídicos e econômicos, como: a correção de externalidades negativas/defesa do meio ambiente, criação de bens públicos, redução de desigualdades regionais/promoção do desenvolvimento socioeconômico, dentre outros.

Dessa forma, e de maneira análoga às formulações de Frank P. Ramsey, propomos um questionamento inicial no que diz respeito à tributação indutora, qual seja: diante da possibilidade de se empregar normas tributárias com a função de regular a economia, qual seria a melhor forma para se alcançar o máximo de eficiência com o mínimo de consequências indesejáveis possível. Cabe destacar que há diferenças em termos de técnica de indução tributária entre os já denominados tributos regulatórios e os incentivos fiscais. Os tributos regulatórios buscam desencorajar uma conduta do agente econômico contrária ao interesse público. Já os incentivos fiscais propõem-se a estimular um comportamento dos indivíduos voltados ao atendimento de objetivos econômicos e sociais. Dessa forma, apresentaremos uma série de critérios logo abaixo, diferenciando, quando necessário, os critérios específicos para os tributos regulatórios e para os incentivos fiscais, devido às suas características distintas enquanto normas tributárias indutoras.

O primeiro critério – o qual, em verdade, corresponde ao próprio fundamento da tributação indutora – diz respeito à necessidade de a norma tributária indutora ser clara e precisa no que diz respeito ao seu real objetivo enquanto instrumento de intervenção econômica. Em outros termos, seus objetivos – sejam eles a correção de falhas de mercado ou concretização de princípios constitucionais, como os da Ordem Econômica – devem ser bem definidos e delineados por parte do criador da norma tributária indutora. Isso significa dizer que normas tributárias indutoras não devem ser criadas de maneira discricionária, sem uma justificativa ou problema real do ponto de vista socioeconômico, já que irá resultar em efeitos diretos na dinâmica do mercado. À primeira vista tal critério pode parecer uma tautologia, mas não é. Partimos do pressuposto de que uma norma tributária indutora deve ser criada em razão de um dado fundamento ou razão prévia relacionada à necessidade de se intervir na economia. Do ponto de vista econômico, tal fundamento encontra respaldo na ocorrência de falhas de mercado, portanto é necessário, primeiro, definir se há uma falha de mercado para, em seguida, examinar se a norma tributária indutora é instrumento hábil para a correção da respectiva falha (posto que os instrumentos de regulação econômica não se limitam às normas tributárias indutoras). Por outro lado, em termos jurídicos, deve-se examinar se os motivos justificadores para a criação da norma tributária indutora encontram respaldo e legitimidade no texto constitucional, sobretudo no que diz respeito aos princípios da Ordem Econômica, principal critério normativo em matéria de intervenção econômica. Mas não só. De maneira análoga à regulação econômica, também deve-se examinar se a norma tributária indutora, naquele caso em específico, permitirá, mesmo que potencialmente, atingir o objetivo jurídico-constitucional predeterminado.

Desdobramento do critério anterior, uma norma tributária indutora ótima não pode resultar em maiores distorções na economia quando comparada às distorções que ela pretende corrigir. Num sentido mais amplo, uma norma tributária indutora não pode causar novas falhas de mercado. Conforme já examinado, as normas tributárias indutoras, sejam eles tributos regulatórios ou incentivos fiscais, resultam em novas distorções na economia. À primeira vista, pressupõe-se que tais distorções são necessárias para que o mercado alcance o segundo melhor nível de eficiência e equilíbrio possível. O que não pode ocorrer é que tais normas tributárias indutoras imponham maiores níveis de distorção (ou gerem novas falhas de mercado) do que os que se propõem a diminuir ou corrigir. Um exemplo prático permite ilustrar isso. Nos últimos anos o Brasil adotou uma ampla política de concessão de incentivos fiscais para o setor automotivo, principalmente no caso do IPI, tributo que onera substancialmente o preço dos veículos, mediante a redução de sua alíquota. Dentre as justificativas apresentadas, a principal delas corresponde à necessidade de aumentar a demanda (consumo) dos bens, aumentando a sua produção e, como isso, permitindo (em tese) a manutenção de diversos postos de trabalho nas montadoras de automóveis. À primeira vista, o objetivo parece-nos louvável, sobretudo no que diz respeito à redução do desemprego, ao menos à curto prazo. No entanto, é possível inferir algumas consequências dessa política em termos de novas distorções no mercado. Do ponto de vista macroeconômico, buscou-se aumentar a demanda e o consumo, sem uma análise real sobre os efeitos dessa medida fiscal em termos de investimento e poupança. Um caminho alternativo seria a adoção de medidas que aumentassem a oferta, através, por exemplo, de investimentos em infraestrutura (reduzindo os níveis de desemprego); para tanto, seria necessário cortar a política de incentivos fiscais e aumentar a poupança, o que permitiria financiar o aumento do investimento. Por outro lado, quando examinada sob a óptica do microeconômica, as consequências da política de incentivos fiscais para o setor automotivo também são deletérias. O aumento do consumo de automóveis também gera o aumento no consumo de combustíveis fósseis, gerando poluição ambiental, uma típica externalidade negativa. Por outro lado, o Brasil também tem enfrentado significativos problemas em termos de mobilidade urbana, problema que se intensifica quando também há um aumento da frota de veículos em circulação (já que houve um incremento da demanda desses bens em razão do incentivo fiscal concedido). Numa perspectiva mais ampla, problemas de mobilidade urbana não resultam apenas em consequências para a qualidade de vida dos indivíduos, mas também para a produtividade e para o custo da mão-de-obra. Esse exame preliminar permite ilustrar potenciais consequências em termos de distorções na economia em decorrência da intervenção

econômica, consequências essas que devem ser evitadas quando da criação de uma norma tributária indutora.

Exatamente em razão das implicações destacadas no parágrafo anterior, um terceiro critério para uma norma tributária indutora ótima corresponde à necessidade de que seja empreendido um exame de prognose no que diz respeito às suas potenciais consequências, sejam os efeitos desejados pelo governo (em termos de intervenção econômica), bem como no que diz respeito aos possíveis efeitos indesejáveis. Recordemo-nos que uma das preocupações da Análise Econômica do Direito é examinar os possíveis efeitos e consequências da norma jurídica no sistema socioeconômico. Transpondo essa reflexão para a tributação indutora, previamente à sua criação e implantação, é necessário examinar, numa perspectiva jurídico-econômica, se ela representa instrumento hábil à consecução dos fins para qual foi criada, bem como se ela poderá resultar em outros efeitos negativos do ponto de vista econômico, principalmente em termos de perdas de eficiência. Em uma síntese do critério, deve-se realizar uma análise de custo-benefício previamente à criação/efetivação da norma tributária indutora, para aferir, mesmo que preliminarmente, se os benefícios decorrentes de uma nova norma tributária indutora são superiores aos custos envolvidos, partindo-se, para tanto, de uma análise de eficiência e bem-estar, através, por exemplo, do critério de eficiência de Kaldor-Hicks³⁹⁴. Tal reflexão ganha relevância sobretudo no caso dos incentivos fiscais, tendo em vista que há custos diretos atrelados à concessão dos incentivos, em decorrência da renúncia de receita tributária por parte do governo, ocasionando impactos no orçamento público.

Um quarto critério em termos de otimalidade da tributação indutora (também presente na teoria do tributo ótimo) corresponde à necessidade de que as normas tributárias indutoras não resultem em elevados custos administrativos para o fisco, assim como em substanciais custos de conformidade para os agentes econômicos afetados pelas normas. Do ponto de vista do fisco, elevados custos administrativos na gestão das normas tributárias indutoras não são desejáveis, sobretudo porque podem impor a necessidade de também se aumentar a receita (via arrecadação tributária) para compensar os custos envolvidos (o que pode representar, mesmo que de forma indireta, um ônus a mais para o Estado em termos de custo-benefício). Já no que diz respeito aos agentes econômicos, elevados custos de conformidade também impõem novas distorções e perdas de eficiência. Os custos de conformidade possuem um impacto direto no caso dos incentivos fiscais. Por vezes os interessados deparam-se com uma quantidade significativa de obrigações, documentos e formulários para poderem pleitear o incentivo,

³⁹⁴ Os possíveis critérios para a realização de uma análise custo-benefício das normas tributárias indutoras (tanto tributos regulatórios, quanto incentivos fiscais), serão apresentados e examinados no item 5.2.1.

demandando tempo, acompanhamento de profissionais habilitados (como advogados e contabilistas) etc. (além dos potenciais custos de conformidade após o deferimento do incentivo, decorrentes da prestação de informações, declarações diversas, dentre outros), fatores esses que podem, na margem, desestimular a busca pelo incentivo fiscal. Do ponto de vista dos tributos regulatórios, uma conclusão seria a de que na ausência de custos administrativos e de conformidade, o tributo indutor deveria ser equivalente ao custo da externalidade que se pretende corrigir³⁹⁵. No entanto, como um cenário de ausência absoluta de custos de conformidade e custos administrativos mostra-se impossível na prática, deve-se ter como importante diretriz a necessidade de se examinar, na equação tributos regulatórios/custos da externalidade/custos administrativos e de conformidade, as consequências em termos de valor do tributo e efeitos indutores no que diz respeito à correção das externalidades³⁹⁶.

Especificamente no caso dos tributos regulatórios, sob a perspectiva da tributação indutora ótima, tais tributos devem, sempre que possível, não apenas representar instrumentos de regulação econômica/correção de falhas de mercado, mas também serem dotados de efeitos arrecadatórios, mediante estimativas acerca da receita tributária potencialmente obtida em razão da imposição das referidas normas tributárias indutoras. Cabe destacar que os efeitos arrecadatórios dos tributos regulatórios devem ser encarados em segundo plano, já que sua função principal será a de induzir, a de modificar comportamentos dos agentes econômicos mediante o desestímulo de certas condutas (como poluir, consumir bens nocivos à saúde, realizar práticas anticompetitivas, dentre outros). No entanto, tal cenário não inviabiliza que se busque, também, fins arrecadatórios, que, de resto, podem permitir tornar o sistema tributário mais eficiente, mediante a redução ou eliminação de outros tributos arrecadatórios de caráter distorcivos, numa típica hipótese de duplo-dividendo. Indo além, conforme examinaremos posteriormente³⁹⁷, a estrutura e eficiência dos tributos regulatórios que incidem sobre bens de consumo considerados nocivos à saúde (como o álcool, o tabaco, as bebidas com elevado teor de açúcar ou os alimentos com alto teor de gordura) – podem ser adequadas para um modelo de destinação da receita tributária diretamente para a saúde pública, permitindo que o Estado, de um lado, busque reduzir o consumo desses bens via regulação econômica, e do outro lado, empregue a receita obtida no custeio de problemas de saúde decorrente do consumo desses bens.

³⁹⁵ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Pigouvian taxation with administrative costs. *Journal of Public Economics*, v. 19, p. 385-394, 1982. p. 386.

³⁹⁶ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Pigouvian taxation with administrative costs. *Journal of Public Economics*, v. 19, p. 385-394, 1982. p. 386.

³⁹⁷ Cf. item 5.2.2.

5.2 INSTRUMENTOS DE ANÁLISE E CONTROLE DA TRIBUTAÇÃO INDUTORA

Apresentados os conceitos básicos relacionados à tributação indutora e sua relação com a Análise Econômica do Direito, examinaremos adiante como tais conceitos podem ser empregados enquanto instrumento de investigação e controle da tributação indutora. A perspectiva permanece sendo o exame da eficiência e das consequências de uma norma tributária indutora, seja ela um incentivo fiscal ou um tributo regulatório. Novamente, discute-se como é possível avaliar (e através de quais meios) se um tributo regulatório, por exemplo, possui aptidão para atingir os fins a que se destina (ou não). A investigação empreendida propõe-se a ir por e além da perspectiva formalista no exame da tributação, buscando *insights* e padrões de investigação que sirvam de instrumento de análise para a propositura e criação de uma determinada norma tributária indutora.

Para tanto, os próximos tópicos estão estruturados da seguinte forma: primeiramente, serão apresentados os pressupostos fundamentais da análise custo-benefício, conforme estudados pela Economia, tendo como principal objetivo delinear os critérios básicos relacionados ao exame do custo-benefício de um incentivo fiscal ou de um tributo regulatório; na sequência, retoma-se a análise dos tributos pigouvianos, a partir de sua discussão e crítica na contemporaneidade, principalmente no que diz respeito ao seu grau de eficiência, das potenciais consequências, e das suas vantagens e desvantagens enquanto instrumento de regulação econômica; logo após, examinaremos os incentivos fiscais a partir da teoria do gasto tributário, com base numa óptica econômica e financeira-orçamentária do instituto, sobretudo devido à suas implicações enquanto renúncia de receita, e com destaque para o disciplinamento do gasto tributário decorrente dos incentivos fiscais no Brasil; por último, serão discutidos os mecanismos de controle dos incentivos fiscais existentes no Brasil, sobretudo do controle material dos incentivos, tanto no que diz respeito a uma análise prévia, quanto numa análise *a posteriori*, a partir das atribuições conferidas aos diferentes Poderes e órgãos que compõem a estrutura pública brasileira.

5.1.1 Tributação indutora e análise custo-benefício

A análise custo-benefício é comumente associada às diferentes técnicas e ferramentas voltadas a avaliar um determinado programa, política pública ou projeto do setor público. Tal análise propõe-se a fornecer parâmetros de avaliação dos custos e benefícios relacionados a

esse projeto ou programa³⁹⁸. Um primeiro pressuposto da análise custo-benefício é que, do ponto de vista do setor público, há diferentes variáveis que diferem de uma análise empreendida no setor privado. Isso porque determinados bens públicos possuem uma lógica distinta dos bens privados, tornando difícil sua precificação, a exemplo da saúde pública, do meio ambiente, da segurança etc. Por outro lado, comumente o governo incorre em diferentes custos na implantação de qualquer política ou programa, a exemplo de um novo programa de incentivos fiscais voltados à atração de investimentos.

Dessa maneira, em linhas gerais a análise custo-benefício propõe-se a: investigar se é viável tomar uma determinada decisão ou realizar um investimento por parte do setor público em um dado programa ou projeto; possibilitar uma medida de comparação de programas ou projetos (passando pela comparação do custo total estimado do programa com os potenciais benefícios esperados, permitindo que se conclua se os benefícios ultrapassam os custos, e em qual montante).

Nesse sentido, em termos genéricos a análise custo-benefício relaciona-se com o potencial ganho de bem-estar para a sociedade advindo de uma determinada política pública ou programa de governo. Não sem razão, um dos conceitos-chave comumente referenciados em termos de análise custo-benefício corresponde ao critério de eficiência econômica, em especial a eficiência de Kaldor-Hicks³⁹⁹, anteriormente apresentado. Isso porque qualquer mudança em termos de alocação de recursos derivada de uma política governamental (através da regulação, por exemplo), nunca atingirá a eficiência de Pareto (já que sempre haverá indivíduos em uma situação pior do que a original, mesmo que outros indivíduos tenham uma melhoria em sua situação original, exigindo-se, sempre, que os ganhadores compensem os perdedores para que a eficiência de Pareto reste mantida). Por outro lado, relativamente à eficiência de Kaldor-Hicks, ela prescreve que mesmo havendo uma mudança em termos de alocação de recursos (com ganhadores e perdedores), se os benefícios dos ganhadores forem superiores à perda dos perdedores, e desde que haja uma possibilidade de compensação dos ganhadores em favor dos perdedores (ainda que em tese), a eficiência econômica permanece válida. Transpondo tal assertiva para a análise custo-benefício, se uma determinada política pública ou programa de governo gera um retorno potencial superior ao seu custo, permitindo uma compensação (ainda

³⁹⁸ Sobre o tema, cf. STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 271-296.

³⁹⁹ Cf. Capítulo 4, item 4.2.2.

que virtual), em favor dos potenciais perdedores, a medida justifica-se em termos de eficiência de Kaldor-Hicks⁴⁰⁰.

Apresentadas as premissas da análise custo-benefício, é possível delinear alguns critérios básicos que podem ser aplicados tanto aos incentivos fiscais, quanto aos tributos regulatórios. Cabe o registro de que os critérios apresentados estão fundamentados em elementos teóricos. Em razão de limitações metodológicas, este trabalho não se propõe a formular ferramentas econométricas ou matemáticas voltadas para a análise custo-benefício, sobretudo porque tais ferramentas variam substancialmente a depender das características particulares de cada norma tributária indutora, tornando inviável apresentar um modelo padrão e universal. Nesse sentido, as proposições e critérios apresentados propõem-se a servir como diretriz na formulação de uma possível ferramenta de análise custo-benefício voltada à tributação indutora.

Sob tal perspectiva, os incentivos fiscais, enquanto instrumentos de indução ou direcionamento do comportamento dos agentes econômicos, comumente estão relacionados a objetivos tais como a geração de externalidades positivas/provisão de bens públicos, promoção do desenvolvimento econômico, redução de desigualdades regionais e sociais, atração de investimentos, dentre outros, sobretudo no caso do contexto econômico brasileiro. Uma primeira observação a ser feita corresponde ao fato de que os incentivos fiscais, não obstante poderem ter êxito em termos de atração de investimentos, muitas vezes possuem custos que podem exceder os benefícios decorrentes de um novo investimento. Dessa maneira, um método de análise custo-benefício seria estimar o custo do incentivo (em termos de renúncia de receita) para cada posto de trabalho criado⁴⁰¹. Obviamente que há limitações práticas nesse critério de análise, sobretudo porque ele não leva em conta as características do trabalho criado, principalmente em termos de profissionalização ou até mesmo de inovação tecnológica.

⁴⁰⁰ A relação entre análise custo-benefício, eficiência de Kaldor-Hicks e os incentivos fiscais voltados à promoção do desenvolvimento e redução de desigualdades foi examinada originalmente em trabalho de nossa autoria: “Aplicado aos incentivos fiscais, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks permite o seguinte raciocínio: 1º) a concessão de determinado incentivo fiscal só será eficiente enquanto política pública se ela implicar, de fato, um benefício para quem o pleiteia; 2º) tal benefício deverá resultar em ganhos suficientes de maneira a permitir que o beneficiário compense a sociedade pelo incentivo concedido e ainda permaneça com parcela dos ganhos; 3º) no caso dos incentivos fiscais, a compensação ou indenização dos ganhadores (quem usufrui do incentivo) destinada aos perdedores (sociedade) deixa de ser potencial e passa a ser necessária/obrigatória, em virtude da própria natureza e do objeto do instituto jurídico, qual seja, reduzir sociais e regionais e promover o desenvolvimento econômico.” SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Incentivos fiscais e desenvolvimento: reflexões e proposições à luz do Direito e Economia. *Revista Tributária das Américas*, v. 6, p. 305-323, 2012. p. 318-319.

⁴⁰¹ EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 8. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

Em se tratando dos custos dos incentivos fiscais, a literatura especializada propõe alguns elementos de análise. O primeiro e principal deles corresponde ao custos da receita não arrecadada em decorrência do incentivo concedido, podendo ser enxergada sob suas perspectivas, quais sejam: a receita abdicada em decorrência de determinados comportamentos/atividades econômicas que seriam realizadas mesmo que o agente beneficiado não recebesse qualquer incentivo; e, se após o término do prazo de duração do incentivo fiscal, o agente ou atividade econômica beneficiada continuará a exercer o comportamento econômico estimulado, agora mediante o pagamento dos tributos⁴⁰². Há também os custos administrativos por parte do governo (já que haverá a necessidade de se acompanhar todo o processo de concessão e manutenção do incentivo fiscal⁴⁰³) além dos custos de conformidade dos agentes econômicos beneficiados (os quais, na maioria dos casos, devem cumprir com uma série de obrigações tributárias acessórias para que possam gozar do incentivo fiscal⁴⁰⁴). No limite, também devem ser observados os potenciais custos associados à corrupção e falta de transparência na concessão dos incentivos fiscais. Ainda que sejam custos virtualmente “invisíveis”, a concessão de incentivos fiscais, principalmente quando submetidos ao crivo de uma autoridade estatal, poderá estar relacionada à possibilidade de corrupção, o que também ocasionará em custos, sobretudo quando um ambiente de pouca transparência⁴⁰⁵.

Do ponto de vista teórico (e numa acepção ampla) os incentivos fiscais justificam-se somente se trouxerem algum ganho de bem-estar para a coletividade como um todo. Numa acepção específica, o benefício dos incentivos fiscais pode ser definido como o aumento das atividades econômicas relacionadas ao incentivo, bem como o ganho de receita gerado por tais

⁴⁰² EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 10-11. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴⁰³ Sebastian James também destaca outros custos administrativos de caráter não-financeiro dos incentivos fiscais, tais como os custos de distorções na economia em razão do fomento de novas atividades econômicas/investimento, em detrimento das atividades já existentes; tempo e dinheiro gasto pelas empresas para pressionar o governo por incentivos (*lobby*); tempo e dinheiro gasto pelas empresas para se adequar e receber os incentivos; perda de receita para atividades ilegais; custos adicionais das administrações tributárias pela administração dos incentivos fiscais. JAMES, Sebastian. *Tax and Non-Tax Incentives and Investments: Evidence and Policy Implications*. World Bank Group, 2013. p. 19. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2401905>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴⁰⁴ EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 12. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴⁰⁵ “What is clear is that the opportunity for corruption is much greater for tax incentives regimes where officials have wide discretion in determining which investors or projects receive favorable treatment. The potential for abuse is great where no clear guidelines exist for qualification.” Em tradução livre: “O que está claro é que a oportunidade para a corrupção é muito maior para os regimes de incentivos fiscais, onde os funcionários têm ampla discricionariedade na determinação de quais investidores ou projetos recebem tratamento favorável. O potencial de abuso é grande onde não existem diretrizes claras para qualificação.” EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. p. 12. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

atividades econômicas incrementadas⁴⁰⁶. Para tanto, esse benefício deve ser superior aos custos decorrentes da receita tributária perdida, da perda de eficiência econômica (já que, como qualquer norma tributária indutora, os incentivos fiscais resultam em distorções no mercado) e dos custos administrativos e de conformidade⁴⁰⁷.

A partir desses pressupostos iniciais, cada programa de incentivos fiscais deve determinar qual o seu *standard* ou padrão de análise custo-benefício. O *standard* de análise custo-benefício deve cobrir tanto o efeito econômico e de receita decorrentes de um dado incentivo fiscal: o efeito econômico pode, por exemplo, referir-se aos investimento de capital e operações de negócios que geram postos de trabalho adicionais e aumenta o produto interno bruto; já o efeito de receita diz respeito à perda de receita decorrente da concessão do incentivo fiscais, assim como os potenciais ganhos de receita em termos de produto interno bruto adicional, o que inclui os rendimentos com o investimento realizado e com os novos postos de trabalho⁴⁰⁸. Conforme destaca Duanjie Chen, os efeitos econômicos e de receita decorrentes do incentivo fiscal podem ser estimados em três estágios: i) impacto direto: corresponde às “atividades econômicas líquidas” diretamente estimuladas pelo programa de incentivos fiscais e sua receita gerada (o que exclui atividades redundantes que estão dentro do alvo do incentivo, mas que ocorreriam mesmo em sua ausência); ii) impacto indireto: relacionado às atividades indiretamente afetadas pelos incentivos fiscais (como o varejo ou o setor de logística, no caso de um incentivo fiscal voltado para uma determinada indústria), bem como a receita tributária gerada por essas atividades; iii) impacto induzido: o efeito multiplicador decorrente do gasto com rendimentos gerado pelas atividades econômicas em razão dos impactos diretos e indiretos dos incentivos fiscais, bem como as consequências sobre a receita⁴⁰⁹.

Um critério análogo pode ser adotado para a análise da viabilidade de criação (ou majoração) de um dado tributo regulatório. Imaginemos, para tanto, um tributo regulatório incidente sobre o preço do cigarro. O objetivo do tributo relaciona-se à redução do consumo do produto cigarro. Uma primeira análise deve ter como pressuposto a relação entre o preço e a

⁴⁰⁶ CHEN, Duanjie. *The Framework for Assessing Tax Incentives: A Cost-Benefit Analysis Approach*. New York: United Nations, 2015. p. 8. Disponível em: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/2015TIBP_PaperChen.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴⁰⁷ CHEN, Duanjie. *The Framework for Assessing Tax Incentives: A Cost-Benefit Analysis Approach*. New York: United Nations, 2015. p. 6-7. Disponível em: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/2015TIBP_PaperChen.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴⁰⁸ CHEN, Duanjie. *The Framework for Assessing Tax Incentives: A Cost-Benefit Analysis Approach*. New York: United Nations, 2015. p. 11-12. Disponível em: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/2015TIBP_PaperChen.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴⁰⁹ CHEN, Duanjie. *The Framework for Assessing Tax Incentives: A Cost-Benefit Analysis Approach*. New York: United Nations, 2015. p. 12. Disponível em: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/2015TIBP_PaperChen.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

elasticidade da demanda (já que as consequências decorrentes do aumento do preço do produto podem variar a depender dos consumidores: alguns fumantes irão consumir menos, outros irão parar de fumar, e alguns permanecerão fumando). A questão passa a ser definir qual variação de preço permitirá modificar a demanda e reduzir o consumo do produto. Para além da definição do preço apto a alterar a elasticidade da demanda, a depender do produto ou serviço objeto do tributo regulatório, outras variáveis deverão ser examinadas em termos de custo-benefício. No caso do cigarro, podemos citar os impactos sobre a saúde (já que haverá uma diminuição das pessoas com problemas de saúde decorrentes do tabagismo e, no limite, diminuição da taxa de mortalidade), os impactos sobre a receita tributária (posto que poderá haver um aumento ou diminuição da receita em razão da majoração da tributação sobre o produto) e os impactos sobre a eficiência econômica (em termos de criação de maiores ou menores distorções na economia).

Do ponto de vista dos custos derivados do tributo regulatório criado, eles corresponderiam principalmente aos custos administrativos do governo na criação e fiscalização do tributo, nos custos de conformidade impostos às empresas que produzem o bem e nas potenciais perdas de eficiência em razão da alteração do preço do cigarro. Esse mesmo modelo de análise poderá ser adaptado para diferentes bens e serviços, permitindo avaliar a viabilidade de determinado tributo regulatório como instrumento de regulação econômica, sobretudo quando comparado com outras formas de regulação, a exemplo da regulação direta.

A partir da definição dos critérios de análise custo-benefício, será possível desenvolver modelos e ferramentas matemáticas, econométricas e estatísticas hábeis para examinar e comparar os dados coletados, permitindo examinar os potenciais efeitos positivos e negativos e um dado programa de incentivos fiscais ou de um tributo regulatório. Em nossa concepção, tal análise é imprescindível na criação de qualquer norma tributária indutora, seja devido ao interesse público envolvido, seja em razão dos efeitos sobre a eficiência econômica decorrentes da regulação via tributação, os quais podem gerar consequências adversas ou não atingir os fins pretendidos (devido aos elevados custos), inviabilizando e deslegitimando a intervenção econômica.

5.2.2 *Pigouvian taxes*: os tributos regulatórios em perspectiva

Em anos recentes, o economista americano N. Gregory Mankiw capitaneou um movimento voltado à promoção dos *pigouvian taxes* nos diferentes sistemas tributários do globo (tributos denominados pelo Mankiw de *smart taxes*), movimento este denominado de

*Pigou Club*⁴¹⁰. Em seu manifesto, Mankiw advoga uma majoração dos tributos incidentes em determinadas atividades ou bens que resultam em externalidades negativas (como os combustíveis fósseis), em razão dos benefícios decorrentes da ampliação dos tributos regulatórios.

O objeto inicial da tributação pigouviana proposta por N. Gregory Mankiw é a gasolina, combustível fóssil de alto teor poluente, o qual, ao menos nos Estados Unidos, não é amplamente tributado⁴¹¹. Mankiw inicia sua exposição retomando os pressupostos básicos da eficiência econômica e da teoria das falhas de mercado. Mantendo correlação com o cenário de eficiência de Pareto e com o primeiro teorema fundamental do bem-estar, é esperado que o mercado, desde que não esteja sujeito à fatores exógenos, aloque os recursos da maneira mais eficiente possível, gerando o máximo de bem-estar para os agentes econômicos envolvidos. No entanto, a poluição ambiental gerada pela gasolina, por exemplo, representa um fator exógeno, neste caso, uma externalidade negativa, conforme anteriormente examinado⁴¹². Em sendo uma externalidade negativa, a emissão de carbono gerada pela queima de combustíveis fósseis resulta na imposição de custos para indivíduos que não fizeram parte de uma dada relação econômica (não decidindo, portanto, aceitar aquela poluição ambiental gerada). Dessa maneira, é necessário buscar mecanismos que permitam a internalização dessa externalidade negativa, ou seja, que os agentes causados da externalidade compensem os indivíduos prejudicados por ela. E o exemplo por excelência de um mecanismo de internalização de externalidades são os tributos pigouvianos. Nesse sentido, as vantagens dos tributos pigouvianos são de duas ordens: i) eles são uma forma menos invasiva de correção das falhas de mercado, permitindo que a eficiência de Pareto seja restaurada sem que o governo se valha de medidas de intervenção econômica mais rígidas; ii) a receita decorrente dos tributos regulatórios pode ser empregada para a redução de outros tributos de caráter mais distorcivo, a exemplo do imposto de renda⁴¹³.

Numa acepção mais ampla, as justificativas de N. Gregory Mankiw para uma majoração da tributação sobre a gasolina podem ser assim resumidas: i) meio ambiente: combustíveis fósseis, como gasolina, resulta em emissão de diversos poluentes, a exemplo do dióxido de carbono; um aumento da tributação sobre a gasolina poderia, em princípio, resultar numa política mais direta e menos invasiva para abordar problemas ambientais; ii) congestionamento

⁴¹⁰ MANKIW, N. Gregory. *Smart Taxes: An Open Invitation to Join the Pigou Club*. Eastern Economic Journal, v. 35, p. 14-23, 2009. p. 14-23.

⁴¹¹ MANKIW, N. Gregory. *Smart Taxes: An Open Invitation to Join the Pigou Club*. Eastern Economic Journal, v. 35, p. 14-23, 2009. 14.

⁴¹² Cf. Capítulo 3, item 3.1.3.

⁴¹³ MANKIW, N. Gregory. *Smart Taxes: An Open Invitation to Join the Pigou Club*. Eastern Economic Journal, v. 35, p. 14-23, 2009. p. 16.

do trânsito: a majoração da tributação sobre os combustíveis poderia desestimular o uso de automóveis particulares, resultando na diminuição do congestionamento do trânsito; iii) regulação menos invasiva: a imposição de tributos pigouvianos sobre a gasolina evita a adoção de outras formas de regulação mais invasivas (a exemplo da obrigação dos montadores criarem mecanismos menos poluentes para seus veículos), que podem resultar em novas distorções no mercado; iv) receita gerada: a criação ou majoração de tributos regulatórios sobre a gasolina poderá resultar em incremento de receita; v) incidência tributária: partindo do pressuposto de que os tributos sobre a gasolina comumente é transferida para o consumidor final, sua majoração terá como consequência a diminuição da demanda (já que desestimulará o consumo), fazendo com que haja uma redução do preço do combustível⁴¹⁴.

A perspectiva de Mankiw coaduna-se, em parte, com a hipótese do duplo-dividendo, examinada preliminarmente no início do capítulo⁴¹⁵. Originalmente voltada para a tributação ambiental, a hipótese do duplo-dividendo sustenta que a criação de um tributo regulatório sobre atividades poluentes permite gerar dois benefícios (dividendos). O primeiro dividendo corresponde à melhoria do meio ambiente decorrente da internalização da externalidade negativa causada pela poluição ambiental. O segundo dividendo decorreria dos ganhos em termos de eficiência econômica resultantes da substituição de tributos distorcivos (como um tributo sobre a renda ou um tributo relacionado à atividade laboral) pelos tributos regulatórios, já que esses últimos também seriam instrumentos de geração de receita tributária⁴¹⁶.

Aqui cabe uma importante observação. Para que o segundo dividendo seja efetivamente gerado, é necessário que o governo adote uma mudança tributária voltada a suprimir ou reduzir um dado tributo distorcivo. Se tal condição pode parecer algo simples em termos econômicos, encontra fortíssima resistência política e limitações jurídicas, sobretudo numa realidade como a brasileira, na qual a supressão de um tributo (cuja receita já passa a ser considerada e compor o orçamento) é um verdadeiro desafio legal e institucional. Exemplo disso foi a CPMF, uma contribuição de caráter provisório, mas que vigorou durante dez anos, de 1997 a 2007, no sistema tributário brasileiro (não obstante entendermos que a CPMF representava uma hipótese de tributo ótimo, conforme anteriormente examinado⁴¹⁷). A questão passa a ser o risco político e institucional decorrente da criação de um tributo regulatório, o qual, ainda que permita a

⁴¹⁴ MANKIW, N. Gregory. *Smart Taxes: An Open Invitation to Join the Pigou Club*. Eastern Economic Journal, v. 35, p. 14-23, 2009. 16-21.

⁴¹⁵ Cf. item 5.1.1.

⁴¹⁶ GOULDER, Lawrence H. *Environmental Taxation and the "Double Dividend": A Reader's Guide*. NBER Working Paper n. 4896. Massachusetts: National Bureau of Economic Research, 1994. p. 4. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w4896>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴¹⁷ Cf. Capítulo 4, item 4.2.4.

correção de externalidades negativas e geração de receita pública, não leve o governo a extinguir um segundo tributo distorcivo preexistente. Dessa maneira, ao se inserir (ou majorar) um dado tributo pigouviano num sistema tributário sobrecarregado, poderão advir novas distorções e perdas de eficiência em desfavor dos agentes econômicos envolvidos, reduzindo os potenciais efeitos benéficos do tributo regulatório.

No entanto, a instituição de tributos regulatórios em determinados cenários não está livre de críticas e consequências adversas. Um dos problemas comumente relacionados diz respeito aos efeitos dos tributos regulatórios sobre a competitividade/concorrência e sobre os níveis de emprego. Isto porque a criação ou aumento de determinado tributo pigouviano eleva o preço de um dado bem ou serviço. As consequências da sua majoração para uma empresa surgem de diferentes formas. Por exemplo, uma empresa poderá tentar internalizar os custos decorrentes do aumento de um dado tributo mediante a redução ou corte de outros custos de produção, demitindo funcionários, por exemplo, principalmente quando ela pretende manter o preço de seu produto ou serviço no patamar original (quando ausente o tributo regulatório). Dessa forma, reduzindo-se os níveis de emprego, os efeitos serão a ocorrência de uma nova falha de mercado. Por outro lado, a empresa pode transferir os encargos do tributo regulatório para o consumidor final, mediante o aumento do preço do bem ou serviço. A consequência prática será a redução da demanda, que poderá ter efeitos tanto sobre a competitividade, como também sobre os postos de trabalho (já que com a redução da demanda e, por conseguinte, do faturamento, poderá ser necessário adotar medidas para redução de custos). Numa terceira acepção, empresas dotadas de um maior nível de economia de escala podem internalizar os custos do tributo regulatório num preço menor do que empresas com baixo nível de economia de escala. A consequência prática disso é que haverá distorções em termos de competitividade, decorrentes da imposição do tributo pigouvianos, distorções essas que afetam a eficiência do mercado.

Ainda a respeito das potenciais consequências indesejáveis dos tributos regulatórios, também é possível vislumbrar um efeito regressivo sobre o consumidor final, a depender da característica do bem tributado. Isso porque, em grande medida, espera-se que as empresas transfiram para o consumidor final o encargo decorrente do tributo pigouviano, mediante o aumento do preço do bem ou do serviço. Em se tributando um produto essencial como a gasolina, por exemplo, que possui demanda inelástica (isto é, há pouca variação na demanda em decorrência da elevação do preço do produto), os efeitos decorrentes da elevação do preço do produto serão sentidos com mais intensidade pelos consumidores que possuem rendimentos menores, em detrimento daqueles com maiores níveis de renda. Em outros termos, haverá um risco dos sujeitos com menores níveis de renda pagarem proporcionalmente mais do que os

demais sujeitos. Na margem, os efeitos sobre o consumo serão sentidos, em sua grande maioria, apenas pelos indivíduos de menor renda, já que indivíduos com rendimentos maiores continuaram adquirindo a gasolina, mesmo que por um preço superior, e somente os primeiros tenderão a adotar um comportamento voltado à redução do consumo do bem. Essa condição, sem dúvida, ofenderia a equidade, devendo ser evitada sempre que possível no que diz respeito à instituição do tributo regulatório.

Por outro lado, é possível que o tributo pigouviano, em razão dos bens ou serviços sobre o qual incide, possa ter uma base muito estreita de contribuinte, principalmente quando comparado ao tributo distorcivo que pretende substituir. A consequência disso é que a receita potencial gerada poderá ser muito menor do que a esperada. Num cenário hipotético, essa receita perdida poderia ser empregada para reduzir os efeitos da externalidade negativa que o tributo regulatório buscava corrigir. Novamente, recai-se na análise custo-benefício, isto é, se os potenciais benefícios decorrentes do tributo regulatório superam os custos envolvidos, inclusive os possíveis custos decorrentes da redução da receita tributária disponível.

Não obstante tais fatores, entendemos que os tributos regulatórios, em razão das características apontadas, em particular no que diz respeito à correção das externalidades e geração do duplo-dividendo, representam uma alternativa viável em termos de regulação econômica, sobretudo quando comparados a outras formas mais invasivas de regulação, a exemplo da regulação direta. Para tanto, quando no desenho do tributo regulatório é necessário que seja calculado todos os custos marginais e os benefícios marginais relevantes, permitindo que o tributo regulatório atinja sua finalidade da melhor maneira possível, ainda que resulte em novos custos (desde que esses custos sejam inferiores aos benefícios auferidos).

Relativamente ao duplo-dividendo dos tributos regulatórios, ao menos no modelo de tributação existente no Brasil, é possível aperfeiçoar os benefícios decorrentes de tal norma tributária indutora mediante a vinculação de sua receita para uma determinada política pública. Exemplifiquemos. No Brasil, as diferentes espécies tributárias podem ser classificadas quanto à destinação de sua receita⁴¹⁸. Dessa maneira, os impostos, por exemplo, possuem sua receita não vinculada, isto é, a receita obtida com os impostos irá compor o orçamento geral, cabendo ao governo decidir a melhor forma de destiná-la, quando na realização do gasto público⁴¹⁹. Por outro lado, as contribuições possuem sua receita vinculada, a exemplo das contribuições sociais,

⁴¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156-168.

⁴¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 188-189.

cuja arrecadação é destinada ao financiamento da seguridade social, em setores como saúde e previdência social⁴²⁰.

Conforme mencionado anteriormente⁴²¹, contemporaneamente há uma tendência em se instituir tributos regulatórios sobre determinados bens cujo consumo é considerado prejudicial à saúde, como cigarro, álcool, bebidas com elevado teor de açúcar ou alimentos com alto teor de gordura. O Brasil segue essa tendência, ao instituir uma elevada tributação sobre o cigarro e sobre o tabaco, cujo principal tributo que exerce tal função é o IPI (o qual gerou, no ano de 2016, uma receita de R\$ 8,602 bilhões). Se, por um lado, uma das intenções do Estado é reduzir o consumo desses bens mediante uma alta carga tributária, de outro capta-se uma substancial quantia de receita em razão do IPI. O problema reside no fato de que o referido imposto possui receita não-vinculada, isto é, caberá ao governo, mediante decisão político-orçamentária, destinar a receita para a área ou setor que lhe convir. Poder-se-ia pensar um modelo mais eficiente na instituição do tributo regulatório em tais casos, no qual a receita obtida seria destinada para determinadas políticas públicas relacionadas com ou bem ou atividade que se busca coibir ou reduzir. Isso seria possível mediante a substituição do IPI por uma contribuição especial, a exemplo de uma CIDE-Cigarro ou CIDE-Álcool. A proposta, então, seria vincular a receita obtida com essa contribuição para um setor específico sensível ao bem tributado, como a saúde pública, por exemplo. A receita obtida (ou parte dela) com os tributos regulatórios seria destinada para o custeio de gastos públicos decorrentes de problemas de saúde relacionados ao consumo desses bens, a exemplo do tabagismo e do alcoolismo, e das doenças correlatas. Dessa maneira, haveria um aperfeiçoamento na imposição dos referidos tributos regulatórios: restaria mantida a proposta de modificar o comportamento dos agentes econômicos, desestimulando o consumo de tais bens em razão da majoração de seu preço; a receita tributária obtida permitiria que o governo financiasse os gastos com saúde pública em razão dos problemas decorrentes do consumo desses mesmos bens.

A mesma proposta também poderia ser adequada a outros tributos regulatórios, a exemplo da tributação ambiental. Ao impor uma contribuição ambiental para atividades com maior impacto poluidor, tanto se buscaria mitigar práticas poluentes com maior impacto sobre o meio ambiente, quanto a receita tributária obtida poderia ser destinada para custear programas e políticas públicas voltadas à preservação do meio ambiente, gerando um efeito positivo em termos de ganho de eficiência e correção de falhas de mercado.

⁴²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202-204.

⁴²¹ Cf. Capítulo 2, item 2.2.1.

5.2.3 Os incentivos fiscais e a teoria do gasto tributário

Mencionamos no decorrer deste trabalho que os incentivos fiscais representam renúncia de receita tributária em potencial, já que o fisco abre mão da arrecadação decorrente de determinados tributos mediante a concessão dos incentivos. O destaque que merece ser feito corresponde à construção teórica em torno do conceito de renúncia de receita, principalmente quando enxergada sob a óptica do Direito Financeiro e Orçamentário.

Isso porque comumente, na realização da despesa pública, o Estado emprega a despesa direta para a consecução de suas finalidades essenciais, cujos recursos são oriundos do orçamento, via arrecadação tributária, por exemplo. No caso do fomento de determinadas atividades econômicas através da despesa direta, o instrumento habitual é a concessão de subvenções financeiras para determinados agentes, subvenções essas que devem estar previamente contingenciadas no processo orçamentário⁴²². No entanto, esse modelo passou por uma mudança de perspectiva nas últimas décadas quando se começou a atentar para outras formas de realização da despesa pública, ainda que de maneira indireta, mediante a renúncia fiscal em favor de agentes privados, numa prática que passa a ser denominada pela literatura contemporânea de *gasto tributário*⁴²³⁻⁴²⁴.

Em que pese haver distinções do ponto de vista jurídico entre as subvenções e os incentivos fiscais – já que as primeiras decorrem de transferências diretas de recursos financeiros em favor de agentes privados, devidamente autorizadas e quantificadas no orçamento, enquanto as últimas decorrem de um mecanismo de estímulo ou incentivo em favor de determinados agentes mediante a redução ou supressão de tributos – os efeitos econômicos de ambos os institutos são similares, tanto do ponto de vista do beneficiado (que terá determinada atividade ou empreendimento estimulado), quanto do Estado (que verá reduzida sua receita, seja de forma direta ou indireta, neste último caso, em razão do gasto tributário)⁴²⁵.

⁴²² NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do art. 14 da LRF*. CEPAL. p. 21. Disponível em: www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/marcosnobrega1.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴²³ Acerca do conceito de gasto tributário, conforme afirma Marcos Nóbrega em um dos trabalhos brasileiros pioneiros sobre o tema: “O gasto tributário, então, consiste na abdicação do Fisco de recolher o produto de tributos com o interesse de incentivar ou favorecer determinados setores, atividades, regiões ou agentes da economia. Também podemos considerar essa prática como ‘renúncia de receita’, na qual, repetimos, o Fisco desiste, total ou parcialmente, de aplicar o regime impositivo geral, atendendo a reclamos superiores da política econômica ou social.” NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do art. 14 da LRF*. CEPAL. p. 20. Disponível em: www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/marcosnobrega1.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴²⁴ Adotaremos as expressões “gasto tributário”, “renúncia de receita” e “renúncia fiscal” como sinônimas.

⁴²⁵ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 36-37.

A discussão em torno do gasto tributário ganha maior relevância a partir da década de 1960, em razão dos trabalhos desenvolvidos por Stanley S. Surrey, à época Secretário-Assistente da Secretaria do Tesouro dos Estados Unidos⁴²⁶⁻⁴²⁷. No período em questão surgiu uma preocupação do governo americano quanto à sua situação financeira, sobretudo diante de uma realidade de elevados gastos domésticos, déficit orçamentário e aumento da inflação⁴²⁸. Para conter os problemas em questão, umas das propostas então sugeridas (ao lado da elevação da alíquota do imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas em 10%) foi a redução do gasto público. No entanto, surgiu a necessidade de dimensionar o tamanho dos gastos orçamentários, principalmente para encontrar possíveis gargalos. A partir disso, Surrey atentou para o fato de que na análise dos gastos públicos não eram contabilizadas as perdas de receita decorrentes dos incentivos fiscais concedidos pelo governo. Não obstante tais receitas serem virtuais, já que não chegavam a compor o orçamento, tratava-se de um montante expressivo de recursos que eram abdicados pelo governo, por vezes muito superior às despesas diretas. Em razão das proposições de Surrey, em 1968 o Congresso norte-americano, por meio de uma comissão especial, publicou o primeiro *Tax Expenditure Budget* (“Orçamento de Gastos Tributários”) nos EUA, no qual se dimensionou a quantia da receita tributária renunciada através de benefícios fiscais⁴²⁹. No período em questão, por influência Stanley S. Surrey, passa-se a adotar o termo *tax expenditure* (“gasto tributário”) para representar a renúncia de receita pública decorrente da concessão de incentivos fiscais⁴³⁰. A partir do governo do Presidente Richard Nixon, e com base nos trabalhos de Surrey, o Congresso norte-americano tornou obrigatória a inclusão dos gastos tributários no orçamento público, conforme previsto no *Budge Act* de 1974⁴³¹.

Posteriormente, e com base na experiência americana, a prática de incluir na análise do orçamento público os efeitos e perdas resultantes da concessão de incentivos fiscais passou a ser adotada por diversos outros países, a exemplo da Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica,

⁴²⁶ Dentre os trabalhos sobre o tema, merece referência a obra clássica *Pathways to Tax Reform: The Concept of Tax Expenditures*, publicada por Stanley S. Surrey em 1973. SURREY, Stanley S. *Pathways to Tax Reform: The Concept of Tax Expenditures*. Cambridge: Harvard University Press, 1973.

⁴²⁷ Cabe destacar que, ao lado dos Estados Unidos, a Alemanha também desenvolveu, no fim da década de 1960, trabalhos pioneiros relativos às renúncias fiscais. FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Manual de Transparência Fiscal (2007)*. Fundo Monetário Internacional, 2007. p. 81. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/manualp.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴²⁸ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 46-47.

⁴²⁹ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 48

⁴³⁰ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 49.

⁴³¹ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 50.

Holanda, Canadá, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Portugal, Brasil, Suíça, Suécia, dentre outros⁴³². Atualmente, o FMI (Fundo Monetário Internacional), em seu *Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal* (constante no *Manual de Transparência Fiscal*), adota, dentre os critérios de transparência fiscal, a necessidade de o orçamento contemplar as renúncias fiscais concedidas pelos governos⁴³³. A OCDE também tem desenvolvido estudos relacionados ao *tax expenditure* desde a década de 1980⁴³⁴, com destaque, atualmente, para o trabalho *Tax Expenditure in OECD Countries*, no qual a organização internacional examina os impactos do gasto tributário em seus países membros⁴³⁵.

A originalidade da teoria do gasto tributário é permitir examinar um instituto comumente relacionado ao Direito Tributário a partir de uma nova abordagem e disciplina, qual seja, a do Direito Financeiro/Orçamentário. O componente orçamentário, até então, não era um critério de exame dos incentivos fiscais, cuja preocupação principal em termos de análise jurídica e econômica correspondia às suas possibilidades e limites enquanto instrumento de intervenção econômica, mas sem um exame detalhado do seu real impacto sobre o orçamento público. Nesse sentido, examinaremos adiante como o gasto tributário tem sido discutido no contexto brasileiro, sua relação com a responsabilidade fiscal e, principalmente, com os incentivos fiscais enquanto norma tributária indutora.

5.2.3.1 Gasto tributário e responsabilidade fiscal no Brasil

Conforme veremos a seguir, a preocupação em se dimensionar os efeitos financeiros dos incentivos fiscais somente ganha importância no Brasil a partir da década de 1990, sob a influência das normas constitucionais em matéria financeira e orçamentária e da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, também denominada de “Lei de Responsabilidade Fiscal” (LRF).

⁴³² FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 51

⁴³³ Previsão contida no item 3.1.3, do *Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal*: “A documentação orçamentária deve incluir demonstrativos contendo uma descrição da natureza e significação fiscal das renúncias fiscais, dos passivos contingentes e das atividades para fiscais do governo central, além de apresentar uma avaliação de todos os outros riscos fiscais significativos.” FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Manual de Transparência Fiscal* (2007). Fundo Monetário Internacional, 2007. p. 5. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/manualp.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴³⁴ NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do art. 14 da LRF*. CEPAL. p. 23. Disponível em: www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/marcosnobrega1.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴³⁵ OECD. *Tax Expenditures in OECD Countries*. Paris: OECD Publishing, 2010.

Do ponto de vista constitucional, a Constituição Federal de 1988 possui dois importantes dispositivos relacionados à questão da renúncia de receita, quais sejam, o art. 70 e seu parágrafo único, e o art. 165, § 6º. O art. 70, *caput*, dispõe sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades da administração direta e indireta, determinando que caberá ao Congresso Nacional, mediante controle externo (assim como do controle interno de cada Poder), realizar tal fiscalização no que diz respeito à legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação de subvenções e renúncia de receitas. O parágrafo único do art. 70, ao seu turno, determina quais serão as pessoas (físicas ou jurídicas, públicas ou privadas) sujeitas à prestação de contas (aqueles que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem recursos públicos da União). No que diz respeito ao controle externo, a atividade fiscalizatória mencionada no art. 70 da CF/1988 é realizada, atualmente, pelos Tribunais de Contas. Um ponto que merece destaque acerca das disposições contidas no referido dispositivo diz respeito ao alcance da fiscalização, abarcando a legalidade, a legitimidade e a economicidade. Enquanto os dois primeiros critérios (legalidade e legitimidade), dizem respeito à compatibilização da renúncia de receita do ponto de vista jurídico (tanto com a legislação aplicável, quanto com os pressupostos constitucionais)⁴³⁶, o último deles, em nossa concepção, coaduna-se com a necessidade de se examinar o gasto tributário num óptica de custo-benefício, isto é, se a renúncia de receita concedida representa o caminho adequado para a consecução das finalidades pretendidas⁴³⁷.

Já o art. 165, § 6º, possui teor mais específico no que diz respeito ao gasto tributário, ao determinar que “o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”. Numa primeira leitura, percebe-se que a referida norma, além de prescrever que qualquer renúncia de receita deverá ser contemplada no projeto de lei orçamentária, propõe-se a qualificar quais seriam as possíveis hipóteses de incentivos fiscais que se enquadrariam como gasto tributário (isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia). Não obstante a definição proposta pela Constituição, entendemos que as possibilidades de renúncia de receita não se limitam às hipóteses previstas no art. 165, § 6º, devendo ser analisadas caso a caso. No

⁴³⁶ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 111-112.

⁴³⁷ Nesse sentido, destaca Elcio Henriques Fiori: “[...] o controle da *economicidade* se refere à obtenção da melhor resposta para o custo financeiro da medida para o Estado. Nesse sentido, trata-se da análise do caminho escolhido para a obtenção do bem público objetivado dentro da equação custo-benefício.” FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 112.

entanto, a consequência mais importante do disposto em questão resulta na imposição atribuída aos entes da federação de elaborarem demonstrativo com os efeitos, sobre a receita e a despesa, decorrentes dos incentivos fiscais concedidos, permitindo (ao menos em tese) um maior controle e transparência em termos de renúncia fiscal⁴³⁸.

Sob a perspectiva da responsabilidade fiscal, uma das grandes inovações legislativas em termos tributários, financeiros e orçamentários ocorrida no Brasil nos últimos anos foi a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal. Não obstante o Brasil já dispor de norma anterior versando sobre matéria financeira (a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, além dos dispositivos previstos na Constituição de 1988), a LRF trouxe uma nova dimensão para as finanças públicas nacionais em termos de equilíbrio, controle e transparência fiscal. Do ponto de vista do direito comparado, a LRF recebeu influência direta de experiências internacionais relacionadas à responsabilidade fiscal, como o *Budge Enformenct Act* americano (1990), o *Fiscal Responsibility Act* neozelandês (1994) e o *Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal* elaborado pelo FMI⁴³⁹.

Especificamente quanto ao gasto tributário, a LRF (ao lado do art. 165, § 6º, da CF/1988), trouxe um dos mais importantes dispositivos relativos ao gasto tributário na legislação brasileira, qual seja, o seu art. 14. A norma em questão determina, no seu *caput* e incisos, que a concessão (ou ampliação) de qualquer incentivo tributário da qual decorra renúncia fiscal deverá ser acompanhado da estimativa de seu impacto financeiro-orçamentário no exercício em que deve iniciar sua vigência (e nos dois exercícios subsequentes), em atendimento à lei de diretrizes orçamentárias, além de também atender uma das seguintes condições: i) demonstração pelo ente político concedente de que o gasto tributário foi previamente considerado na estimativa de receita da lei orçamentária, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; ii) proposição de medidas de compensação, durante o exercício financeiro em que iniciar sua vigência (e nos dois subsequentes), mediante o aumento de receita por meio de elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

⁴³⁸ “O objetivo do dispositivo é claramente dar visibilidade às despesas governamentais que não constam nos orçamentos fiscal, da seguridade social e dos investimentos estatais, levando a uma plena compreensão e mensuração dos gastos governamentais efetuados indiretamente. Este objetivo é atingido com a discriminação, em um relatório anexo ao projeto de lei orçamentária, de todos os valores de receitas renunciados por meio de benefícios fiscais, financeiros e creditícios.” FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 113.

⁴³⁹ NÓBREGA, Marcos. *Lei de responsabilidade fiscal e leis orçamentárias*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 50-68.

Por outro lado, o § 1º, do art. 14, da LRF, propõe uma conceito próprio de renúncia de receita, ao prescrever que “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”. Não obstante listar diversas espécies de incentivos fiscais como hipóteses de renúncia de receita, entendemos que se trata de rol não taxativo, motivo pelo qual qualquer incentivo fiscal do qual decorra renúncia fiscal, nos termos da LRF, deverá ser enquadrado como gasto tributário⁴⁴⁰.

Cabe destacar, ainda, que o art. 14 da LRF, em seu § 3º, excepciona determinadas hipóteses que poderiam se configurar como renúncia de receita às limitações e condições previstas em seu *caput* e incisos, quais sejam: i) as alterações das alíquotas (inclusive com sua minoração) do Imposto de Importação, do Imposto de Exportação, do IPI e do IOF (típicas hipóteses de tributos indutores); ii) o cancelamento de débito tributário cujo montante seja inferior aos respectivos custos de cobrança.

A partir da construção legal em torno do conceito de gasto tributário no Brasil, atualmente a Receita Federal do Brasil tem elaborado um demonstrativo de gastos tributários anualmente, contabilizando as diferentes hipóteses de renúncia de receita existentes no sistema tributário brasileiro, no âmbito federal⁴⁴¹. Com base nas projeções para o ano de 2016, a Receita Federal estimou a renúncia de receita para o referido ano em mais de R\$ 271 bilhões⁴⁴². Um problema do critério de classificação do gasto tributário existente no trabalho da Receita Federal corresponde ao fato de que alguns casos de renúncia de receita não representam hipóteses de incentivos fiscais (muito menos enquadram-se nos critérios previstos no § 1º, do art. 14, da LRF), a exemplo dos rendimentos isentos e não tributáveis e das deduções do imposto de renda sobre a pessoa física. Em verdade, a Receita Federal preocupou-se em alargar (numa construção com a qual não concordamos) o conceito de gasto tributário para qualquer hipótese que se configure como abdicção de receita tributária, ainda que não seja um incentivo fiscal,

⁴⁴⁰ NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do art. 14 da LRF*. CEPAL. p. 4-5. Disponível em: www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/marcosnobrega1.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴⁴¹ Cf. BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária – (Gastos Tributários) – PLOA 2016*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2017. p. 10. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/DGTPLOA2016FINAL.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴⁴² BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária – (Gastos Tributários) – PLOA 2016*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2017. p. 14. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/DGTPLOA2016FINAL.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

dificultando uma conceituação adequada para o referido instituto⁴⁴³. Apesar da crítica, estudos como esse são essenciais para a manutenção de um ambiente de transparência fiscal, ao mesmo tempo em que permite projetar os possíveis impactos orçamentários em termos de renúncia de receita, condição essa que possui (ou deveria possuir) consequências em termos de política de incentivos fiscais.

5.2.3.2 *Fiscalização dos incentivos fiscais enquanto gasto tributário*

Para os objetivos deste trabalho, nos interessa a análise de como o gasto tributário decorrente da concessão de incentivos fiscais tem sido examinada e discutida do ponto vista econômico e financeiro, principalmente sob a óptica do poder público. A importância dessa discussão ganha relevo diante do contexto de baixo retorno social dos incentivos fiscais no que diz respeito à consecução de seus objetivos, atrelado aos efeitos negativos dos incentivos para o orçamento. Essa receita pública em potencial (que é abdicada em decorrência dos incentivos fiscais então concedidos) poderia ser empregada em políticas públicas mais relevantes para a coletividade, inclusive enquanto instrumento de geração de externalidades positivas/bens públicos, promoção do desenvolvimento, redução de desigualdades socio-regionais, criação de infraestrutura, dentre outras finalidades. Não se pretende aqui realizar uma investigação a respeito da eficiência do gasto público. No entanto, a relação entre receita e despesa pública, em particular no que diz respeito ao gasto tributário, não pode deixar de ser examinada, principalmente porque a realidade brasileira tem apontado para um cenário no qual pouco ou nenhum controle há, por parte do poder público, sobre o gasto tributário, por vezes realizado sem critério algum.

Relativamente ao controle dos efeitos das subvenções e dos incentivos fiscais, há diferenças entre ambos os institutos em termos financeiros e orçamentários. No caso das subvenções, a sua concessão passa por um rígido controle por parte do processo orçamentário, devendo ser submetida à aprovação legislativa, que irá definir inclusive seus limites

⁴⁴³ Não sem razão, no demonstrativo de gastos tributários de 2016, a Receita Federal propõe seu conceito de gasto tributário, assim prescrito: “Gastos tributários são gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário, visando atender objetivos econômicos e sociais. São explicitados na norma que referencia o tributo, constituindo-se uma exceção ao sistema tributário de referência, reduzindo a arrecadação potencial e, consequentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte. Têm caráter compensatório, quando o governo não atende adequadamente a população dos serviços de sua responsabilidade, ou têm caráter incentivador, quando o governo tem a intenção de desenvolver determinado setor ou região.” BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária – (Gastos Tributários) – PLOA 2016*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2017. p. 10. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/DGTPLOA2016FINAL.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

quantitativos⁴⁴⁴. Por outro lado, os incentivos fiscais costumam ser aprovados sem limite quantitativo, já que na maioria dos casos não será possível definir previamente qual será o valor total da receita tributária renunciada. Por não estarem limitados à nenhuma restrição orçamentária, os incentivos fiscais tendem a ser aprovados com mais facilidade, já que seu custo é, em princípio, indefinido, tornando difícil propor critérios de análise comparativa em termos de custo/benefício com relação a outros instrumentos de política fiscal (como as subvenções)⁴⁴⁵.

No caso brasileiro, poderíamos sustentar que tanto o art. 165, § 6º, da CF/1988, quanto o art. 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal representariam a principal diretriz limite em termos de dimensionamento e controle do gasto tributário. A questão passa a ser como o governo brasileiro tem se manifestado a respeito. Nessa perspectiva, um dos problemas centrais reside na determinação constante no art. 165, § 6º, da CF/1988 e no art. 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal de que qualquer medida tendente a conceder determinado incentivo fiscal que represente renúncia de receita deverá estar acompanhada dos potenciais efeitos de seu impacto financeiro-orçamentário, tanto para o exercício financeiro no qual ocorra sua vigência quanto nos subsequentes. Essa estimativa prévia dos possíveis efeitos do gasto tributário sobre a receita e a despesa é obrigação dirigida aos entes políticos, especificamente para seus Poderes Executivo e Legislativo, já que eles são os principais atores do processo orçamentário. No entanto, infelizmente a prática tem apontado para a quase ineficácia da norma em questão. No âmbito dos Estados e Municípios, ainda não há uma prática corrente de estimar os efeitos da renúncia de receita, num claro descumprimento dos dispositivos mencionados⁴⁴⁶. Já no âmbito da União Federal, não obstante haver estudos voltados à estimativa da renúncia de receita, a exemplo do demonstrativo de gastos tributários elaborado pela Receita Federal do Brasil, do ponto de vista do processo orçamentário (e diante da necessidade de se realizar uma estimativa prévia do gasto tributário), a experiência tem demonstrado que nos últimos anos, sobretudo no âmbito do Poder Executivo e Legislativo, os diferentes projetos de lei e medidas provisórias voltados à concessão de incentivos fiscais não têm apresentado (ou apresentam de forma precária) a estimativa do seu impacto financeiro-orçamentário, nem a demonstração de

⁴⁴⁴ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 40.

⁴⁴⁵ FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 40-41

⁴⁴⁶ “O que os Estados e municípios realizam, em sua quase totalidade, é apenas fazer constar na exposição de motivos da proposta de lei orçamentária o valor estimado fechado de renúncias de receita, sem qualquer discriminação sobre quais os benefícios abrangidos ou qual o conceito utilizado”. FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 153, nota nº 364.

que a renúncia de receita havia sido considerada na estimativa da receita da lei orçamentária⁴⁴⁷. Em verdade, a obrigação de se estimar os possíveis efeitos orçamentários decorrentes dos incentivos fiscais (ao lado de se propor medidas de compensação para a receita renunciada) correspondem ao objeto central das normas disciplinadoras do gasto tributário, trazendo racionalidade e objetividade para qualquer política de concessão de incentivos fiscais. O governo, ao não realizar de forma adequada o cumprimento dos dispositivos em questão, reduz a eficácia e a própria relevância do gasto tributário enquanto instrumento de mensuração dos incentivos fiscais sob a óptica do orçamento, omissão essa que vai de encontro às melhores práticas em termos de responsabilidade e transparência fiscal.

Sob a perspectiva do federalismo fiscal, uma outra problemática decorrente dos incentivos fiscais enquanto gasto tributário decorre do fato de que, por vezes, os incentivos concedidos resultam em impacto orçamentário em ente político distinto do que concedeu o incentivo, em verdadeira “cortesia com o chapéu alheio”⁴⁴⁸. Isso é observado no caso brasileiro quando pensamos o modelo de repartição de receitas tributárias previstas na Constituição de 1988, conforme previsto no art. 157 e seguintes, no qual a receita tributária obtida com alguns impostos federais, como o imposto de renda ou o IPI, são repartidos com os Estados/Distrito Federal e Municípios, diretamente ou através de fundos de participação, como o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) ou o Fundo de Participação dos Municípios (FPM)⁴⁴⁹. Dessa forma, quando um ente político, a exemplo da União Federal (que detém competência tributária para a instituição de determinado tributo cuja receita deveria ser repartida), institui um incentivo fiscal, a consequência será a redução de recursos disponíveis para outros entes políticos que não atuaram na concessão do incentivo. Não obstante os claros problemas do ponto de vista financeiro para Estados e Municípios que encontram-se em tal situação, em recente julgado (Recurso Extraordinário nº 705423)⁴⁵⁰, o Supremo Tribunal

⁴⁴⁷ OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 902.

⁴⁴⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 68.

⁴⁴⁹ O mesmo vale para certos impostos estaduais, como o IPVA e o ICMS, que será dividido com os municípios inseridos no território do respectivo Estado-membro.

⁴⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 705423/SE*. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Recorrente: Município de Itabi. Recorrido: União. Relator: Min. Edson Fachin, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14291555>. Acesso em: 1 mar. 2017.

Federal reconheceu como legítima a concessão de incentivos fiscais de impostos federais, apesar dos impactos sobre a receita dos Estados e Municípios, entendimento esse o qual, na nossa opinião, é contrário aos pressupostos da responsabilidade fiscal e da teoria do gasto tributário.

Por outro lado, e ainda no que tange ao controle do gasto tributário, mencionamos anteriormente que a Constituição de 1988, em seu art. 70, *caput*, prescreve que o Congresso Nacional, mediante controle externo, deverá realizar a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União, no que diz respeito à legalidade, legitimidade e economicidade das subvenções e renúncias de receita. No âmbito federal, atualmente o principal órgão de controle externo corresponde ao Tribunal de Contas da União (TCU)⁴⁵¹, que nos últimos anos tem empreendido um exame qualitativo mais apurado no que diz respeito ao gasto tributário decorrente da concessão de incentivos fiscais. Se num primeiro momento à análise cingia-se ao cumprimento dos requisitos formais no que diz respeito à concessão dos incentivos, hoje a preocupação passa a ser o exame das consequências, da consecução dos fins almejados pelos incentivos e sua real eficiência enquanto instrumento de intervenção estatal, além, por óbvio, de seu impacto em termos financeiro-orçamentários, numa abordagem de custo-benefício.

Nos últimos anos o TCU tem adotado uma postura em seus processos no sentido de examinar a substância dos incentivos fiscais enquanto renúncia de receita, principalmente no que tange aos objetivos pretendidos pela norma tributária indutora, se eles são alcançados ou não. Nesse sentido, o processo nº 018.259/2013-8 representa importante precedente relacionado à análise de mérito dos incentivos fiscais⁴⁵². O processo em questão possui como objeto o exame da estrutura de governança do gasto tributário, no que diz respeito a sua instituição, previsão, monitoramento da concessão e da execução, avaliação e controle, envolvendo diversos órgãos e ministérios do Poder Executivo Federal, a exemplo do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Controladoria Geral da União, da Casa Civil da Presidência da República, dentre outros. A justificativa para tal análise decorre de questões relacionadas à indeterminação de

⁴⁵¹ O art. 71, da Constituição de 1988, prevê que o Tribunal de Contas da União exercerá o controle externo, além de delimitar seu rol de competências enquanto órgão fiscalizador.

⁴⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Processo nº 018.259/2013-8. AUDITORIA OPERACIONAL COM O OBJETIVO DE CONHECER E AVALIAR A ESTRUTURA DE GOVERNANÇA DAS RENÚNCIAS TRIBUTÁRIAS, PARA EMBASAR A ELABORAÇÃO DE MATRIZES DE PLANEJAMENTO DE FUTURAS AUDITORIAS, BEM COMO ATUALIZAR OS PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE DAS CONTAS DOS GESTORES E DAS DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO SOBRE AS CONTAS DO GOVERNO DA REPÚBLICA. RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO. CIÊNCIA.* Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 14 de maio de 2014. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140516/AC_1205_16_14_P.doc. Acesso em: 1 mar. 2017.

objetivos e metas, problemas na aplicação dos recursos ou na prestação de contas, nas falhas de fiscalização, na ausência de avaliação de resultados e pouca transparência nas medidas voltadas à renúncia de receita. A proposta do Tribunal de Contas da União é, portanto, criar diretrizes e orientações voltadas ao controle do gasto tributário decorrente da concessão de incentivos fiscais.

Para o objeto deste trabalho, o ponto de destaque da análise desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União no processo nº 018.259/2013-8 diz respeito à ausência, por parte dos órgãos públicos do Poder Executivo Federal, de qualquer estudo voltado à avaliação dos resultados de uma dada política de concessão de incentivos fiscais ou, em outros termos, se os incentivos fiscais alcançaram os objetivos pretendidos. De maneira geral, as justificativas para a ausência de indicadores de resultados dos incentivos são atribuídas ao elevado grau de complexidade para avaliações como essa, em razão do caráter multidimensional dos efeitos dos incentivos fiscais, tanto do ponto de vista objetivo, quanto com relação aos sujeitos, atividades e regiões atingidas. Essa justificativa, para nós meramente retórica, traduz a cultura existente em termos de concessão de incentivos fiscais no Brasil, na maioria das vezes dissociada de qualquer exame relacionado à eficiência e aos fins do incentivo. A dificuldade em se realizar tal análise de resultados não pode servir de escusas para sua inexistência. Levada à risca tal dificuldade, um gestor que opta por uma medida de intervenção econômica a qual ele já sabe, de antemão, que não terá condições de ser avaliada, resulta em conduta contrária ao interesse público e à responsabilidade fiscal. Por outro lado, a necessidade de se instituir instrumentos de avaliação das políticas de renúncia de receita permite não só examinar se os incentivos fiscais estão atingindo os objetivos pretendidos, mas também se os resultados obtidos justificam a manutenção dos incentivos ou não.

Em termos de governança tributária, o mínimo esperado é que qualquer concessão de incentivos fiscais esteja calcada na efetiva preocupação com as consequências ou objetivos predeterminados, bem como que se estabeleça parâmetros claros para o controle de sua eficiência. No entanto, essa conduta não tem sido praxe, ao menos na esfera federal, conforme se depreende da análise realizada no processo nº 018.259/2013-8, em que se constatou que a maioria absoluta das normas criadoras/concessivas de incentivos fiscais não estipula claramente os objetivos, metas e indicadores da política pública relacionada à renúncia de receita, fato que prejudica a gestão fiscal relacionada a essas despesas indiretas, bem como o controle e a transparência do gasto tributário.

Dentre os problemas listados pelo TCU no processo 018.259/2013-8, destacam-se: i) ausência de uma conceituação legal sobre benefícios tributários; ii) ausência de normatização

do processo de instituição de renúncias tributárias no âmbito do Poder Executivo, o que acarreta ausência de transparência sobre os órgãos participantes e suas respectivas responsabilidades; iii) falta de clareza sobre as competências dos órgãos relacionados às políticas públicas financiadas por renúncias tributárias; iv) falhas na transparência sobre as renúncias tributárias na legislação orçamentária; v) instituição de renúncias tributárias por meio de instrumentos diversos de lei em sentido formal e que também não tratam da matéria de forma exclusiva; vi) ausência de prazo de vigência na maioria dos benefícios tributários em vigor, o que impede a revisão periódica desses benefícios; vii) falta de uniformidade de entendimento sobre os gastos tributários como fonte de financiamento de políticas públicas entre os ministérios responsáveis pela gestão desses mecanismos; viii) falta de transparência sobre a metodologia de cálculo detalhada das previsões de renúncias tributárias constantes do Demonstrativo de Gastos Tributários; ix) deficiências de comunicação sobre os benefícios tributários entre a Receita Federal do Brasil e os órgãos gestores de políticas baseadas em renúncias, em virtude do sigilo fiscal; x) poucos ministérios possuem mapa dos processos relativos à gestão das políticas públicas financiadas por renúncias; xi) a maioria dos ministérios não realiza qualquer tratamento dos riscos referentes à gestão dessas políticas; xii) ausência de regulamentação sobre a gestão das políticas públicas em comento por parte do órgão gestor, que inclua as atividades desenvolvidas, procedimentos de controle e de avaliação, e as unidades por elas responsáveis; xiii) ausência de avaliação de resultados por parte do órgão gestor na maioria das políticas públicas baseadas em renúncias tributárias; xiv) deficiências nas informações fornecidas sobre as renúncias tributárias nos relatórios de gestão; xv) ausência ou precariedade de prestações de contas dos recursos renunciados; xvi) deficiências no monitoramento e no controle dessas políticas por parte dos órgãos gestores⁴⁵³.

Nesse sentido, uma conclusão mais preocupante corresponde ao fato de o governo federal não realizar qualquer avaliação específica quanto aos resultados obtidos através do incentivo fiscal. Em outros termos: após a concessão de um incentivo fiscal, o governo federal não faz qualquer exame a fim de verificar se o objetivo que justificou a renúncia de receita está

⁴⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Processo nº 018.259/2013-8. AUDITORIA OPERACIONAL COM O OBJETIVO DE CONHECER E AVALIAR A ESTRUTURA DE GOVERNANÇA DAS RENÚNCIAS TRIBUTÁRIAS, PARA EMBASAR A ELABORAÇÃO DE MATRIZES DE PLANEJAMENTO DE FUTURAS AUDITORIAS, BEM COMO ATUALIZAR OS PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE DAS CONTAS DOS GESTORES E DAS DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO SOBRE AS CONTAS DO GOVERNO DA REPÚBLICA. RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO. CIÊNCIA.* Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 14 de maio de 2014. p. 47-48. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140516/AC_1205_16_14_P.doc. Acesso em: 1 mar. 2017.

sendo alcançado, de forma a justificar ou não sua manutenção. Diante dessa constatação, foram expedidas recomendações a diversos órgãos do governo federal, para que criassem mecanismos de acompanhamento e avaliação dos incentivos concedidos, com a finalidade de apurar se essa espécie de gasto público tem ou não alcançado os fins que motivaram sua instituição.

As conclusões obtidas pelo TCU no processo 018.259/2013-8 corroboram nossa compreensão de que os incentivos fiscais, enquanto norma tributária indutora, padecem de expressivos problemas quanto à sua real eficácia como instrumento de regulação econômica, pelos mais variados motivos. A um, porque no mais das vezes eles têm sido concedidos sem a delimitação de seus objetivos e finalidades de forma clara por parte do governo. Em segundo lugar, diante do fato de que não há informações disponíveis quanto aos seus resultados, isto é, se eles conseguiram atingir os fins pretendidos (quando os fins, por óbvio, foram minimamente delineados pelo órgão concedente). Por fim, devido aos significativos problemas financeiro-orçamentários, posto que a renúncia de receita decorrente dos incentivos fiscais não tem passado por critérios de estimativa rígidos, conforme estipulados pela legislação brasileira, prejudicando mais ainda seu controle orçamentário.

5.2.4 Mecanismos de controle dos incentivos fiscais

Um dado inevitável (ao menos na conjuntura atual) relacionado à política de concessão de incentivos fiscais, seja no Brasil ou em outros países (principalmente em economias em desenvolvimento), é que essa política, em que pese possuir problemas quanto à sua eficácia, continua como um instrumento amplamente adotado pelo poder público. Seja em razão de características sociopolíticas, ou devido à facilidade em sua aprovação (não possuindo as mesmas limitações orçamentárias encontradas nas despesas diretas, como as subvenções, por exemplo), os incentivos fiscais permanecem como uma norma tributária indutora continuamente empregada pelos governos.

Diante desse cenário, e não obstante as discussões em torno da sua ineficácia ou pouca eficácia no que tange à consecução dos fins e objetivos então estabelecidos, deve-se buscar formas de controle que, ao menos, permitam uma maior gestão, monitoramento e avaliação na criação/concessão dos incentivos fiscais. Nesse sentido, a partir das discussões desenvolvidas no item anterior, é possível delimitar alguns critérios de análise e controle dos incentivos fiscais, a partir de sua eficácia enquanto instrumento de regulação econômica. Para tanto, a análise pode ser empreendida tanto num contexto prévio à criação/concessão do incentivo fiscal, quanto posteriormente, com destaque à mensuração de seus resultados, cujos principais parâmetros

(para o objeto desta tese) serão os critérios jurídicos e econômicos. Recordemo-nos os principais fundamentos legitimadores para a criação de uma norma tributária indutora, quais sejam, intervir na economia com o escopo de corrigir uma falha de mercado/concretizar princípios e valores do texto constitucional, com especial ênfase nos princípios da Ordem Econômica. Esses mesmos fundamentos aplicam-se aos incentivos fiscais enquanto espécie de norma tributária indutora. Nessa perspectiva, a preocupação do agente ou órgão público responsável pela criação ou concessão do incentivo fiscal deve não apenas ser voltada para os aspectos formais da norma tributária indutora, isto é, se ela está compatibilizada com o ordenamento jurídico posto, mas também se ela representa o mais adequado meio disponível para a consecução do fim pretendido.

No que diz respeito ao controle prévio dos incentivo fiscais, e sob a óptica do Poder Executivo e Legislativo, numa análise preliminar é necessário que o eventual projeto de lei ou medida provisória criador do incentivo fiscal tenha sua compatibilidade aferida com os dispositivos normativos em matéria de responsabilidade fiscal, em particular o art. 14 da LRF⁴⁵⁴. Para tanto, deve-se ter como principal pressuposto a responsabilidade e transparência na gestão fiscal, justificando a criação de uma metodologia de cálculo para as estimativas de impacto financeiro-orçamentário, estimativas de receita da lei de diretrizes orçamentárias e medidas de compensação da renúncia de receita, metodologia essa que deve ser elaborada de forma clara e objetiva, devendo ser explicitada no próprio projeto de lei que propõe a criação do incentivo fiscal⁴⁵⁵. Em que pese reconhecermos a dificuldade em se desenvolver tal metodologia de mensuração das estimativas, é necessário que se empreenda um constante aperfeiçoamento na realização desses cálculos, permitindo aproximá-los o máximo possível da realidade.

Para além do controle orçamentário-financeiro a ser exercido pelo Executivo e pelo Legislativo, tendo em vista que os incentivos fiscais dependem de previsão normativa específica, uma segunda hipótese de controle prévio corresponde aos aspectos jurídicos-constitucionais e econômicos dos incentivos. Isso porque a análise dos limites constitucionais tributários e econômicos diz respeito à própria legitimidade da concessão dos incentivos fiscais⁴⁵⁶. Por outro lado, o exame da eficiência e dos efeitos dos incentivos também está

⁴⁵⁴ BOMFIM, Gilson Pacheco. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 190.

⁴⁵⁵ BOMFIM, Gilson Pacheco. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 195.

⁴⁵⁶ “A ideia de um controle mais rígido sobre as normas tributárias marcadas pela extrafiscalidade não significa que se pretenda afastar a possibilidade dessa utilização. [...] mesmo que seja autorizado constitucionalmente a promover outros fins que não a mera arrecadação dos encargos necessários à manutenção da máquina pública, o

diretamente vinculado à legitimidade ou justificação de sua criação, posto que a criação de um incentivo fiscal só se legitima diante da busca de fins ou valores expressos nas normas constitucionais⁴⁵⁷. Incentivo fiscais que não demonstram ser meios hábeis para a consecução de determinados fins ou valores expressos no texto constitucional não devem ser chancelados pelos Poderes Legislativo ou Executivo. Em função disso, é necessário que as diferentes normas criadoras de incentivos fiscais (decretos, projetos de lei e medidas provisórias) delimitem de forma clara os fins e objetivos pretendidos pelo incentivo fiscal, assim como estabeleçam parâmetros para que os seus resultados e a sua eficiência possam ser controlados⁴⁵⁸.

Mas não só. É essencial também que os efeitos obtidos pelos incentivos fiscais sejam constante e efetivamente analisados e controlados, de forma a justificar ou não sua manutenção. Novamente, a experiência prática tem demonstrado que os Poderes Legislativo e Executivo não têm demonstrado uma preocupação com o acompanhamento da eficiência ou dos resultados decorrentes da concessão dos incentivos fiscais. Primeiro porque, na grande maioria dos casos, não há uma definição clara na própria norma instituidora do incentivo quanto aos objetivos pretendidos com a sua concessão, o que já dificulta, por si só, qualquer análise sobre os resultados. Em segundo lugar, porque tal norma criadora também não apresenta parâmetros ou critérios objetivos que permitam aferir a eficiência decorrente dos incentivos fiscais concedidos⁴⁵⁹.

Por outro lado, e conforme preliminarmente exposto no item anterior, há o controle externo exercido pelo Poder Legislativo, por meio dos Tribunais de Contas, conforme as disposições contidas nos arts. 70 e 71, da Constituição Federal de 1988. Tal controle será exercido posteriormente à concessão dos incentivos fiscais, voltando-se, também, não só para o exame de seus aspectos formais no que concerne à sua compatibilização com o ordenamento

fato é que o Poder Legislativo e o Poder Executivo não detêm um ‘cheque em branco’ no que se refere ao modo como isso deve ser feito.” LEÃO, Martha Toríbio. *Controle da Extrafiscalidade* – Série Doutrina Tributária v. 16. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 133-134.

⁴⁵⁷ BOMFIM, Gilson Pacheco. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 209.

⁴⁵⁸ Infelizmente, a apresentação dos critérios legitimadores e justificadores dos incentivos fiscais não tem vem sendo adotada pelo poder público, conforme destaca Gilson Bomfim: “No que concerne ao Poder Executivo, em rápida análise dos Decretos editados pelo Executivo Federal a partir de 2008, com a finalidade de deter os efeitos da crise financeira mundial ocorrida nesse ano, bem como fortalecer e fomentar a indústria nacional (por intermédio da isenção ou redução de alíquotas de IPI para diversos setores), não foi possível encontrar o delineamento claro dos objetivos pretendidos pelas medidas. De fato, não foram encontradas referências a estudos ou documentos que justificassem as escolhas efetivas, tampouco foram indicados parâmetros ou bases para que pudessem ser controladas a eficiência e os resultados obtidos por essas espécies de desoneração tributária.” BOMFIM, Gilson Pacheco. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 210.

⁴⁵⁹ BOMFIM, Gilson Pacheco. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 213.

jurídico, mas também em seus aspectos materiais, sobretudo no que diz respeito à sua eficiência enquanto instrumento de intervenção econômica ou, em outros termos, se ele representa instrumento hábil para atingir as finalidades pretendidas⁴⁶⁰.

O ponto de destaque no que tange ao controle dos incentivos fiscais por parte dos Tribunais de Contas – e para além dos critérios de legalidade e legitimidade da norma tributária indutora – corresponde ao exame de *economicidade*. A economicidade traduz a necessidade de o incentivo fiscal então concedido ser avaliado a partir de uma óptica custo-benefício para o Estado, isto é, deve-se avaliar se o incentivo fiscal terá o condão de atingir o maior benefício possível para a coletividade, ao menor custo possível para o Estado (ou, ao contrário, se há outra medida mais eficiente em lugar do incentivo fiscal)⁴⁶¹. Novamente, para que uma adequada análise de economicidade seja empreendida, é necessária que a norma criadora ou concessiva predetermine quais são os reais objetivos e fins do incentivo, permitindo dimensionar, numa análise posterior, se o incentivo fiscal atingiu ou não a finalidade pretendida. Esse exame é de fundamental importância sobretudo para que se discuta a viabilidade da manutenção do incentivo ou não.

Ainda quanto ao controle posterior dos incentivos fiscais, há, por fim, a participação do Poder Judiciário em tal atividade. De maneira análoga ao que ocorre no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, ao Poder Judiciário também é conferida a atribuição e prerrogativa examinar a regularidade da concessão e a necessidade da manutenção do incentivo fiscal, aferindo o cumprimento dos requisitos jurídico-constitucionais para a utilização dessa espécie de norma tributária indutora. Relativamente aos aspectos formais, a atuação do Poder Judiciário não comporta restrições, posto que o Judiciário possui plena competência para a análise do cumprimento de requisitos formais previstos na legislação, seja a Constituição ou demais normas infraconstitucionais. Nesse sentido, não se discute se o Poder Judiciário pode e/ou deve analisar, por exemplo, se o incentivo fiscal foi instituído através do instrumento normativo adequado (lei, decreto ou outra espécie normativa) e pelo ente político que possui competência tributária e legislativa para tratar da matéria (União, Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios). Ainda quanto à análise dos critérios formais, também caberá ao Poder Judiciário

⁴⁶⁰ BOMFIM, Gilson Pacheco. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 216.

⁴⁶¹ “O critério da economicidade, é, grosso modo, forma de análise da eficácia. Remete à verificação de custo-benefício entre a medida adotada e o objetivo concreto que pretende lograr. No que se refere aos benefícios fiscais, o parâmetro implica contrastar, tanto quanto possível, o custo orçamentário implicado e ‘o real benefício socioeconômico’ das medidas adotadas [...]. Trata-se, em linhas gerais, de controle de proporcionalidade que tem como objetivos fundamentais proteger o erário e coibir o desperdício de recursos públicos, notadamente pela perda excessiva de arrecadação.” CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 253.

examinar se os requisitos exigidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, sobretudo os requisitos previstos em seu art. 14, foram cumpridos previamente à concessão do incentivo fiscal.

A discussão sobre o controle dos incentivos fiscais por parte do Poder Judiciário ganha novos contornos no que diz respeito ao exame do mérito dos incentivos. Em outros termos, discute-se se é atribuição do Poder Judiciário examinar características materiais dos incentivos fiscais, tais como as justificativas para sua criação, sua eficiência e economicidade, os potenciais agentes ou setores econômicos beneficiados, a espécie do incentivo fiscal a ser concedido (se uma isenção, redução de alíquota ou base de cálculo etc.), se o incentivo fiscal é medida hábil para a consecução do fim pretendido, entre outros critérios.

Em princípio, a análise do mérito dos incentivos fiscais seria atribuição do poder competente para sua criação/concessão, neste caso, o Executivo e o Legislativo. Em outros termos, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo definirem as hipóteses de intervenção econômica via incentivos fiscais, seja com o intuito de corrigir potenciais falhas de mercado ou concretização de objetivos e fins previstos na Constituição, a exemplo dos princípios da Ordem Econômica. Dessa forma, também será atribuição dos dois poderes delimitar o conteúdo, as finalidades e os objetivos dos incentivos fiscais para alcançar os fins almejados. Partindo dessa perspectiva, em princípio não seria atribuição do Poder Judiciário adentrar no exame do mérito e dos fins dos incentivos fiscais, estabelecendo hipóteses de regulação econômica distinta das formuladas pelo Legislativo e pelo Executivo. Não caberia ao Judiciário, por exemplo, determinar qual seria o agente ou setor econômico a ser beneficiado pelo incentivo fiscal (o setor automobilístico em detrimento do varejo, por exemplo), nem decidir qual espécie de incentivo fiscal deverá ser empregada em uma dada situação (uma isenção ao invés de uma redução de alíquota, por exemplo). Ao Legislativo e Executivo são conferidas ampla liberdade e autonomia de escolher a melhor estrutura de incentivos fiscais para se atingir os objetivos a que se propõem, desde que haja respeito ao ordenamento jurídico e aos limites impostos pela legislação constitucional e infraconstitucional, incluindo as regras de competência tributária e os princípios informativos da Ordem Econômica Constitucional. Contudo, tal liberdade não é irrestrita. O próprio ordenamento jurídico pode impor limites à liberdade de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria de incentivos fiscais, a exemplo do que faz a Constituição de 1988, quando: i) na existência de normas constitucionais que estabelecem direitos básicos dos contribuintes e limitações ao poder de tributar (a exemplo da igualdade tributária e da capacidade contributiva), bem como disciplinam os princípios informativos da

Ordem Econômica (como a livre iniciativa e a livre concorrência)⁴⁶²; ii) na previsão, também em normas constitucionais, de determinadas finalidades que devem ser alcançadas por intermédio da atuação estatal via incentivos fiscais, como a seletividade do ICMS ou a progressividade do IPTU quando a propriedade não atender à sua função social. Disposições normativas como as mencionadas tem o condão de limitar e direcionar a atuação do Legislativo e do Executivo no que tange à criação e concessão de incentivos fiscais, autorizando, em princípio, a intervenção do Poder Judiciário quando houver seu descumprimento⁴⁶³.

No que diz respeito ao controle material dos incentivos fiscais, a atuação do Poder Judiciário estaria pautada nos seguintes critérios: i) se a finalidade do legislador está de acordo com os fins previstos no texto constitucional; ii) se o meio escolhido é apto a atingir a finalidade que almeja; iii) se a receita tributária renunciada através do incentivo não é excessiva e guarda proporcionalidade com o propósito para o qual o incentivo foi criado⁴⁶⁴.

No entanto, é necessário que se verifique quais são as situações que justificam o controle dos incentivos fiscais por parte do Poder Judiciário, sobretudo devido à tecnicidade da matéria. Quanto mais técnica for a matéria (ou mais duvidoso o efeito do incentivo fiscal), menor deveria ser a possibilidade de controle do Poder Judiciário sobre o incentivo (a exemplo da discussão dos efeitos ou consequências dessa norma tributária indutora sobre a eficiência econômica ou sobre sua aptidão de corrigir determinada falha de mercado)⁴⁶⁵. Parte-se da presunção de que os Poderes Legislativo e Executivo, dentro de suas atribuições, pautaram a criação de determinado incentivo fiscal em critérios ou estudos de caráter técnico, optando pela medida que melhor atingiria a finalidade almejada. Dessa maneira, deve ser mantida a margem de discricionariedade de ambos os Poderes na implantação do incentivo fiscal, tanto no que diz respeito às premissas e fundamentos que legitimariam sua criação, quanto aos potenciais efeitos da norma tributária indutora para alcançar os objetivos pretendidos.

Diante de tais premissas, seria atribuição do Poder Judiciário, portanto, aferir se os Poderes Legislativo e Executivo realizaram uma análise criteriosa e objetiva acerca da viabilidade, sustentabilidade e eficácia do incentivo fiscal criado. Não sem razão, a

⁴⁶² LEÃO, Martha Toribio. *Controle da Extrafiscalidade* – Série Doutrina Tributária v. 16. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 132.

⁴⁶³ “Seria então o conteúdo das regras de incentivo fiscal insindicável do ponto de vista jurisdicional? Certamente, não. A despeito do considerável grau de discricionariedade política que é ínsita a conformação dos instrumentos legislativos de incentivo fiscal, o aspecto material dessas leis não está de todo excluído da apreciação judicial, inclusive no que se refere ao prognóstico legislativo que incorpora em si.” CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 276.

⁴⁶⁴ CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 276.

⁴⁶⁵ BOMFIM, Gilson Pacheco. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 255-256.

predeterminação de critérios justificadores para a criação de um dado incentivo fiscal representa medida não só salutar, mas essencial para que o Judiciário possa exercer o controle do incentivo, controle esse que será voltado para a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Por outro lado, os resultados e efeitos de um dado incentivo fiscal também poderão passar sob o controle do Judiciário, principalmente para que se possa discutir sua manutenção e viabilidade enquanto instrumento de intervenção econômica. Nesse sentido, em se confirmado que um determinado incentivo fiscal é ineficiente ou ineficaz para a consecução da finalidade pretendida (por exemplo, não gerou os postos de trabalho pretendidos ou ocasionou em uma medida que gerou mais desigualdades socioregionais), caberia ao Judiciário suspender ou revogar do ordenamento jurídico tal incentivo fiscal ineficiente, já que ele não se coaduna com o fim a que se propõe⁴⁶⁶. Isso porque, ainda que em seu nascedouro o incentivo fiscal estivesse adequado aos critérios formais que ensejaram sua criação, no decorrer do tempo, ao não atender aos fins e objetivos para os quais foi criado, esse mesmo incentivo fiscal torna-se ilegítimo e inconstitucional, devendo ser retirado do sistema jurídico⁴⁶⁷. Obviamente que análises de controle dessa natureza por parte do Poder Judiciário demanda, sem dúvida, estudos técnicos que tenham o condão de avaliar a eficiência e eficácia do incentivo, daí a necessidade de se adote critérios e parâmetros de aferição dos efeitos dos incentivos fiscais no decorrer do tempo, os quais servirão para um eventual exame por parte do Judiciário (assim como do Legislativo e do Executivo, caso também entendam pela ineficiência do incentivo fiscal, podendo suprimi-lo espontaneamente).

⁴⁶⁶ BOMFIM, Gilson Pacheco. *Incentivos tributários* BOMFIM, Gilson Pacheco. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 258.

⁴⁶⁷ “Decerto o exame de adequação e proporcionalidade não é tarefa fácil e põe em xeque os próprios limites da função jurisdicional. Ainda assim, parece ser o caminho indispensável para o controle material dos incentivos fiscais. Não fosse possível avaliar a adequação interna da regra em relação aos propósitos visados e seu efetivo atingimento *in concreto*, a finalidade enunciada para constituição da vantagem fiscal restaria convertida em mero elemento retórico, sem qualquer força jurídica. Desatendidos os propósitos da regra de incentivo, a previsão torna-se privilégio injustificado e desperdício de recursos públicos.” CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 278.

6 CONCLUSÕES

1. No Brasil, a análise formalista Direito, influência direta do positivismo jurídico, capitaneou os estudos jurídicos de outrora, razão pela qual o estudo da norma jurídica estava adstrito aos seus aspectos formais, sem uma preocupação imediata com a função da norma no plano fático. Essa perspectiva formalista passa por uma mudança a partir da segunda metade do século XX, tendo início um processo de investigação da função da norma jurídica. Passa-se a examinar, então, a função que a norma jurídica exerce no que diz respeito ao estímulo de comportamentos desejáveis por parte do Estado, a exemplo do fomento de determinada atividade econômica, também denominada de “função promocional do Direito”.
2. As normas tributárias indutoras inserem-se no contexto da análise funcionalista do Direito, tendo em vista que elas representam normas voltadas a regular a conduta dos agentes econômicos, direcionando-as a interesses coletivos relacionados aos princípios e valores do sistema jurídico, social e econômico na qual estão inseridas. Para além da análise funcionalista, a preocupação que deve nortear o exame da tributação indutora corresponde ao seu grau de eficácia, à sua real aptidão para modificar a conduta dos agentes e atingir os fins a que se propõe.
3. O modelo de Estado Fiscal visto na contemporaneidade decorre de uma evolução histórica das diferentes formas de financiamento do Estado, no qual, atualmente, a principal fonte de receita pública decorre do recolhimento de tributos. A fiscalidade, componente do Estado Fiscal, diz respeito à característica dos tributos gerarem receita através da arrecadação.
4. A extrafiscalidade, ao seu turno, corresponde ao emprego dos tributos para fins não fiscais, isto é, finalidades distintas da mera arrecadação, relacionadas à consecução de objetivos de caráter social, econômico e político de interesse do Estado.
5. Há uma relação direta entre a extrafiscalidade, o poder de polícia (relacionado à atuação estatal voltada à desestimular ou coibir determinada conduta contrária ao interesse público) e o poder de regular (gênero no qual o poder de polícia se insere), posto que a extrafiscalidade pode ser empregada no intuito de desincentivar comportamentos que não atendam ao interesse público (à exemplo do desestímulo ao consumo de determinados produtos nocivos à saúde, como o cigarro e o álcool).
6. Por outro lado, uma mesma norma tributária pode possuir tanto finalidades regulatórias quanto arrecadatórias, desestimulando o comportamento dos indivíduos, ao mesmo tempo que permite a manutenção de elevados índices de arrecadação, à exemplo, no Brasil, do IPI incidente sobre o cigarro e as bebidas alcólicas.

7. As normas tributárias indutoras representam um gênero da extrafiscalidade, cujo traço distinto é a função atribuída a tais normas, qual seja, a de induzir, de regular, de estimular (ou desestimular) o comportamento dos agentes e intervir no sistema socioeconômico. A distinção é importante na medida em que determinadas normas extrafiscais não se configuram como normas tributárias indutoras diante da ausência do componente da indução econômica (por exemplo, a norma brasileira que prevê a isenção do imposto de renda para os indivíduos portadores de moléstia grave, ainda que não possua finalidade arrecadatória, não possui efeito indutor algum).

8. A indução econômica via tributação manifesta-se através de técnicas de incentivos ou desincentivos voltadas à modificação do comportamento dos indivíduos em atendimento a determinadas finalidades e objetivos elencados pelo Estado. A partir dessa distinção, diferenciamos as espécies de normas tributárias em duas: os *tributos regulatórios* e os *incentivos fiscais*.

9. Os *tributos regulatórios*, espécie de norma tributária indutora dirigida a desestimular o comportamento dos agentes econômicos mediante o aumento da carga tributária, representam o exercício do poder de polícia, sendo adotado por diversos países, e com diferentes denominações, incidindo em diferentes bens e atividades econômicas contrárias ao interesse público.

10. Os *incentivos fiscais*, normas tributárias indutoras destinadas a estimular o comportamento dos agentes econômicos mediante a desoneração tributária, podem ser classificados em diferentes subespécies, tais como: as *subvenções*, o *crédito presumido*; os *subsídios*; as *isenções*; a *não incidência* e a *alíquota zero*; o *diferimento* no pagamento do tributo; a *remissão* e a *anistia*; as *imunidades*; a *redução da base de cálculo* e a *redução da alíquota*; a *depreciação acelerada*; os *regimes especiais de tributação*; as *zonas econômicas especiais* ou *zonas francas*; as *tax holidays*; e os *State Aid* ou *auxílios de Estado*.

11. Relativamente aos fundamentos e objetivos das normas tributárias indutoras, compreendemos que elas possuem duas finalidades essenciais: corrigir as falhas de mercado e concretizar objetivos positivos do Estado, principalmente os princípios norteadores da Ordem Econômica Constitucional.

12. A teoria da regulação econômica surge num contexto no qual os princípios básicos do liberalismo clássico e do ideal do livre mercado começam a ser colocados em xeque, sobretudo diante do surgimento de situações nas quais o mercado falha, gerando efeitos nocivos para si próprio e para a coletividade. Exemplo disso foram as diferentes práticas anticompetitivas

realizadas por empresas como a *Standard Oil*, no final do século XIX, período no qual começa-se a se discutir o papel do Estado para regular tais condutas.

13. A teoria da regulação econômica, em sua origem, é desenvolvida com base na teoria das falhas de mercado, que surge como uma crítica ao pressuposto da capacidade dos mercados se autorregularem, posto que em determinadas situações o mercado falhava em tal propósito.

14. O fundamento teórico da teoria das falhas de mercado vale-se dos conceitos advindos da Economia do Bem-Estar, em particular o primeiro teorema fundamental do bem-estar, o qual determina que, dadas certas premissas (como a ausência de fatores exógenos, a exemplo das falhas de mercado), sendo o mercado competitivo e havendo equilíbrio entre oferta e demanda, ele – o mercado – será eficiente economicamente, havendo a maximização do bem-estar. Mudadas tais condições (como no caso de ocorrerem falhas de mercado), o mercado não atingirá seu ponto ótimo de eficiência, resultando em perdas de bem-estar.

15. A literatura econômica classifica as falhas de mercado em seis hipóteses: as *falhas de competição* ou de *concorrência*; os *bens públicos*; as *externalidades*; os *mercados incompletos*; as *assimetrias de informação*; por fim, a *inflação* e o *desemprego*, decorrente de problemas como crises financeiras e gerando excessivas perdas de bem-estar, motivo pelo qual surge a necessidade do governo reduzir tais problemas via regulação econômica.

16. Na ocorrência das falhas de mercado cabe ao Estado intervir na economia, mediante os diferentes instrumentos regulatórios, a exemplo da tributação indutora, permitindo que tais falhas sejam corrigidas, o mercado volte a atingir seu ponto ótimo de eficiência e haja a maximização do bem-estar.

17. O Estado pode empregar normas tributárias indutoras com o objetivo de corrigir as falhas de mercado e as distorções que elas causam em termos de eficiência econômica mediante, por exemplo, a instituição de um tributo regulatório voltado a internalizar uma externalidade negativa (como a poluição ambiental, minimizada através da instituição de um tributo ambiental, que terá como escopo desestimular práticas com maior potencial poluente).

18. Numa perspectiva jurídico-constitucional, a tributação indutora também encontra seus fundamentos e objetivos no ordenamento jurídico posto, em particular nas disposições contidas na Constituição Federal de 1988, no título dedicado à Ordem Econômica, no qual se inserem as regras, critérios e limites da intervenção econômica do Estado.

19. A Ordem Econômica Constitucional compreende o conjunto de normas constitucionais que delineiam o sistema político-econômico adotado por um Estado, contemplando as diferentes formas de atuação estatal na economia. No caso da Ordem Econômica na

Constituição Brasileira de 1988, convivem os aspectos liberal e social/intervencionista no que diz respeito à atuação do estado no e sobre o domínio econômico.

20. A intervenção econômica tem como principal finalidade a implementação de objetivos positivos do Estado, a exemplo dos princípios e fundamentos da Ordem Econômica, princípios e fundamentos esses que também funcionam como parâmetros e limites para a atividade interventiva.

21. As normas tributárias indutoras, hipótese de intervenção econômica por indução, podem ser empregadas com o objetivo de concretizar os princípios e valores informativos da Ordem Econômica Constitucional. Por outro lado, esses mesmos princípios funcionam como limites à intervenção econômica via normas tributárias, devendo ser respeitados pela autoridade regulatória.

22. A Análise Econômica do Direito pode ser compreendida como um método de aplicação dos conceitos derivados da teoria econômica para examinar e propor soluções para diferentes problemas jurídicos, examinando formação, estrutura, processos e impacto econômico do Direito e das normas jurídicas, e como elas influenciam o sistema socioeconômico. Para tanto, faz usos de diferentes conceitos advindos, sobretudo, da Microeconomia e da Economia do Bem-Estar, tais como: escassez, custos de oportunidade, escolha racional, equilíbrio e eficiência econômica (incluindo a eficiência de Pareto e a eficiência de Kaldor-Hicks).

23. Uma mudança na estrutura de incentivos poderá modificar o comportamento dos agentes enquanto maximizadores racionais, e o Direito e as normas jurídicas (incluindo as normas tributárias indutoras) valem-se desse postulado da teoria da escolha racional, funcionando como instrumento de persuasão ou dissuasão no comportamento dos indivíduos.

24. A teoria da tributação sustenta que um sistema tributário ideal deve atender à seguintes características: atender a eficiência econômica (numa óptica de segundo melhor), isto é, o sistema tributário não deve gerar distorções no mercado e, se possível, deve ser empregado para aumentar a eficiência; deve ser simples e possuir baixo custo, seja para o fisco (em razão dos custos administrativo), seja para os contribuintes (devido aos custos de conformidade); também deve ser flexível, relacionado à aptidão que o sistema tributário possui em adaptar-se à mudanças na conjuntura econômica; deve ser transparente, permitindo que os contribuintes tenham uma adequada dimensão tanto do que e de quanto se paga em termos de tributos, bem como de quem são os beneficiados pelo pagamento; por fim, deve atender à equidade, em termos de justiça fiscal, isto é, os contribuintes que encontrem-se em situação equivalente devem ser tributados de forma idêntica (equidade horizontal), enquanto que contribuintes com

características distintas devem estar sujeitos a uma tributação também diferenciada (equidade vertical).

25. No que diz respeito à relação entre tributação e eficiência econômica, o pressuposto básico assumido pela Ciência Econômica é o de que diante do fato da tributação representar um fator externo a influenciar a dinâmica econômica, os tributos, em maior ou menor grau, sempre resultarão em efeitos distorcivos sobre a economia, principalmente no que diz respeito à modificação do comportamento dos agentes econômicos.

26. As perdas de eficiência decorrentes dos efeitos distorcivos dos tributos é denominada *deadweight loss* ou perdas de peso-morto: quanto maior o peso-morto dos tributos, maiores serão as perdas de eficiência resultantes da alteração do comportamento dos agentes econômicos. Uma importante consequência decorrente do peso-morto dos tributos corresponde à redução da arrecadação, já os tributos distorcivos têm como consequência a não realização de determinadas transações/fatos econômicos que permitiriam a cobrança desses mesmos tributos.

27. A teoria da tributação ótima busca definir quais são os critérios para a criação de um tributo ideal, principalmente no que diz respeito a sua finalidade arrecadatória. Dentre as características que um tributo ótimo deve possuir, destacam-se: base ampla de contribuintes; deve incidir, sempre que possível, sobre bens e serviços com demanda inelástica; o tributo ótimo também deve resultar no mínimo de distorções possíveis no mercado (numa óptica do segundo melhor cenário possível), em atendimento à eficiência econômica; deve, sempre que possível, atender à equidade, por meio do tratamento igual de contribuintes que encontrem-se em situação de igualdade (e vice-versa); deve também permitir obter altos índices de arrecadação a baixos custos administrativos; por fim, o tributo ótimo deve resultar em baixos custos de conformidade para o contribuinte.

28. Examinando a tributação indutora a partir dos pressupostos metodológicos desenvolvidos pela Análise Econômica do Direito e da teoria econômica da tributação, concluiu-se que as normas tributárias indutoras representam um mecanismo intencional de distorção do mercado, voltada a corrigir ineficiências através da modificação do comportamento dos agentes econômicos. Para tanto, é necessário delimitar os fins das normas tributárias indutoras, sejam eles a correção das falhas de mercado ou a concretização de objetivos positivos do Estado, como os princípios da Ordem Econômica Constitucional. Do ponto de vista teórico, é esperado que que esse efeito distorcivo resulte em ganhos em termos de eficiência e bem-estar, ganhos esses que devem se sobrepor às ineficiências ou aos problemas que as normas tributárias indutoras buscam solucionar.

29. O manejo de uma norma tributária indutora, seja ela um incentivo fiscal ou um tributo regulatório, deve passar por um exame crítico por parte do poder público, principalmente no que diz respeito à adequação entre os meios e os resultados esperados, devido aos seguintes fatores: intervir no sistema econômico representa uma medida de exceção, somente sendo justificável quando na existência de perturbações no mercado para tanto, ou na necessidade de se efetivar princípios e valores previstos no ordenamento jurídico; a tributação indutora não representa a única forma de regulação econômica à disposição do Estado; diante da necessidade de se avaliar previamente, num juízo de prognose, se a norma tributária indutora terá o condão de atingir os fins a que se propõe ou se poderá, inclusive, impor novas ineficiências alocativas para o mercado.

30. Sob a perspectiva da neutralidade da tributação, critério absorvido pelo Direito Tributário (o qual impõe que os tributos devem ser neutros em termos econômicos, isto é, não devem resultar em modificação do comportamento dos agentes econômicos), no caso da tributação indutora está-se diante de uma conduta de não-neutralidade (ou anti-neutralidade), já que as normas tributárias indutoras buscam intervir deliberadamente na economia, com o escopo de corrigir ou diminuir as imperfeições do mercado ou concretizar determinados objetivos e finalidades prescritas no ordenamento jurídico,

31. A criação das normas tributárias deve passar por um exame dos seus potenciais efeitos, intencionais ou não, em termos de eficiência econômica e distorções no mercado.

32. Nos casos dos incentivos fiscais, deve-se examinar suas vantagens e desvantagens no que diz respeito aos efeitos sobre a eficiência econômica, já que o incentivo modifica a eficiência, diminuindo a carga tributária média de determinados agentes econômicos beneficiados. Dessa forma, os incentivos fiscais distorcem ainda mais a alocação de recursos, ao incentivar uma atividade de baixa eficiência, em detrimento de outras atividades econômicas mais eficientes no mercado. Para tanto, na escolha e implementação de um determinado incentivo fiscal devem ser avaliadas variáveis como: do aumento potencial da receita decorrente do aumento do investimento; diferentes benefícios sociais decorrentes do incentivo, a exemplo da provisão de bens públicos e de externalidades positivas; as perdas de receita derivadas de uma dada atividade econômica que seria realizada mesmo que não houvesse o incentivo; os custos indiretos dos incentivos, a exemplo dos custos administrativos, da evasão fiscal e dos custos decorrentes da perda de eficiência.

33. No caso do fomento de determinadas atividades empresariais (mediante a atração de empresas, investimentos e projetos, por exemplo), os incentivos fiscais não devem ser considerados como fator preponderante para a modificação do comportamento dos agentes

econômicos em termos de realização de investimentos ou exercício de determinada atividade, já que as empresas, no exercício de sua atividade econômica, levam em conta diferentes outros fatores, os quais, muitas vezes, são muito mais determinantes do que os incentivos fiscais no que tange às decisões de onde empreender e o que produzir.

34. Relativamente aos tributos regulatórios, os ganhos de eficiência econômica estão relacionados à correção de uma determinada falha de mercado, em especial as externalidades negativas. Para que possa cumprir tal função, é necessário examinar: i) se o tributo regulatório causará novas distorções no mercado, já que é voltado para a alteração do comportamento dos agentes econômicos; ii) e se tais distorções podem não ser hábeis para a atingir os fins a que se propõe o tributo.

35. Os tributos regulatórios também resultam em um duplo-dividendo para a economia, já que desestimulam condutas que se configurem como externalidades negativas (primeiro dividendo), além de gerarem um incremento de receita em decorrência, permitindo que tributos distorcivos sejam suprimidos ou reduzidos, com ganhos de eficiência econômica (segundo dividendo).

36. Relativamente ao *trade-off* entre eficiência e equidade e sua relação com a tributação indutora, numa primeira acepção é possível concluir que as normas tributárias indutoras impõem tratamentos desiguais para os diferentes agentes econômicos, alcançando indivíduos e empresas específicos, os quais, em razão da finalidade da norma, terão (ao menos em tese) seu comportamento modificado, em razão do estímulo ou do desestímulo de determinado comportamento econômico que se pretende realizar. Por outro lado, normas tributária indutoras também podem ser empregadas com vistas a reduzir desigualdades, através de medidas de caráter redistributivo. Há, também, situações nas quais uma norma tributária indutora, não obstante pretender gerar efeitos redutores de desigualdades, não alcançam tais objetivos ou geram consequências adversas, situações essas que devem ser sopesadas quando da criação da norma indutora.

37. No caso dos incentivos fiscais e sua relação com a eficiência e com a equidade, e a partir do exame dos incentivos concedidos para a promoção do desenvolvimento e redução de desigualdades regionais, constatou-se que, em muitos casos, tal medida não é dotada de um real eficácia, impondo custos ao governo (decorrentes da renúncia de receita), não reduz a desigualdade regional e gera distorções na economia e ineficiências alocativas (já que determinados agentes econômicos irão gozar do incentivo em detrimento de outros, mas sem que haja uma real contrapartida em favor da coletividade em termos de bem-estar).

38. Deve-se pautar a análise e criação das normas tributárias indutoras por um juízo de prognose, quer permita antever se ela representa o instrumento hábil para a consecução dos fins pretendidos ou se, ao contrário, poderá ter pouca eficácia e gerar efeitos indesejados.

39. Dentre os critérios para a criação de uma norma tributária ótima, propusemos os seguintes: a norma tributária indutora ser clara e precisa no que diz respeito ao seu real objetivo enquanto instrumento de intervenção econômica (sejam eles a correção de falhas de mercado ou concretização de princípios constitucionais, como os da Ordem Econômica); uma norma tributária indutora ótima não pode resultar em maiores distorções na economia quando comparada às distorções que ela pretende corrigir ou gerar novas falhas de mercado; deve ser empreendido um exame de prognose no que diz respeito às potenciais consequências da norma tributária indutora, sejam os efeitos desejados pelo governo (em termos de intervenção econômica), bem como no que diz respeito aos possíveis efeitos indesejáveis; as normas tributárias indutoras não devem gerar elevados custos administrativos para o fisco, nem substanciais custos de conformidade para os agentes econômicos; no caso dos tributos regulatórios, sempre que possível, eles devem ser dotados de efeitos positivos em termos arrecadatários.

40. Previamente à criação de uma determinada norma tributária indutora, é necessário examinar seus potenciais custos e benefícios, nos que diz respeito aos potenciais ganhos de bem-estar para a sociedade. A partir da definição dos critérios da análise custo-benefício, será possível desenvolver modelos e ferramentas matemáticas, econométricas e estatísticas hábeis para examinar e comparar os dados coletados, permitindo examinar as vantagens e desvantagens na criação de incentivos fiscais ou de um tributo regulatório.

41. Aplicada aos incentivos fiscais, a análise custo-benefício deve sopesar os diferentes custos associados à concessão do incentivo – tais como os custos da receita não arrecadada, custos administrativos do governo, os dos custos de conformidade dos agentes econômicos beneficiados – com os potenciais benefícios – como o aumento das atividades econômicas relacionadas ao incentivo, bem como o ganho de receita gerado por tais atividades econômicas aumentadas, dentre outros – permitindo que se desenvolva um *standard* hábil para a realização de tal análise e, com isso, que se dimensione os potenciais efeitos, negativos ou positivos, de um dado incentivo fiscal e se discuta sua viabilidade enquanto instrumento regulatório.

42. Os tributos regulatórios podem, por vezes, estar associados a problemas como: os efeitos sobre a competitividade/concorrência e sobre os níveis de emprego, já que eleva o preço de um determinado bem ou serviço; podem ter efeito regressivo sobre o consumidor final, a depender da característica do bem tributado (sobretudo os bens com demanda inelástica, como a

gasolina), já que na maioria dos casos que as empresas transferem para o consumidor final o encargo decorrente do tributo regulatório, mediante o aumento do preço do bem ou do serviço; em outros casos, podem ter uma base limitada de contribuintes, o que limita sua aptidão de substituir (em termos arrecadatórios) um tributo mais distorcivo.

43. Em que pese tais limitações, os tributos regulatórios permanecem como uma alternativa viável em termos de regulação econômica, sobretudo quando comparados à outras formas mais invasivas de regulação, a exemplo da regulação direta, principalmente devido a sua aptidão para a correção das externalidades e geração do duplo-dividendo, condição esta que poderia ser aperfeiçoada mediante a destinação da receita arrecadada com o tributo regulatório para uma determinada política pública (a exemplo da destinação da receita decorrente de tributos sobre o cigarro ou sobre o álcool para a área da saúde pública).

44. Os incentivos fiscais podem ser examinados a partir da teoria do gasto tributário, os efeitos sobre o orçamento das diferentes medidas de renúncia de receita decorrente da concessão de incentivos fiscais, permitindo que sejam discutidos critérios de estimativa e controle do gasto tributário, tais como: estimativa do impacto financeiro-orçamentário do incentivo fiscal: i) a demonstração pelo ente político que concede o incentivo fiscal de que o gasto tributário foi previamente considerado na estimativa de receita do orçamento; ii) a proposição de medidas de compensação da receita renunciada em decorrência do incentivo fiscal, mediante o aumento de receita por meio de elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuições.

45. No caso brasileiro, as principais conclusões acerca dos incentivos fiscais enquanto gasto tributário apontam para: a constatação de que a maioria absoluta das normas criadoras/concessivas de incentivos fiscais não estipula claramente os objetivos, metas e indicadores da política pública relacionada à renúncia de receita; e a ausência de qualquer estudo voltado à avaliação dos resultados de uma determinada política de concessão de incentivos fiscais.

46. Tais conclusões permitem inferir que incentivos fiscais, enquanto norma tributária indutora, padecem de expressivos problemas quanto à sua real eficácia como instrumento de regulação econômica, primeiro porque são concedidos sem a delimitação de seus objetivos e finalidades de forma clara por parte do governo; segundo, diante do fato de que não há informações disponíveis quanto aos seus resultados, isto é, se eles conseguiram atingir os fins pretendidos, por fim, em razão das consequências do ponto de vista financeiro-orçamentário, posto que a renúncia de receita decorrente dos incentivos fiscais não tem passado por critérios

de estimativa rígidos, conforme estipulados pela legislação brasileira, prejudicando mais ainda seu controle orçamentário.

47. Diante desse cenário, e partindo de uma realidade na qual os incentivos fiscais continuarão a ser empregados enquanto medida política e de intervenção econômica, a consolidação de instrumento de controle (principalmente controle material) das referidas normas tributárias indutoras representa condição essencial para a sua manutenção.

48. Do ponto de vista do controle prévio de concessão dos incentivos, destacamos a atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, é necessário que o eventual projeto de lei ou medida provisória criador do incentivo fiscal tenha sua compatibilidade aferida com os dispositivos normativos em matéria de responsabilidade fiscal. Propõe-se, também, que as normas criadoras de incentivos fiscais delimitem de forma clara os fins e objetivos pretendidos pelo incentivo fiscal, assim como estabeleçam parâmetros para que seus resultados e eficiência possam ser controlados. Por fim, os efeitos obtidos pelos incentivos fiscais sejam constante e efetivamente analisados e controlados, de forma a justificar ou não sua manutenção.

49. Relativamente ao controle posterior dos incentivos fiscais, o primeiro destaque é conferido as Tribunais de Contas, enquanto órgãos de controle externo, controle esse que deve ser dirigido não só para o exame dos aspectos formais dos incentivos no que concerne à sua compatibilização com o ordenamento jurídico, mas também em seus aspectos materiais, sobretudo no que diz respeito à sua eficiência enquanto instrumento de intervenção econômica ou, em outros termos, se ele representa instrumento hábil para atingir as finalidades pretendidas.

50. Por fim, também é feita referência ao controle posterior exercido pelo Poder Judiciário, ao qual é conferida a atribuição e prerrogativa examinar a regularidade da concessão e a necessidade da manutenção do incentivo fiscal, aferindo o cumprimento dos requisitos jurídico-constitucionais para a utilização dessa espécie de norma tributária indutora. Para além da análise formal dos incentivos fiscais, também destacamos a necessidade (em casos específicos) de o Poder Judiciário exercer controle material, controle este que estaria pautado pelos seguintes critérios: i) se a finalidade do legislador está de acordo com os fins previstos no texto constitucional; ii) se o meio escolhido é apto a atingir a finalidade almeja; iii) se a receita tributária renunciada através do incentivo não é excessiva e guarda proporcionalidade com o propósito para o qual o incentivo foi criado. Em se confirmando que um determinado incentivo fiscal é ineficiente ou ineficaz para a consecução da finalidade pretendida (por exemplo, não gerou os postos de trabalho pretendidos ou ocasionou em uma medida que gerou mais desigualdades socio-regionais), caberia ao Judiciário suspender ou revogar do ordenamento jurídico tal incentivo fiscal ineficiente, já que ele não se coaduna com o fim a que se propõe.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Charles. *For good and evil: the impacts of taxes in the course of civilization*, 2. ed. Lanham, Maryland: Madison Books, 2001.

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

ALDESTAM, Mona. *EC State aid rules applied to taxes – An analysis of the selectivity criterion*. Uppsala: Iustus Förlag, 2005.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (org.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ASCARELLI, Tullio. Norma giuridica e realtà sociale. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemi giuridici*. Milão: Giuffré, 1959. p. 101.

ASCARELLI, Tullio. *Problemi giuridici*. Milão: Giuffré, 1959.

ASSIS, Karoline Marchiori. *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ATKINSON, Anthony B.; STIGLITZ, Joseph E. The Design of Tax Structure: Direct versus Indirect Taxation. *Journal of Public Economics*, v. 6, p. 55-75, 1976.

AVI-YONAH, Reuven. The Three Goals of Taxation. In: *Tax Law Review*, v. 60, n. 1, p. 1-28, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 19. ed. rev. e atu. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BATOR, Francis M. The Anatomy of Market Failure. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 72, p. 351-379, 1958.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, p. 169-217, 1968.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEROLZHEIMER, Fritz. *The World's Legal Philosophies*. Trad. Rachel Szold Jastrow. New York: Macmillan & Co., 1929.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura a função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1995.

BOMFIM, Diego. *Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle*. São Paulo: Noeses, 2015.

BOMFIM, Diego. *Tributação e livre concorrência*. São Paulo, Saraiva, 2011.

BOMFIM, Gilson Pacheco. *Incentivos tributários: conceituação, limites e controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *Análise da Arrecadação das Receitas Federais – Dezembro de 2016*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2017. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2016/dezembro2016/analise-mensal-dez-2016.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária – (Gastos Tributários) – PLOA 2016*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2017. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/DGTPLOA2016FINAL.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 705423/SE*. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Recorrente: Município de Itabi. Recorrido: União. Relator: Min. Edson Fachin, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14291555>. Acesso em: 1 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Processo nº 018.259/2013-8*. AUDITORIA OPERACIONAL COM O OBJETIVO DE CONHECER E AVALIAR A ESTRUTURA DE GOVERNANÇA DAS RENÚNCIAS TRIBUTÁRIAS, PARA EMBASAR A ELABORAÇÃO DE MATRIZES DE PLANEJAMENTO DE FUTURAS AUDITORIAS, BEM COMO ATUALIZAR OS PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE DAS CONTAS DOS GESTORES E DAS DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO SOBRE AS CONTAS DO GOVERNO DA REPÚBLICA. RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO. CIÊNCIA. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 14 de maio de 2014. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140516/AC_1205_16_14_P.doc. Acesso em: 1 mar. 2017.

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação – à luz do Artigo 146-A da Constituição* – Série Doutrina Tributária v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Consulta nº 0038/99*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 22 mar. 2000. Disponível em: <http://www.institutosarlo.com.br/pdfs-novos/economico/6>. Parecer CADE Consulta Guerra Fiscal e Concorrência.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Teoria da decisão tributária*. 2010. Tese (Livre-docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal of Economics*, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997.

CHEN, Duanjie. *The Framework for Assessing Tax Incentives: A Cost-Benefit Analysis Approach*. New York: United Nations, 2015. Disponível em: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/2015TIBP_PaperChen.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2012.

CORRÊA, Walter Barbosa. *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*. São Paulo: 1964.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo*. São Paulo: Almedina, 2014.

DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do imposto*. 1949. Tese (Concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças) – Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1949.

DIAMOND, Peter A.; MIRRLEES, James A. Optimal Taxation and Public Production I: Production Efficiency. *The American Economic Review*, v. 61, p. 8-27, 1971.

DIAMOND, Peter A.; MIRRLEES, James A. Optimal Taxation and Public Production II: Tax Rules. *The American Economic Review*, v. 61, n. 3, p. 261-278, 1971.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1971.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Prefácio. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1971. p. 9-10.

EASSON, Alex; ZOLT, Eric M. *Tax Incentives*. World Bank Institute. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTPA/Resources/EassonZoltPaper.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

ELALI, André. *Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade tributária e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 37-66.

ELALI, André de Sousa Dantas. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP Ed., 2007.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FELDMAN, Allan M.; SERRANO, Roberto. *Welfare economics and social choice theory*. 2. ed. New York: Springer, 2006.

FELDSTEIN, Martin. *Effects of Taxes on Economic Behavior*. NBER Working Paper n. 13745. Massachusetts: National Bureau of Economic Research, 2008. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w13745>. Acesso em: 1 mar. 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia/Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

FIORI, Elcio Henriques. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário – O Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Manual de Transparência Fiscal (2007)*. Fundo Monetário Internacional, 2007. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/manualp.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

FOLLONI, André Parmo. *Clareiras e caminhos do Direito Tributário: crítica da Ciência do Direito Tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges*. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

GRECO, Marco Aurélio. Apresentação. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 7-8.

GRECO, Marco Aurélio. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - Parâmetros para sua Criação. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 11-31.

GOULDER, Lawrence H. *Environmental Taxation and the “Double Dividend”*: A Reader’s Guide. NBER Working Paper n. 4896. Massachusetts: National Bureau of Economic Research, 1994. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w4896>. Acesso em: 1 mar. 2017.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HANCHER, Leigh; OTTERVANGER, Tom; SLOT, Piet Jan. *EU State Aid*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depend on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

HOVARTH, Estevão. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Dialética, 2009.

JAMES, Sebastian. *Tax and Non-Tax Incentives and Investments: Evidence and Policy Implications*. World Bank Group, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2401905>. Acesso em: 1 mar. 2017.

JOLLS, Chistine; SUSTEIN, Cass R.; TALLER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. In: SUSTEIN, Cass R. (ed.). *Behavioral law and economics*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 13-58.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Center for Competition Policy Working Paper n. CPC99-09. California: University of California, Berkeley, 1999. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=506284>. Acesso em 1 mar. 2017.

LEÃO, Martha Toríbio. *Controle da Extrafiscalidade – Série Doutrina Tributária v. 16*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LEOPOLDINO DA FONSENCA, João Bosco. *Direito Econômico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEROY-BEAULIEU, Paul. On Taxation in General. In: MUSGRAVE, Richard A.; PEACOCK, Alan T. *Classics in theory of public finance*. New York: St. Martin's Press, 1994. p. 152-164.

LIMA, Isabel Arruda Matheos de. *Análise da eficiência econômica da CIDE-combustível pela perspectiva da nova economia institucional*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

LIMA, Isabel Arruda Matheos de. *Normas Tributárias Indutoras Ambientais*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. *The Review of Economic Studies*, v. 24, n. 1, p. 11-32, 1956/1957.

LOSANO, Mário G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura a função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. XIX-XLIX.

MANKIW, N. Gregory. *Principles of Economics*. 6. ed. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2012.

MANKIW, N. Gregory. *Smart Taxes: An Open Invitation to Join the Pigou Club*. *Eastern Economic Journal*, v. 35, p. 14-23, 2009.

MANNS, Leslie D. Dominance in the Oil Industry: Standard Oil from 1865 to 1911. In: ROSENBAUM, David I. (ed.). *Market Dominance: How Firms Gain, Hold, or Lose it and the Impact on Economic Performance*. Westport, CT: Praeger, 1998. p. 11-37.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007.

MCGEE, John. Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case. *Journal of Law and Economics*, v. 1, p. 137-169, 1958.

MELO JÚNIOR, Roberto Gomes de Albuquerque. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica: conteúdo, aplicação, limites e exame de implementação à luz da teoria dos jogos*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

MENEZES, Adriana Reis Albuquerque de. *A utilização indutora de incentivos fiscais como mecanismo de redução de desigualdades regionais: análise acerca de sua (in) efetividade à luz do modelo de Estado e do projeto político de desenvolvimento insculpido na CF de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

MERCURO, Nicholas; Steven G. Medema. *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond*. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MUSGRAVE, Richard A. *Theory of public finance: a study in public economy*. New York: McGraw-Hill, 1959.

MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5. ed. Singapore: McGraw-Hill, 1989.

MUSGRAVE, Richard A.; PEACOCK, Alan T. *Classics in theory of public finance*. New York: St. Martin's Press, 1994.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

NÓBREGA, Marcos. *Lei de responsabilidade fiscal e leis orçamentárias*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do art. 14 da LRF*. CEPAL. Disponível em: www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/marcosnobrega1.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OECD. *OECD Economic Survey – Brazil 2013*. Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/eo.surveys-bra-2013-en>. Acesso em: 1 mar. 2017.

OECD. *Tax Expenditures in OECD Countries*. Paris: OECD Publishing, 2010.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

PAIVA, Leila. *Disciplina jurídica da extrafiscalidade*. 1994. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

PELTZMAN, Sam. *The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation*. Brookings Papers: Microeconomics, 1989. Disponível em: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/1989/01/1989_bpeamicro_peltzman.pdf. Acesso: 1 mar. 2017.

PELTZMAN, Sam. Toward a more general theory of regulation. *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, p. 211-240, 1976.

PIGOU, Arthur C. *A Study in Public Finance*. 3. ed. London: Macmillan, 1947.

PIGOU, Arthur C. *The Economics of Welfare*. 4. ed. London: Macmillan, 1932.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIRES, Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão dos incentivos fiscais no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 15-35.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Pigouvian taxation with administrative costs. *Journal of Public Economics*, v. 19, p. 385-394, 1982.

POSNER, Richard A. Theories of economic regulation. *Bell Journal of Economic and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 335-358, 1971.

PRIEST, George L. *Rethinking the Economic Basis of the Standard Oil Refining Monopoly: Dominance Against Competing Cartels*. Yale Law & Economics Research Paper n. 445. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1984242>. Acesso em: 1 mar. 2017.

RAMSEY, Frank P. A Contribution to the Theory of Taxation. *The Economic Journal*, v. 37, n. 145, p. 47-61, 1927.

ROBBINS, Lionel. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. London: Macmillan & Co., 1932.

ROSENBAUM, David I. Rosenbaum (ed.). *Market Dominance: How Firms Gain, Hold, or Lose it and the Impact on Economic Performance*. Westport, CT: Praeger, 1998.

ROTHMANN, Gerd Willi. *Extrafiscalidade e desenvolvimento econômico*. In: Câmara Teuto-Brasileira de Comércio e Indústria. (Org.). Relatório da Diretoria - 1966 a 1970. São Paulo, 1972. p. 107-126.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Cadernos Direito GV, v. 5, 2008, p. 4-58. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 mar. 2017.

SALANIÉ, Bernard. *The economics of taxation*. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHÖN, Wolfgang. State aid in the area of taxation. In: HANCHER, Leigh; OTTERVANGER, Tom; SLOT, Piet Jan. *EU State Aid*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012. p. 321-362.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordo de bitributação e incentivos fiscais: o papel das cláusulas de *tax sparing* e *matching credit*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 253-263.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Incentivos fiscais e desenvolvimento: reflexões e proposições à luz do Direito e Economia. *Revista Tributária das Américas*, v. 6, p. 305-323, 2012.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Sonegação fiscal no Brasil: reflexões sobre a perspectiva da economia do crime. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 127, p. 297-311, 2016.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação, Finanças Públicas e Política Fiscal: uma análise sob a óptica do Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SELIGMAN, Edward R. A. *Essays in taxation*. 8. ed. London: Macmillan & Co., 1915.

SELIGMAN, Edward R. *Progressive taxation in theory and practice*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1908.

SELIGMAN, Edward R. *The shifting and incidence of taxation*. 2. ed. New York: Macmillan, 1902.

SILVA, Mauro José. *Da competição à cooperação tributária internacional: aspectos jurídicos da promoção do desenvolvimento num cenário internacionalizado*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SIMONSEN, Mário Henrique. O Sistema Brasileiro de Incentivos Fiscais. *Ensaio Econômico da EPGE nº 12 – Escola de Pós-Graduação em Economia do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas*. Rio de Janeiro, 1974. p. 1-18.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, v. 1 e 2. London: Methuen & Co., 1904.

STIGLER, George J. The Origins of the Sherman Act. *The Journal of Legal Studies*, v. 14, n. 1, p. 1-12, 1985.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economic and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of public sector*. 3. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

STIGLITZ, Joseph E. In Praise of Frank Ramsey's Contribution to the Theory of Taxation. *The Economic Journal*, v. 125, p. 235-268, 2015.

SURREY, Stanley S. *Pathways to Tax Reform: The Concept of Tax Expenditures*. Cambridge: Harvard University Press, 1973.

SURREY, Stanley S.; McDANIEL, Paul R. *Tax Expenditures*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

SUSTEIN, Cass R. (ed.). *Behavioral law and economics*. New York: Cambridge University Press, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TILBERY, Henry. Base econômica e efeito das isenções. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1971. p. 11-67.

TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 1 – Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 3 – Os direitos humanos e a tributação. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

UMPIERES, Rodrigo Tolotti. Com França em crise, milionários deixam o país para evitar impostos. *InfoMoney*, 17 dez. 2012. Disponível na Internet: <http://www.infomoney.com.br/mercados/noticia/2637848/com-franca-crise-milionarios-deixam-pais-para-evitar-impostos>. Acesso em: 1 mar. 2017.

UNITED NATIONS. *Tax Incentives and Foreign Direct Investment: a Global Survey*. New York and Geneva: 2000. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteipcmisc3_en.pdf. Acesso em: 1 mar. 2017.

VASQUES, Sérgio. *Os impostos do pecado: o tabaco, o álcool, o jogo e o fisco*. Coimbra: Almedina, 1999.

ZILVETI, Fernando Aurelio. *A Evolução da Teoria da Incidência – Análise histórica das estruturas socioeconômicas na formação do Sistema Tributário*. 2010. Tese (Livre-Docência em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.