

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

**A LEGITIMIDADE DOS INCENTIVOS FISCAIS NUM CONTEXTO DE GUERRA
FISCAL**

**JOÃO HÉLIO DE FARIAS MORAES COUTINHO
RECIFE/PE, 2011**

JOÃO HÉLIO DE FARIAS MORAES COUTINHO

**A LEGITIMIDADE DOS INCENTIVOS FISCAIS NUM CONTEXTO DE GUERRA
FISCAL**

Tese apresentada ao Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa, tendo como área de concentração 'Neoconstitucionalismo' e por linha de pesquisa 'Estado e Constitucionalização do Direito'.

RECIFE/PE, 2011

Coutinho, João Hélio de Farias Moraes

A legitimidade dos incentivos fiscais num contexto de guerra fiscal / João Hélio de Farias Moraes Coutinho. – Recife: O Autor, 2011.

223 folhas.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Direito Tributário. 2. Incentivos fiscais. 3. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS. 4. Intervenção no domínio econômico. 5. Guerra fiscal. 6. Tributação. 7. Execução fiscal. I. Título.

343

343.8104

CDU (2.ed.)

CDD (22.ed.)

UFPE

BSCCJ2011-028

João Hélio de Farias Moraes Coutinho

“A Legitimidade dos Incentivos Fiscais Num Contexto de Guerra Fiscal”

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

Área de concentração : Teoria e Dogmática do Direito
Orientador; Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL:

Aprovado

Professor Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (Presidente - UFPE)

Julgamento:

Aprovado

Assinatura:

Professor Dr. Paulo César Santos Bezerra (1º Examinador - UFBA)

Julgamento: *APROVADO*

Assinatura:

Professor Dr. Adonis Costa e Silva (2º Examinador - UNICAP)

Julgamento:

APROVADO

Assinatura:

Professor Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega (3º Examinador - UFPE)

Julgamento:

APROVADO

Assinatura:

Professora Dr^a. Margarida de Oliveira Cantarelli (4ª Examinadora - UFPE)

Julgamento:

Aprovado

Assinatura:

Recife, 30 de setembro de 2011.

Coordenador Prof.º Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega



Aos meus pais, a Joãozinho, a Kátia e a todas as pessoas que, como eu, sonham com o aprimoramento do Direito e da Justiça para todos os seres vivos.

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma tese é, paradoxalmente, uma tarefa extremamente solitária, ao mesmo tempo que requer a contribuição de várias pessoas. Assim, externo meus agradecimentos àqueles que muito contribuíram para que eu conseguisse chegar ao fim dessa caminhada. Portanto, mesmo correndo o risco de esquecer alguém, agradeço às seguintes pessoas:

ao professor Dr. Raymundo Juliano Feitosa, exemplo de orientador, que hoje considero um grande amigo;

ao professor Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, por todo o estímulo e apoio durante o Curso de Doutorado;

à minha querida amiga, professora Tatiana de Lima Nóbrega, pelo apoio durante todo o decorrer dessa caminhada, por sua primorosa revisão do texto e valiosas sugestões e, acima de tudo, pela sua amizade;

aos demais professores do Curso de Doutorado, pelo privilégio de cursar suas disciplinas;

aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco;

ao Prof. Pierino Sani (*in memoriam*), pelas lições de vida e da língua italiana.

RESUMO

Este trabalho tem por objeto de estudo a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, por meio das normas tributárias indutoras. Para esse propósito, analisamos a busca pela superação da dependência nas relações centro-periferia, caracterizada pelo subdesenvolvimento, sob a perspectiva da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Estudamos o direito ao desenvolvimento, quer no âmbito internacional, notadamente as resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o desenvolvimento, quer na Constituição brasileira de 1988, haja vista que esse direito, juntamente com a concepção de desenvolvimento por meio da industrialização, constituem, na nossa opinião, o discurso legitimador das políticas estaduais de desenvolvimento, por meio da concessão de incentivos fiscais relativos ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). Analisamos a intervenção estatal *no* e *sobre* o domínio econômico, assim como as falhas de mercado e a correção dessas falhas pela intervenção estatal, para melhor entender a intervenção sobre o domínio econômico mediante o emprego de normas tributárias indutoras. Explicitamos as características básicas do ICMS, com a finalidade de respaldar as propostas de alteração que formulamos para este imposto, como forma de torná-lo menos regressivo, promover uma melhor distribuição dos recursos decorrentes de sua arrecadação e viabilizar a concessão de incentivos fiscais pelos Estados, numa situação em que o ônus dessas concessões seja suportado pelos Estados concedentes.

Palavra-chave: desenvolvimento; intervenção no domínio econômico; incentivos fiscais; guerra fiscal; ICMS.

COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. **A legitimidade dos incentivos fiscais num contexto de guerra fiscal**. 2011. 220 p. Tese (Doutorado em Direito) – programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

ABSTRACT

This thesis aims to study the state intervention on the economic domain, especially through inducing tax rules. To this end, it analyzes the search for overcoming the dependence on center-periphery relations, characterized by underdevelopment from the perspective of the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC). It was studied the right to development, whether at international level, especially the resolutions of the United Nations (UN) on the development, either in the Constitution of 1988, given that right, along with the design development through industrialization, constitute, in our opinion, the legitimizing discourse of state development policies by granting tax incentives relatives to the Brazilian tax on the circulation of goods, interstate and intercity transportation and communication services (ICMS). It was analyzed the state intervention *in* and *on* the economic domain, as well as market failures and the correction of this failures by the state intervention, to better understand the use of the state intervention on the economic domain through the use of inducing tax rules. The basic features of the Brazilian tax on the circulation of goods, interstate and intercity transportation and communication services were studied, with the aim of supporting the amendments that we formulated for this tax as a way to make it less regressive, promoting a better allocation of resources resulting from its levy and make the provision of tax incentives by states in a situation where the burden of these concessions is borne by the all the states who granted them.

Keywords: Development; state intervention in the economic domain; tax incentives; tax competition; Brazilian tax on the circulation of goods, interstate and intercity transportation and communication services.

RESUMÉ

Cette thèse vise à étudier l'intervention de l'Etat sur le domaine économique, notamment par induction des règles fiscales. À cette fin, il analyse la recherche de surmonter la dépendance à l'égard relations centre-périphérie, caractérisé par le sous-développement dans la perspective de la Commission Économique pour l'Amérique Latine et les Caraïbes (CEPALC). Il a été étudié le droit au développement, que ce soit au niveau international, en particulier les résolutions des Nations Unies (ONU) sur le développement, soit dans la Constitution de 1988, étant donné que le droit, avec le développement du design à travers l'industrialisation, constituent, dans notre avis, les discours de légitimation des politiques publiques de développement par les stimulants fiscaux relatives à l'impôt brésilien sur la circulation des marchandises, le transport interurbain interétatiques et de la communication et des services (ICMS). Il a été analysé l'intervention de l'Etat *dans* et *sur* le domaine économique, ainsi que les défaillances du marché et la correction de ces défaillances par intervention de l'Etat, afin de mieux comprendre l'utilisation de l'intervention de l'Etat sur le domaine économique par l'utilisation des stimulants fiscaux. Les caractéristiques de base de l'ICMS ont été étudiés, avec le but de soutenir les amendements que nous avons formulé pour cet impôt comme un moyen de la rendre moins régressive, de promouvoir une meilleure allocation des ressources résultant de son prélèvement et de faire la mise à disposition d'incitations fiscales par les États dans une situation où la charge de ces concessions est supporté par l'ensemble des Etats qui les ont accordés.

Mots-clés: Développement; intervention de l'Etat sur le domaine économique; stimulants fiscaux; concurrence fiscale; ICMS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 UMA ABORDAGEM DO DESENVOLVIMENTO NA PERSPECTIVA CEPALINO-BRASILEIRA: NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO PARA ABORDAR A LEGITIMIDADE DA CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS	18
1.1 A SUBSTITUIÇÃO DAS IMPORTAÇÕES COMO ESTRATÉGIA DE DESENVOLVIMENTO NA AMÉRICA LATINA.....	30
1.2 A MUDANÇA DO PARADIGMA PRIMÁRIO-EXPORTADOR	33
1.3 ACEPÇÕES DA EXPRESSÃO <i>SUBSTITUIÇÃO DE IMPORTAÇÃO</i> E A DINÂMICA DESTES PROCESSO.....	34
1.4 ANÁLISE DA SUBSTITUIÇÃO DAS IMPORTAÇÕES POR CELSO FURTADO E THEOTÔNIO SANTOS	36
1.5 A TEORIA DA DEPENDÊNCIA: PARA ALÉM DA EXPLICAÇÃO E JUSTIFICATIVA DO <i>STATU QUO</i> . A EVIDENCIAÇÃO DO SUBDESENVOLVIMENTO COMO CONSEQUÊNCIA DOS TERMOS DE TROCA NAS TRANSAÇÕES CENTRO-PERIFERIA	42
1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	45
2 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: DIREITO FUNDAMENTAL CONSAGRADO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	49
2.1 ORIGENS E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	49
2.2 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO	55
2.3. DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO: UM DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO CUJA CONCRETIZAÇÃO DEPENDE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	62
2.4 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E À LIBERDADE	71
2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	78
3 INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO	82
3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPRESSÃO <i>ORDEM ECONÔMICA</i> : UMA MOLDURA PARA A COMPREENSÃO DA TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL	82
3.2 UMA ABORDAGEM DA INTERVENÇÃO ESTATAL A PARTIR DA REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO ESTADO ADVINDO DA REVOLUÇÃO FRANCESA E DOS IDEAIS LIBERAIS E DAS FALHAS DO MERCADO	88
3.3 ALCANCE E FORMAS DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA SEARA ECONÔMICA.....	104
3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	122
4 GUERRA FISCAL ENTRE OS ESTADOS PELA ATRAÇÃO DE INVESTIMENTOS: A GUERRA FISCAL DO ICMS	124
4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DE UMA PATOLOGIA NACIONAL: A GUERRA FISCAL	124
4.2 PERDAS E GANHOS DA GUERRA FISCAL	150
4.3 A GLOSA DE CRÉDITO DO ICMS A QUE FAZ JUS O CONTRIBUINTE DESTINATÁRIO: A REAÇÃO DO ESTADO PRETENSAMENTE PREJUDICADO COM O INCENTIVO CONCEDIDO UNILATERALMENTE	157
4.4 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	165
5 PERFIL DO ICMS E PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES	171
5.1 ABORDAGEM HISTÓRICA DO ICMS.....	171
5.2 IMPOSTO POR DENTRO: O IMPOSTO INTEGRAL A SUA BASE DE CÁLCULO, TRANSFERIDA PARA FRENTE O RESPECTIVO ÔNUS FINANCEIRO E MODELA O PREÇO DA MERCADORIA, DE CONFORMIDADE COM A CARGA TRIBUTÁRIA NELE EMBUTIDA.....	174
5.3 A NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS E OS SEUS ATRIBUTOS	177
5.3.1 RELAÇÃO ENTRE O SOMATÓRIO DO IMPOSTO DEVIDO E O DÉBITO FISCAL DA ÚLTIMA FASE.....	181
5.3.2 ASSUNÇÃO DO ENCARGO FINANCEIRO PELO ADQUIRENTE DA MERCADORIA OU PELO TOMADOR DO SERVIÇO	182
5.3.3 DESCAPITALIZAÇÃO DO CONTRIBUINTE ADQUIRENTE	183
5.3.4 INALTERABILIDADE DO SOMATÓRIO DAS PARCELAS DO ICMS	184
5.3.5 NEUTRALIDADE DO TRIBUTO.....	185
5.4 PROPOSTA DE ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DE DESTINO COM COBRANÇA NO DESTINO..	190
5.5 DISTINÇÃO ENTRE BENEFÍCIO FISCAL E INCENTIVO FISCAL	195
5.6 POLÍTICAS DE INCENTIVOS FISCAIS	199
5.7 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	201
REFERÊNCIAS	209

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar a questão dos incentivos fiscais relativos ao ICMS diante de uma crise no federalismo brasileiro, denominada de guerra fiscal, cuja dinâmica buscamos compreender. Para tanto, tivemos de analisar as concepções precursoras da ideia de desenvolvimento por meio da industrialização, assim como investigar a existência de um direito ao desenvolvimento.

Buscamos também abordar a participação do Estado como indutor do desenvolvimento. Assim, estudamos a intervenção do Estado *no e sobre* o domínio econômico, como forma de embasar o entendimento sobre o fenômeno da guerra fiscal e a legitimidade da concessão de incentivos fiscais.

A partir desta análise robustecemos nossa convicção quanto à pertinência das políticas de incentivos fiscais para indução do desenvolvimento regional.

Demonstramos que no contexto federativo brasileiro, em que as ações de cooperação são extremamente raras, têm lugar as normas tributárias indutoras, ainda que empregadas unilateralmente pelos Estados.

No primeiro capítulo, fizemos uma abordagem do desenvolvimento na perspectiva cepalino-brasileira, buscando entender a concepção do desenvolvimento por meio da industrialização. Com esse propósito, visamos estudar a substituição das importações enquanto estratégia de desenvolvimento da América Latina.

Verificamos que a adoção dessa estratégia deveu-se à percepção da inadequação do paradigma primário-exportador para reverter a condição de subdesenvolvimento dos países latino-americanos.

Nesse percurso, tivemos oportunidade de evidenciar a falácia da teoria das vantagens comparativas, haja vista a progressiva deterioração dos termos de troca nas transações centro-periferia.

A partir desse estudo, conseguimos demonstrar que por trás dessa busca dos Estados pela atração de investimentos, notadamente de empreendimentos industriais, estão as ideias semeadas pelo estruturalismo cepalino. Nesse contexto, superar o subdesenvolvimento significa industrializar-se. Contudo, isso é uma simplificação da contribuição cepalina e, especialmente, de Celso Furtado para essa superação.

Se por um lado a industrialização tem sua relevância para o crescimento econômico, o desenvolvimento implica alterações nas relações sociais e uma efetiva distribuição dos benefícios do crescimento econômico.

Entendemos que o discurso legitimador das diversas políticas estaduais de desenvolvimento encontra, no pensamento cepalino, o seu substrato, notadamente quanto à opção pela industrialização como meio de alcançar um maior crescimento econômico e, portanto, uma melhora geral na qualidade de vida dos cidadãos, ou seja, um desenvolvimento sócio-econômico.

Ressaltamos que, nesta tese, a legitimidade tem por núcleo significativo¹ o retorno dos incentivos fiscais em termos de desenvolvimento econômico e social, motivo pelo qual distinguimos crescimento de desenvolvimento. Enfim, não basta crescer é preciso desenvolver.

No segundo capítulo, tratamos do direito ao desenvolvimento enquanto direito fundamental consagrado no âmbito internacional e implícito na Constituição brasileira de 1988. Assim, abordamos a evolução dos direitos humanos; a caracterização do direito ao desenvolvimento como direito fundamental e, em seguida, buscamos classificar esse direito como um direito subjetivo público. Com esse propósito, buscamos analisar o que vem a ser direito subjetivo e políticas públicas.

Abordamos as declarações da Organização das Nações Unidas (ONU) relativas ao direito ao desenvolvimento assim como os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil insculpidos aqueles no art. 1º e estes no art. 3º, ambos da Constituição Federal. Essa abordagem serviu para destacar a legitimidade das políticas de incentivos fiscais capitaneadas pelos Estados.

Ademais, demonstramos que o direito ao desenvolvimento carece, para a sua concretização de políticas públicas. No caso, essas políticas são os diversos programas de incentivos fiscais. Quanto à eficácia desses incentivos, demonstramos que, no Estado de Pernambuco, os mesmos acarretaram significativas melhorias econômico-financeiras.

¹ Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: 1980, *passim*. Os núcleos significativos estão associados a valores e são eles que conferem legitimidade. Quando a legitimidade é obtida dessa forma, não há que se falar em esvaziamento axiológico. Portanto, não se trata de legitimação pelo procedimento, mas o próprio procedimento é legitimado pelo contexto econômico-social, que é núcleo significativo a partir do qual essa tese aborda a concessão dos incentivos fiscais.

No bojo da análise do direito ao desenvolvimento, abordamos a relação entre desenvolvimento e liberdade.

Procuramos evidenciar que as políticas de incentivos, enquanto políticas públicas, devem ser eficientes e eficazes. Porém, destacamos que a eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica, haja vista que deve traduzir valores de diversas ordens e não apenas aqueles de cunho econômico. Nesse sentido, enfatizamos a necessária correlação entre essas políticas e a solidariedade social, necessária para alcançar o objetivo previsto no inciso I do art. 3º da Carta Magna.

Dedicamos o terceiro capítulo ao estudo da intervenção estatal *no* domínio econômico e *sobre* o domínio econômico. Com esse fim, iniciamos perquirindo o significado da expressão ordem econômica, por meio de diversas acepções dos vocábulos ordem e intervenção. Nesse capítulo, também foram estudadas as falhas de mercado e suas respectivas correções por meio da intervenção estatal. Além disso, discorremos sobre o papel do Estado enquanto agente indutor do desenvolvimento. As relações entre ordem, intervenção estatal sobre o domínio econômico, falhas de mercado e políticas de incentivos fiscais foram estudadas para explicitar que a questão da concessão de incentivos fiscais pelos Estados não está circunscrita aos aspectos tributário e financeiro, mas está inserida num contexto econômico-social mais amplo.

Destinamos o quarto capítulo à análise da guerra fiscal, abordando seu conceito, razões e consequências. Além disso, discorremos sobre a glosa de créditos pelos Estados pretensamente prejudicados por incentivos fiscais concedidos unilateralmente por outro Estado.

No quinto e último capítulo, descrevemos as principais características do Imposto sobre operações de Circulação de Mercadorias e prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de Comunicação (ICMS), as quais foram evidenciadas para que pudéssemos melhor explicar a dinâmica desse imposto e fundamentar a importância da manutenção dessas características, por ocasião de eventuais reformas do Sistema Tributário Nacional.

Propusemos uma série de medidas para tornar o ICMS menos regressivo e mais justa a distribuição dos recursos decorrentes da sua arrecadação. Desse modo, traçamos um perfil da origem das discussões sobre os incentivos fiscais e defendemos a competência tributária dos Estados relativamente ao principal imposto

brasileiro sobre consumo e a possibilidade desses mesmos Estados conduzirem suas políticas de desenvolvimento, inclusive com a possibilidade de concederem incentivos fiscais, cujo ônus deve ser suportado pelo Estado concedente da vantagem fiscal. Adotamos como referencial teórico a relação entre economia e direito², a partir da qual procedemos à identificação dos instrumentos de indução. Contudo, deixamos consignado que não seguimos os preceitos da denominada Escola da Análise Econômica do Direito, que, segundo Paulo Caliendo³, caracteriza-se pela adoção de teoria econômica e métodos econométricos para o exame do direito e das instituições jurídicas.

Nossa incursão pelo estruturalismo cepalino deveu-se, unicamente, ao propósito de situar as origens do discurso legitimador das políticas de indução do desenvolvimento com fundamento na concessão de incentivos fiscais. Portanto, sem

² Coaduna-se com essa linha o entendimento de MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. Trad. Edgard Malagodi. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1996, p. 52. (Coleção os Pensadores), para quem: “[...] na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, o contrário, é o seu ser social que determina sua consciência. Em uma certa etapa de seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que nada mais é do que a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade dentro das quais aquelas até então tinham se movido”. Assim, no ápice das relações travadas pelos homens na vida social, estariam localizadas as relações de produção, indispensáveis à obtenção dos meios de subsistência, que constituiriam a estrutura econômica da sociedade, sobre a qual repousa uma superestrutura jurídica e política. Destarte, o modo de produção da subsistência material condiciona, em geral, o processo da vida social, política e espiritual. Nesse contexto, o direito é definido como um fenômeno de superestrutura, em que a infraestrutura é constituída pelas relações de produção, que, por seu turno, envolvem, basicamente, a propriedade e os regimes de trabalho, que variam no tempo: escravidão, servidão, artesanato e assalariado. Contudo, todos esses termos implicam conceitos jurídicos, o que conduz à conclusão de que o direito está situado, também, nas relações de produção, ou seja, na infraestrutura. No entanto, como o direito situa-se tanto na infra como na supraestrutura, é merecedora de crítica a falta de precisão terminológica da tese materialista. A falha é resultado, sobretudo, do desconhecimento de que o direito procura regular os fatos sociais e não pode ser condicionado, apenas, pelo fenômeno econômico. Portanto, os aspectos sociais, políticos, religiosos, dentre outros, influem na produção normativa e não podem ser desconsiderados. Noutro giro, da tese materialista, emana, igualmente, o juízo de que o direito, por ser um instrumento da classe dominante, tem, sempre, caráter conservador. Com isso, desconsidera-se que o direito pode, também, ser um instrumento indutor de transformações socioeconômicas, aspecto relevante na pesquisa que foi desenvolvida. Assim, tomamos por princípio a função renovadora do direito, no seu viés de instrumento de mudança da realidade econômica, função esta que pode ser encontrada até mesmo na época da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, uma vez que os planos quinquenais eram disciplinados juridicamente. Dessarte, não é despropositado afirmar-se que o direito e a economia representam setores distintos, mas, estrutural e funcionalmente, interligados na vida social.

desmerecer a ciência econômica e os seus métodos, entendemos que não é pertinente estudar o direito e seus institutos sob a perspectiva de outra seara do saber.

A economia objetiva, em essência, a produção, a distribuição e o consumo dos bens destinados a satisfazer as necessidades do homem. Visa a propiciar a maior utilidade dos bens para os indivíduos a que se destinam. Em síntese, cuida da produção de bens e serviços, para que sejam atendidas as necessidades da vida social. A seu turno, o direito representa o conjunto de princípios e regras destinado a organizar a liberdade e a assegurar a coexistência pacífica.

Destacamos que alguns aspectos da vida social abrangidos por uma dessas disciplinas científicas não interessam à outra e vice-versa. Enquanto certos temas não constituem objeto direto do exame do jurista, v.g., os processos ou métodos de fabricação dos produtos, os critérios optativos entre economia de mercado e de direção *etc.*, escapam à visão do economista os fenômenos que não se revestem de expressão patrimonial, como os direitos de personalidade, as relações de caráter familiar, os fundamentos da tributação e, notadamente a perspectiva do direito ao desenvolvimento, assim como seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, em que pesem suas relações de imbricação, a economia e o direito possuem os seus antagonismos, a exemplo do existente entre o direito e a denominada Economia Pura, esta última defendida pelos impropriamente chamados de neoliberais, cuja corrente, mesmo que não externe com todas as letras esse modo de pensar, vislumbra a Economia como meio para o aumento da oferta de bens e serviços, sem um correspondente e imediato compromisso de ordem social. Como reflexo dessa postura, tem-se uma legislação casuística, instável, tecnicamente falha, destituída do propósito de preservação da coexistência social e tampouco afeta a uma questão fundamental, que é a absorção das externalidades negativas e a sustentabilidade desse desenvolvimento, ou melhor, no caso, mero crescimento.

A observação da conjuntura econômica dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento conduz o observador à constatação da importância do Estado no

³ CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 14.

domínio das relações econômico-sociais, que, para tanto, deve estar preparado para enfrentar os custos de transação⁴. Portanto, a tônica dos países subdesenvolvidos ou, como assinala W. W. Rostow⁵, dos países em fase de *take off* – arrancada para o desenvolvimento, consiste na ênfase unilateral ao desenvolvimento econômico, em detrimento de uma procura efetiva do desenvolvimento nacional, unitário, globalizante – desenvolvimento jurídico, político, social e não apenas econômico – que, em última análise, representa a finalidade precípua inclusa na vigente Constituição brasileira.

Em razão disso, a preocupação com medidas interventivas, a exemplo da adoção de tributação indutora, são vistas ou desejadas como instrumentos de “correção de rumo”.

Entendemos, assim, que a pesquisa realizada justifica-se pela relevância da redução das disparidades inter-regionais – portanto, há um viés prático, consubstanciado na possibilidade de contribuir para o aprimoramento das políticas públicas de indução ao desenvolvimento.

Além disso, a mitigação dessas disparidades inter-regionais carece de uma análise que sistematize os diversos aspectos jurídicos pertinentes ao tema, v.g., a extrafiscalidade, a renúncia fiscal, a autonomia dos entes subnacionais *versus* o poder-dever da União em zelar pelo fortalecimento da Federação.

⁴ Os custos de transação são os custos de fazer negócios ou custos de utilização do mercado, não considerando os fatores de produção ou os bens e serviços em si, mas focando a utilização dos mecanismos de produção e as trocas. A Teoria dos Custos de Transação oferece contribuição valiosa para lidar com a complexidade e as incertezas das transações entre as empresas, ao utilizarem o mercado para sua realização ou entre o ente público e o privado quanto às políticas de incentivos fiscais. O conceito de custos de transação pode e deve ser utilizado nos procedimentos de concessão de incentivos fiscais, pois os componentes geradores destes custos, decorrentes do comportamento dos agentes econômicos – a racionalidade limitada e o oportunismo -, quando da busca pelos incentivos fiscais, apresentam aspectos a serem avaliados, quando da tomada de decisão do ente público. Cf. PERES, Úrsula Dias. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. **RBGN**, São Paulo, v. 9, n. 24, p. 15-30, mai./ago., 2007. No âmbito público, o enfrentamento dos custos de transação deve ser levado a efeito por uma melhoria na sua estrutura de governança. Cf. tb. NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**. n. 1. São Paulo: MP, 2010, p. 123-141, p. 126-128. É possível falar numa “economia de custos de transação, seara teórica multidisciplinar envolvendo aspectos como economia, direito e organização que coloca o problema estrutural da economia como veementemente um problema contratual. [...] o contrato capta a dimensão intertemporal da transação, então os custos de transação passam a ser, em boa medida, os custos de realizar contratos na economia. Na seara da economia dos custos de transação, duas considerações devem ser feitas: a racionalidade e o oportunismo”.

⁵ ROSTW, W. W. **Etapas do desenvolvimento econômico**. Trad. Otávio Alves Velho. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, *passim*.

Assim, evidencia-se um viés teórico, que foi explorado na tese doutoral *pari passo* com o viés prático, consubstanciando uma contribuição acadêmica para o enfrentamento do tema pelos operadores do direito, pelos gestores públicos e pelos agentes privados.

As desigualdades regionais desafiam o jurista a propor, no âmbito do direito, medidas que contribuam para a concretização das diretrizes constitucionais.

O emprego das chamadas normas tributárias indutoras é medida eficaz na busca do desenvolvimento socioeconômico, mas necessita, ainda hoje, de uma sistematização com fulcro no direito que tenha por cerne a imbricação entre *legalidade e legitimidade*.

Ressaltamos que o correto manejo da extrafiscalidade, quando da intervenção estatal, pode ocorrer de forma eficiente e eficaz, se observadas as características do ordenamento jurídico nacional. Portanto, a pesquisa da melhor forma de o Estado intervir sobre o domínio econômico é outro aspecto que justifica a realização deste trabalho.

Quanto à guerra fiscal, esta deve ser encarada como uma patologia que afeta a Federação brasileira, na qual a ausência de uma política nacional de desenvolvimento em sintonia com as ações regionais – levadas a cabo pelos entes subnacionais - só agrava o quadro de competição intrafederação, em vez de implementar uma sinergia no esforço desenvolvimentista, assim como uma complementariedade entre as economias dos membros da Federação (economias regionais).

Por último, este estudo também se justifica pela contribuição jurídica ao deslinde da situação de conflito federativo decorrente da busca dos entes subnacionais pelo seu desenvolvimento, sem a implicação da redução substancial da autonomia dos Estados-membros.

1 UMA ABORDAGEM DO DESENVOLVIMENTO NA PERSPECTIVA CEPALINO-BRASILEIRA: NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO PARA ABORDAR A LEGITIMIDADE DA CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS

Segundo registra Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶, o vocábulo desenvolvimento entrou em voga em meados do séc. XX, a partir dos anos 1950, quando os países hoje integrantes do denominado Primeiro Mundo, incluindo o Japão, experimentaram um período de grande crescimento econômico, de progresso científico e tecnológico, de instauração de um *way of life* que prenunciava o que hoje é conhecido como pós-moderno.

Por paradoxal que seja, no período que medeia a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, o cerne das especulações era o da degenerescência ou da decadência⁷, numa conotação do paradigma historiográfico do declínio do Império Romano. Em contrapartida, no pós-Segunda Guerra Mundial, com a reconstrução da Europa e do Japão e o subjacente crescimento econômico verificado até os anos 1980, surgiu outra perspectiva e outra linguagem: o desenvolvimento, que se tornou a ideologia da época, primeiro na seara econômica e depois nos demais domínios da atividade humana.

Portanto, é a partir dessa moldura que procuramos contextualizar a abordagem do desenvolvimento na perspectiva da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL)⁸, com base, notadamente, na contribuição seminal de Raúl

⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, o justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 309.

⁷ Cf. SPEGLER, Oswald. **A decadência do ocidente**: esboço de uma morfologia da história universal. Edição condensada por Helmut Werner. São Paulo: Zahar, 1993, p.55: “Assim termina o espetáculo de uma grande cultura, esse mundo maravilhoso de deidades, artes, pensamentos, resumindo os fatos primordiais do sangue eterno, que é idêntico às flutuações cósmicas em seus eternos ciclos.”

⁸ A CEPAL é uma agência da Organização das Nações Unidas (ONU), criada com o intuito de instituir um arcabouço teórico e uma base institucional que criasse condições de desenvolvimento para os países da América Latina e do Caribe. Cf. FURTADO, Celso. **A fantasia organizada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985 e Cf. tb. POLLOCK, David H. “La actitud de los EUA hacia la Cepal”. **Revista de la Cepal**, n. 6, 2º sem. Santiago, 1978, p. 59-86. Ao término da Segunda Guerra mundial, os Estados Unidos financiaram, diretamente ou por meio das instituições oriundas da Conferência de Breton Woods- FMI, Bird -, ou ainda com a intermediação da ONU, programas de cooperação, com o objetivo de reconstrução dos países mais afetados pela guerra, v.g., o Plano Marshall, esforço direcionado para países europeus e para o Japão. Com mesma finalidade, foram criadas em 1947 as Comissões Econômicas das Nações Unidas para a Europa, Ásia e Extremo Oriente. A seu turno, vários países latino-americanos esforçavam-se para equiparar o esforço direcionado ao desenvolvimento e à industrialização à tarefa de reconstrução econômica europeia do pós-guerra, até mesmo reivindicavam um plano de cooperação externa semelhante ao Plano Marshall. Assim, por

Prebisch, assim como no pensamento de brasileiros integrantes da CEPAL, bem como daqueles que, apesar de não terem integrado essa instituição, por ela foram influenciados. É importante deixar claro que a CEPAL tinha por objetivo a fundamentação de uma análise econômica e de uma base institucional que criasse condições para que o desenvolvimento da região se firmasse de forma autônoma. Tais considerações constituem o objeto deste capítulo.

Importa esclarecer que a obra de Raúl Prebisch⁹ é reconhecidamente avessa a sistematizações, dada a profusão de argumentos e análises – grande amplitude temática –, aspecto que dificulta uma sistematização. Nesse intento, Octávio Rodríguez¹⁰ ressalta que diversas obras buscaram:

passar em revista e sistematizar os diferentes componentes do pensamento cepalino e, sobre essa base, tentar criticá-lo, assimilando quais são e de que dependem os seus méritos e as suas limitações.

Contudo, se obras como a de Octávio Rodríguez, que oferecem uma perspectiva de conjunto do pensamento cepalino, conforme a concepção vestibular de Raúl Prebisch, são por isso mesmo importantes, por outro lado, mostram-se inadequadas para inferir e abordar os aspectos importantes da produção

iniciativa do representante do Chile no conselho Econômico e Social (CES) da ONU, foi proposta a criação de uma Comissão Econômica das nações Unidas para a América Latina. Essa pretensão sofreu forte oposição do governo dos Estados Unidos, que esperava que esse mister ficasse a cargo do novel Conselho Interamericano Econômico e Social (CIES), na Organização dos Estados Americanos (OEA), onde os EUA controlariam com mais facilidade do que num órgão da ONU. Mas a necessidade de organizar as relações internacionais entre os países do centro e os países periféricos fez com que, em 25 de fevereiro de 1948, o Conselho Econômico das Nações Unidas (ECOSOC) criasse a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL).

⁹ Dentre outras obras, podemos citar: PREBISCH, Raúl. **Introducción a Keynes**. 5. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1987; PREBISCH, Raúl. El desarrollo econômico de la América Latina y algunos de sus principales problemas. In: GURRIERI, Adolfo (Org.). **La obra de Prebissch en la CEPAL**. México: Fondo de Cultura Económica, 1982, v.1, p. 99-155; PREBISCH, Raúl. Crecimiento, desequilíbrio y disparidades: interpretación del proceso de desarrollo econômico. In: GURRIERI, Adolfo (Org.). **La obra de Prebissch en la CEPAL**. México: Fondo de Cultura Económica, 1982, v.1, p. 156-247; PREBISCH, Raúl. Hacia una dinámica Del desarrollo latinoamericano. GURRIERI, Adolfo (Org.). **La obra de Prebissch en la CEPAL**. México: Fondo de Cultura Económica, 1982, v.2, p. 137-227; PREBISCH, Raúl. Cinco etapas de mi pensamiento sobre el desarrollo. El trimestre Econômico, n. 198, abr./jun., 1983, p. 1077-1096.

¹⁰ RODRIGUEZ, Octávio. **Teoria do subdesenvolvimento da CEPAL**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981, p. 15.

presbischiana-cepalina. Nesse sentido, a arguta observação de Bernardo Gouthier Macedo¹¹, para quem:

A principal insuficiência, a nosso ver, deriva da consideração implícita de que as ideias em análise constituem-se como elementos externos à realidade social e dela podem ser dissociados, pelo menos no plano analítico. Nessa concepção, a ação dos indivíduos pode influenciar a história concreta, mas com ela não se confundiria.

Esse escólio de Bernardo Gouthier, no mesmo sentido proposto por Claude Lefort,¹² destaca as limitações quando referidas às relações entre a obra de pensamento e a história de uma forma geral, relações que apresentam limites ainda mais tênues na obra de Prebisch e da CEPAL. Nesse contexto, o ponto a partir do qual ressaltamos a contribuição cepalina é o engajamento e a declarada intenção de influenciar as políticas governamentais latino-americanas, como bem esclarece Cleofas Salviano Jr.¹³. Assim, essa disposição da CEPAL em propor diretrizes e prioridades para as políticas latino-americanas é destacada, neste trabalho, com base nas fontes consultadas, tendo em vista o propósito de demonstrar os antecedentes das abordagens relativas aos incentivos fiscais.

No pós-Segunda Guerra Mundial, foram elaboradas, na América Latina, algumas teorias, com o propósito de explicar a economia da Região, assim como as relações da Região com o restante do mundo. Foram formuladas teorias que se opunham às concepções então vigentes relativas ao desenvolvimento, que buscavam explicar o capitalismo da Região à luz dos cânones verificados nos países centrais. À Teoria do Desenvolvimento formulada pela CEPAL, segundo a qual os países latino-americanos só se desenvolveriam a partir da montagem de um aparato industrial orientado pela ação do Estado, deu-se o nome de Teoria Estruturalista do Desenvolvimento Periférico, Pensamento Estruturalista, ou simplesmente Estruturalismo.

¹¹ MACEDO, Bernardo Gouthier. **As ideias de Raúl Prebisch sobre a industrialização periférica (1949-1954)**. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 1994.

¹² LEFORT, Claude. **As forças da história**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. Cf. tb. FURTADO, Celso. **A fantasia desfeita**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, p. 115.

¹³ SALVIANO Jr., Cleofas. **O discurso cepalino: ensaio de análise retórica**. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 1993, mimeo.

A Teoria do Desenvolvimento foi elaborada por um grupo de cientistas sociais latino-americanos, que, a partir da observação da forma e do momento no qual a economia da Região se articulou no mercado internacional, concluíram que o tipo de capitalismo consolidado no âmbito internacional criava e ampliava diferenciações em termos políticos, econômicos e sociais entre os países, o que findou por conformar, aqui, um sistema capitalista de produção periférico. Nesse passo, a economia dessa periferia era condicionada pela expansão e crescimento dos países desenvolvidos.

Essa percepção da condição periférica foi favorecida pela análise dos temas que estavam em voga no pós-guerra, tais como a crise do sistema colonial, que já se operava desde o fim da Primeira Guerra, e, notadamente as questões em torno das concepções de modernidade como fenômeno universal, correspondente ao pleno desenvolvimento das sociedades democráticas. Relativa a esses temas havia vasta literatura, cuja principal característica era a compreensão do desenvolvimento como a adoção de normas de comportamento direcionadas para a obtenção da máxima produtividade, geração de poupança e efetivação de investimentos que possibilitassem tanto a acumulação da riqueza individual quanto da sociedade como um todo.

Os estruturalistas, a exemplo de Raul Prebisch, Celso Furtado, Oswaldo Sunkel, Aníbal Pinto, Enzo Faletto, Fernando Henrique Cardoso e Ignácio Rangel, defendiam que a condição periférica só seria superada mediante uma modificação estrutural na base produtiva da economia. Essa modificação seria viabilizada pelo processo de substituição das importações.

Essa percepção dos estruturalistas baseava-se na constatação de que, ao longo do séc. XIX, as atividades econômicas na América Latina desenvolveram-se, quase que exclusivamente, em setores voltados para a exportação, notadamente no setor extrativista, agrícola e pecuária. Não obstante, os recursos oriundos dessas atividades pouco contribuíam para o incremento da capacidade produtiva dos países latino-americanos. Uma parcela dessas divisas era remetida para o exterior, como remessa de lucro das empresas estrangeiras que dominavam a economia e os serviços públicos; outra parte era investida no exterior pelos membros das classes possidentes, que, não raro, residiam fora dos seus países de origem; o restante era empregado no custeio das importações para satisfazer as necessidades de

consumo das populações urbanas, já que a maioria da população rural mantinha hábitos de consumo próprios de economias de subsistência.

Nesse período, o emprego do padrão-ouro¹⁴ e a adoção, por alguns países da Região, do dólar como moeda local, facilitaram o enfrentamento das oscilações do comércio internacional, permitindo um razoável equilíbrio interno e externo.

O estruturalismo, enquanto concepção para superação do subdesenvolvimento dos países latino-americanos, atingiu o máximo de prestígio durante as décadas de 1950 e 1960. Essa evidenciação temporal faz-se necessária para facilitar a compreensão do contexto econômico das relações centro-periferia. Isso porque a formulação do estruturalismo foi precedida de profundas mudanças na ordem internacional. Nesse sentido, Edilson José Gracioli e Pedro Henrique Evangelista Duarte¹⁵ registram que o pensamento estruturalista:

Postulava a partir do diagnóstico da deterioração dos termos de troca, ocasionado pela crença na lei das vantagens comparativas e pela existência, no mesmo sistema, de estruturas produtivas

¹⁴ Cf. CREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudnei. **Economia brasileira contemporânea**. 7. ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 520, “No padrão-ouro clássico, os países definiam suas moedas em termos de uma quantidade fixa de ouro, o que consagrava um regime de taxas fixas de câmbio, com base na cotação em ouro de cada uma das moedas nacionais. O padrão-ouro também impunha a existência de moedas conversíveis, ou seja, a moeda nacional poderia ser a qualquer hora e em qualquer montante convertida em ouro e, portanto, nas outras moedas nacionais, pelas taxas fixadas. Esse sistema tinha, segundo alguns autores, um mecanismo automático de correção de possíveis desequilíbrios do balanço de pagamentos. Assim, quando houvesse um déficit no balanço de pagamentos, isso sinalizaria um excesso de demandas por divisas, forçando o governo a vender suas reservas cambiais (ouro). Ao vender suas reservas, porém, o governo estaria adotando uma política monetária contracionista, o que levaria a uma recessão e a uma deflação, as quais corrigiriam o déficit no balanço de pagamentos, pois ocorreria um estímulo às exportações e um desestímulo às importações.” Cf. tb. BORDO, Michael D. **Padrão-ouro**. In: Enciclopédia de economia. HENDERSON, David R.; NEVES, João César das. (Coord.). 2. ed. Cascais :Principia, p. 419-423: “Como as taxas de câmbio eram fixas, o padrão-ouro fez com que os níveis de preços em todo o mundo evoluíssem conjuntamente. Este movimento concertado ocorreu principalmente por meio de um processo de ajustamento automático da balança de pagamentos a que se chama mecanismo de fluxo preço-espécie (*price-specie-flow mechanism*). O mecanismo funcionava da seguinte forma: suponhamos que uma inovação tecnológica traz consigo um crescimento econômico real mais acelerado nos Estados Unidos. Com a oferta de moeda (ouro) essencialmente fixa a curto prazo, verificar-se-á uma queda dos preços nos Estados Unidos. Isso levará os britânicos a exigirem mais exportações norte-americanas, e os norte-americanos a exigirem menos importações. Gerar-se-á um excedente na balança de pagamentos dos Estados Unidos, que provocará o fluxo de ouro (numerário) do Reino Unido para os Estados Unidos. A entrada de ouro aumentará a oferta de moeda nos Estados Unidos, invertendo a tendência inicial de queda de preços. No Reino Unido, a saída de ouro reduzirá a oferta de moeda, provocando assim a descida do nível de preços. O resultado líquido o equilíbrio de preços será o equilíbrio de preços entre países.”

¹⁵ GRACIOLI, Edilson José; DUARTE, Pedro Henrique Evangelista. **A nova CEPAL à luz da teoria marxista da dependência**. Disponível em: http://www.sep.org.br/artigo/1663_c16f55f53c78a2f460ea4ed46545d9.pdf. Acesso em: 22 out. 2010.

diferenciadas que estabelecem relações entre si – quais sejam, o centro e a periferia -, que seria apenas através da combinação entre estímulo à industrialização e à ampliação do mercado interno, todos orientados por políticas e ações do Estado, que os países latino-americanos conseguiriam superar a condição de subdesenvolvimento.

Na análise de Rodrigo L. Medeiros¹⁶, o estruturalismo compartilhou com a escola historicista alemã¹⁷ a crítica ao liberalismo econômico. Nesse sentido, numa releitura do economista alemão do século XIX, Friedrich List¹⁸, Ho-Joon Chang¹⁹ afirma:

¹⁶ MEDEIROS, L. Rodrigo. Teoria econômica e desenvolvimento na América Latina: revisitando o estruturalismo. **Revista Intellectus**. Ano 5. V. I, 2006, p. 2. Disponível em www2.uerj.br/~intellectus.

¹⁷ Cf. Bruce, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. 6 ed. Trad. Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Pioneira Thomas Learning, 2005, p. 196-7. “Como certas instituições econômicas da Alemanha do século XIX diferenciavam-se substancialmente das instituições britânicas, não é de surpreender que uma ideologia econômica diferente tenha surgido. As leis mercantilistas persistiram na Alemanha pelo menos até a formação do Império em 1871, muito tempo depois de terem desaparecido do cenário britânico. A concorrência e a liberdade comercial, admitidas pelos clássicos em suas análises econômicas, ficaram rigorosamente limitadas na Alemanha. Devido à grande burocracia que controlava e regulava as principais fases da vida econômica alemã, a ciência da administração pública desenvolveu-se consideravelmente. [...] A escola histórica defendia e organizava o estilo de vida alemão, questionando a importância das doutrinas clássicas econômicas da Grã-Bretanha. [...] Quatro princípios foram primordiais no pensamento dos economistas históricos alemães”. 1. Essa escola adotou uma abordagem desenvolvimentista dinâmica em sua análise da sociedade. Ademais, por perceber a sociedade em constante mudança, defendia que a doutrina econômica relevante para uma determinada economia e certo período poderia ser irrelevante para outra ou em época diversa. Assim, com essa perspectiva relativista defendia a inadequação da economia clássica para a Alemanha. 2. A centralidade da ação estatal, como indutor do desenvolvimento. Essa escola era nacionalista, ao passo que a escola clássica era cosmopolita e focada no individualismo. “A escola histórica ressaltou a necessidade de intervenção do Estado em assuntos econômicos e enfatizou que a comunidade possui interesses próprios, bem distintos dos interesses individuais.” 3. Emprego da abordagem indutiva/histórica, a partir de um estudo histórico da economia como parte de um todo integrado. Criticava as qualidades abstratas, dedutivas, estáticas, irreais e não históricas da metodologia clássica e marginalista, haja vista acreditar que seu “método histórico permitia-lhe estudar todas as forças de um fenômeno econômico, todas as facetas do comportamento econômico e não meramente sua lógica econômica”. 4. Cabia ao Estado encetar ações que acarretassem a melhoria das condições do ‘homem comum’. Essa postura fortaleceria a lealdade para com o Estado, enquanto protegia a saúde, o bem-estar e a eficiência dos operários da fábrica, além, assim esperavam, afastaria a classe obreira da ideologia socialista.

¹⁸ Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, no prefácio à edição brasileira da obra de CHANG, Ha-Joon. **Maus samaritanos: o mito do livre-comércio e a história secreta do capitalismo**. Trad. Celine Martins Ramalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Friedrich List foi o primeiro economista a criticar o liberalismo, haja vista que essa teoria econômica era utilizada como um instrumento imperialista – como uma forma de neutralizar a capacidade competitiva dos países que ainda não lograram industrializarem-se. “Em 1846, em seu clássico tratado de economia, ele percebeu que a Inglaterra usava a teoria liberal de então para ‘chutar a escada’ dos demais países e particularmente de seu próprio país, a Alemanha, que era um país rico e culto mas ainda não realizara sua Revolução Industrial. Para fazer o *catching up*, a Alemanha precisava de políticas ativas de proteção à indústria infante, mas a teoria econômica inglesa de então condenava essa prática como se Inglaterra jamais tivesse protegido e promovido sua indústria.”

¹⁹ CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: UNESP, 2004, p. 114.

Quando estavam em situação de *catching-up* (emparelhamento), os países altamente desenvolvidos protegiam a indústria nascente, cooptavam mão-de-obra especializada e contrabandeavam máquinas dos países mais desenvolvidos, envolviam-se em espionagem industrial e violavam obstinadamente as patentes e marcas. Entretanto, mal ingressavam no clube dos mais desenvolvidos, puseram-se a advogar o livre-comércio e a proibir a circulação de trabalhadores qualificados e de tecnologia; também se tornam grandes protetores das patentes e marcas registradas. Assim, parece que as raposas têm se transformado em guardiões do galinheiro com perturbadora regularidade.

Na sequência dessa abordagem histórica, necessário registrar a mudança na economia mundial, decorrente da ascensão dos Estados Unidos à condição de potência hegemônica. Enquanto a Grã-Bretanha detinha a hegemonia econômica, a inserção internacional primário-exportadora de países como Argentina e Brasil foi exitosa. Porém, quando da ascensão dos Estados Unidos à condição de potência econômico-militar, a economia internacional estava mais complexa, notadamente após o *crash* de 1929 e a consequente recessão dos anos 1930. Nesse contexto, “as elevadas barreiras alfandegárias norte-americanas, em especial a Smoot-Hawley²⁰ (1930), dificultavam outros países amortizarem com exportação empréstimos contraídos junto aos EUA”.²¹

²⁰ Cf. PARKER, Selwyn. **O crash de 1929**: as lições que ficaram da grande depressão. São Paulo: Knipel, p. 2009, p. 76-81. O senador Reed Smoot era um ferrenho opositor do livre mercado e acreditava que todo produto americano, agrícola ou fabril, merecia proteção. Registre-se, no entanto, que além de Reed Smoot, o protecionismo havia sido uma constante nos Estados Unidos, notadamente nos anos 1920. Durante a campanha presidencial, Hebert Hoover amealhou simpatizantes por haver esmiuçado a questão tarifária, com o propósito de combater os produtos estrangeiros, cuja plataforma republicana defendia que os produtores estrangeiros devido aos salários inferiores e ao custo mais baixo no exterior vendiam mais barato que os próprios americanos do campo, notadamente em Estados como o de Utah, de Reed Smoot. Mas não apenas os fazendeiros eram favoráveis à proteção tarifária. Os industriais haviam prosperado sob o manto invisível, mas sensível, que os EUA ergueram em torno dos seus portos. Logo após assumir a presidência, Hebert Hoover convocou uma sessão especial do Congresso com o propósito de majorar as alíquotas do imposto sobre produtos importados. Nesse intento foi auxiliado por Willis Hawley, resultando numa lei de consequências desastrosas, uma vez que previa a majoração das alíquotas referentes a mais de vinte mil produtos. Devido a sua abrangência, muito além do que pretendia Hoover, este passou a recear que os países parceiros comerciais dos EUA adotassem retaliações, provocando a estagnação do comércio mundial. O sistema protecionista anterior, conhecido como Fordney-McCumber, havia sido aplicado ao longo do *boom*, novas tarifas mais altas deveriam funcionar ainda melhor. Assim, em 17 de junho de 1930, Hoover sancionou o projeto de lei Smoot-Hawley, mesmo sob protestos, de mil economistas que subscreveram um abaixo-assinado, alertando que a lei prejudicaria tanto o comércio americano quanto o mundial.

²¹ MEDEIROS, L. Rodrigo. Teoria econômica e desenvolvimento na América Latina: revisitando o estruturalismo. **Revista Intellectus**. Ano 5. V. I, 2006, p. 2. Disponível em www2.uerj.br/~intellectus.

O legado teórico da CEPAL sobre a política econômica se subdividiu em duas vertentes. Numa primeira, está a percepção global da estrutura da economia mundial a partir da dicotomia centro-periferia, o que viabilizou a compreensão da especificidade do subdesenvolvimento e a superação da doutrina rostowiana²² das etapas do crescimento, que desprezava as diferenças qualitativas entre estruturas desenvolvidas e estruturas subdesenvolvidas. Como segunda vertente, está o entendimento do sistema de poder subjacente à economia mundial, cuja percepção possibilitou a explicação da tendência à degradação dos termos de troca dos produtos primários dos países periféricos pelos produtos manufaturados dos países centrais, nos termos de uma relação de dominação, que está na origem da dependência a que, num segundo momento, referiram-se os economistas latino-americanos²³.

Uma abordagem preambular para o entendimento da contribuição da CEPAL à formação de um pensamento latino-americano sobre o desenvolvimento, assim como de um pensamento brasileiro, é o reconhecimento de tratar-se da compreensão de um corpo analítico específico, aplicável a condições históricas próprias da periferia latino-americana. Assim, essa particularização da análise cepalina, em que pese o seu elevado rigor científico, muito provavelmente tem sido a causa de os compêndios internacionais (fora da América Latina) de história da

²² Cf. ROSTOW, Walt Whitman. **Etapas do desenvolvimento econômico**: um manifesto não comunista. Trad. Octávio Alves Velho. Coleção Biblioteca de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1961, *passim*. É possível decompor a história do desenvolvimento de cada economia de acordo com um determinado conjunto de etapas. Seu objetivo foi apresentar uma alternativa à teoria marxista sobre os rumos da história. Nesse passo, as etapas podem ser assim sintetizadas: 1. Sociedade Tradicional é aquela em que o nível de produção *per capita* é limitado. Essa baixa produtividade ocorre graças à baixa produtividade ocasionada principalmente pela falta de tecnologia. A produção é caracterizada por ser intensiva em trabalho, verificando-se uma utilização de limitadas quantidades de capital, cuja forma de alocação é determinada majoritariamente pelos tradicionais métodos de produção. 2. As Precondições para o Arranco é a segunda etapa do desenvolvimento. Representa a etapa de transição da Sociedade Tradicional para o Arranco propriamente dito. Passa a haver o emprego de tecnologia na agricultura e na indústria, num ambiente de expansão internacional. 3. O Arranco é o rompimento de todas as resistências ao desenvolvimento e à difusão do progresso tecnológico por toda a sociedade. Surgem novas técnicas agrícolas e industriais. A agricultura sofre um profundo processo de mudança, transformando o antigo fazendeiro no empresário agrícola. 4. A Marcha para a Maturidade representa a fase em que o crescimento da produção já supera o crescimento demográfico, verifica-se o surgimento de diversas indústrias, afora o implemento do comércio internacional. As inovações tecnológicas podem viabilizar uma redução seletiva das importações, posto que passa a ocorrer uma diversificação dos bens e serviços produzidos. 5. A Era do Consumo em Massa é a fase em que a renda *per capita* já garante, a grande maioria dos consumidores, elevado padrão de vida e a população é predominantemente urbana, nesse momento há um direcionamento do consumo para os bens duráveis. Por outro lado, a preocupação primeira deixa de ser o desenvolvimento tecnológico e surgem aspirações ao *welfare-state*.

²³ FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 25.

teoria econômica quase nada mencionarem dessas teses, verificando-se, quando muito, referências à tese da deterioração dos termos de troca e à tese estruturalista da inflação, esta desenvolvida, notadamente, por Juan Noyola e cujas bases foram lançadas em 1956.

Essa ausência foi realçada por Ricardo Bielschowsky, para quem:

Essa ausência por vezes leva a que se desconheça a força explicativa desse corpo analítico, que deriva de uma fértil interação entre, por um lado, um método essencialmente histórico e indutivo e, por outro, uma referência abstrato-teórica própria, a teoria estruturalista do subdesenvolvimento periférico latino-americano²⁴.

Registre-se que, não raro, a produção do saber é o resultado de uma inquietação, uma insurgência contra o *statu quo*. Nesse sentido, a afirmação de Celso Furtado, que bem representa a originalidade cepalina:

Cedo percebi que, se me atrevesse a usar a imaginação, conflitaria com o *establishment* do saber econômico da época. A alternativa seria reproduzir o saber convencional, que era particularmente pobre em razão de nossa dependência em matéria de saber científico. Que tenhamos nos revoltado e começado a usar a imaginação para pensar por conta própria é algo que não é fácil de explicar. Mas a verdade é que isso ocorreu no âmbito da América Latina: **passamos a identificar nossos problemas e a elaborar um tratamento teórico dos mesmos. Havia uma realidade histórica latino-americana, e mais precisamente brasileira, a captar.** A confiança em nós mesmos para dar esse salto tornou-se possível graças à emergência da CEPAL no imediato pós-guerra²⁵. (grifos nossos)

A obra seminal do estruturalismo foi *El desarrollo economico de la America Latina y algunos de sus principales problemas*²⁶²⁷, o primeiro e clássico relatório

²⁴ BIELSCHOWSKY, Ricardo. Cinquenta anos de pensamento na CEPAL – uma resenha. In: **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. V. 1. Org. Ricardo Bielschowsky. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2000, p 13-68, 16.

²⁵ FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 10.

²⁶ PREBISH, Raúl. **El desarrollo economico de la America Latina y algunos de sus principales problemas**. Santiago: CEPAL, 1949, disponível em http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/11/RECP_017_300.pdf

²⁷ Cf. LOVE, Joseph L. Raúl Prebisch and the origins of the doctrine of unequal exchange. **Latin American Research Review**., v. XV, n. 3, 180, p. 45-72, p. 57. Esse texto de Prebisch foi denominado por Albert Hirschman de “manifesto da Cepal”, numa clara alusão ao Manifesto Comunista de Marx e Engels.

apresentado por Raúl Prebisch em 1949, como presidente da CEPAL, em que o autor inova ao abordar o atraso latino-americano por meio da sistematização das seguintes perspectivas: a) o desenvolvimento desigual do capitalismo em escala global; b) a crítica à teoria do comércio internacional da economia neoclássica; e c) a visão hierárquica das relações comerciais entre o centro e a periferia do sistema econômico mundial.

Raúl Prebisch, antes de dirigir a CEPAL, foi presidente do Banco Central da Argentina no período 1935-43, o que lhe permitiu observar como agiam os países centrais. A partir dessa experiência foi adotado o controle do câmbio por meio de licença de importação e dos acordos bilaterais do tipo “compro de quem compra de mim,” com o objetivo de se contrapor às práticas dos países centrais. Essa prática se justificava, uma vez que Prebisch havia constatado que a elasticidade renda da demanda²⁸ era inferior a 1 (um) para os produtos primários, ao passo que era superior a 1 (um) para os manufaturados. Logo, mesmo que num dado momento a Argentina – país primário-exportador – experimentasse um aumento no nível de renda, essa elevação acarretaria um deslocamento da demanda para produtos de maior valor agregado, provocando o estrangulamento do seu balanço de pagamentos. Noutras palavras, a deterioração dos termos de troca era causa do endividamento externo de diversos países periféricos²⁹.

Por sua vez, Celso Furtado³⁰ ratificava o diagnóstico de Raúl Prebisch, porém destacava que a questão fundiária era parte do problema, ou seja, a estrutura da propriedade – o latifúndio primário-exportador concentrador de renda – impedia o desenvolvimento industrial latino-americano, uma vez que impedia a expansão dos mercados internos dos países da Região, bem como contribuía para os surtos

²⁸ Cf. SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economia**. 12 ed. Trad. Manuel F. C. Mira Godinho. Lisboa: 1990, p. 470-471. “A elasticidade da procura indica o grau de sensibilidade da quantidade procurada a alterações de preço de mercado. A elasticidade divide-se, numa perspectiva qualitativa, em três categorias alternativas: 1. Quando um corte percentual em P provoca um significativo aumento percentual em Q, crescendo efectivamente a receita total, diz-se que a procura é elástica. 2. Quando uma diminuição percentual em P é exactamente compensada por um aumento percentual em Q, de modo que a receita total ($P \times Q$) se mantenha rigorosamente inalterada, diz-se que a elasticidade é unitária. 3. Quando uma diminuição percentual em P provoca um aumento percentual tão reduzido em Q que a receita total ($P \times Q$) diminui, diz-se que a procura é rígida ou inelástica.”

²⁹ MEDEIROS, L. Rodrigo. Teoria econômica e desenvolvimento na América Latina: revisitando o estruturalismo. **Revista Intellectus**. Ano 5. V. I, 2006, p. 3. Disponível em www2.uerj.br/~intellectus.

³⁰ A influência do latifúndio, ou seja, a terra como sistema de poder, é abordada por Celso Furtado nas seguintes obras: **A fantasia organizada**. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, *passim*;

inflacionários, decorrentes de sucessivas desvalorizações cambiais, provocadas por déficits nos seus balanços de pagamentos. Nesse ponto, pode-se vislumbrar a opção estruturalista pela industrialização, haja vista o maior valor agregado dos produtos manufaturados. Destacamos, no entanto, que essa opção, baseada na constatação da deterioração dos termos de troca, era oposta à formulação das vantagens comparativas de David Ricardo³¹.

Ainda seguindo essa linha de “apresentação” do pensamento cepalino, é mister destacar a abordagem da dependência, em especial na perspectiva de Fernando Henrique Cardoso e de Enzo Faletto e, principalmente, o estruturalismo de Celso Furtado.

Como visto, neste tópico procuramos traçar uma perspectiva histórica do pensamento econômico “cepalino-brasileiro”, porém sem descurar do viés mais social que econômico da interpretação das causas do subdesenvolvimento e da importância de sua superação, entendendo por superação não apenas atingir metas econômico-financeiras, mas, acima de tudo, representar inclusão social e efetiva melhoria das condições de vida da população. Não obstante, não se pode olvidar que o advento do golpe militar de 1964, no Brasil, ao qual se seguiram movimentos similares em diversos países da Região, provocou uma transmutação no papel exercido até então pelo pensamento cepalino, que assumiu, a partir daí, uma posição secundária entre as correntes que influenciavam as economias latino-

Formação econômica do Brasil. Edição comemorativa: 50 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

³¹ Cf. RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação**. Trad. Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural, 1982, *passim*. Cada país naturalmente se especializa nos ramos em que tem maiores vantagens, isto é, em que seus custos de produção são menores do que os de seus parceiros. Na divisão internacional do trabalho, cada país apresenta vantagens naturais (solo, clima, minério etc.) ou artificiais (mais capital acumulado, melhor infraestrutura), que determinam os produtos que podem ser obtidos com menor custo. Dessa maneira, os grandes beneficiados pelo comércio internacional são os consumidores dos países importadores, pois podem dispor de produtos do mundo inteiro pelos menores preços. A essa abordagem dá-se o nome de Teoria das Vantagens Comparativas. Cf. Bruce, Stanley L. *História do Pensamento Econômico*. 6 ed. Trad. Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Pioneira Thomas Learning, 2005, p. 115-6. David Ricardo defendia o livre mercado, baseado nos ganhos de eficiência decorrente de um sistema de comércio perfeitamente livre, em que cada país naturalmente emprega seu capital e seu trabalho nas atividades em que são mais eficientes e, portanto, que lhes são mais benéficas. Não obstante, essa busca de vantagem individual está conectada/imbricada com o bem universal de todos. Assim, a indústria é estimulada, a criatividade premiada e, com a utilização mais eficaz dos atributos concedidos pela natureza, ocorre a distribuição mais eficiente de trabalho. Como consequência, há um incremento geral de produção que beneficia e une a sociedade universal do mundo civilizado. Essa teoria dos custos – ou vantagens – comparativas é o que determinava que o vinho fosse produzido na França ou em Portugal, o milho cultivado na América e na Polônia, enquanto as ferramentas e outros bens fossem fabricados na Inglaterra.

americanas. Essa posição secundária não decorreu das insuficiências desse pensamento, mas, especialmente, em virtude da ação repressiva e da clara opção internacionalizante – noutros tempos, denominada de “entreguista” – dos principais governos da América Latina.

A partir de meados da década 1960, a teoria cepalina começou a ser intensamente contestada, já que os objetivos almejados pelo processo de industrialização não foram alcançados. Assim, robusteceram-se as dúvidas quanto à capacidade do modelo para superar a condição subdesenvolvida. Nessa época, o pensamento estruturalista entrou em crise, tendo em vista sua incapacidade de solucionar os problemas dos países latino-americanos, em um contexto adverso, com a perda do dinamismo da economia internacional e com a eclosão dos regimes militares por todo o continente.

Nesse ponto da exposição, é importante registrar, e eis a razão desse tópico, que as políticas estaduais de concessão de incentivos fiscais com o Imposto sobre as operações de Circulação de Mercadorias e sobre as prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de Comunicação (ICMS) seguem a concepção estruturalista quanto à opção pela industrialização. Porém, por não se aprofundarem nos ensinamentos cepalinos e, portanto, repetindo os mesmos equívocos da industrialização da década de 1970, não logram alcançar o aspecto positivo desse pensamento, que é a inclusão social.

A crise do estruturalismo cepalino provocou o surgimento de novas teorias que, apesar de partirem do mesmo ponto de análise dos cepalinos, propuseram uma interpretação diversa do processo de formação de economias subdesenvolvidas e periféricas na América Latina. Essas ideias protagonizaram, a partir de então, os debates acadêmicos nos países da Região, que se erigiam a partir da contestação das concepções da CEPAL.

Um dos corolários desses debates, ou seja, uma vertente teórica oriunda desse período, foi a Teoria da Dependência, gestada num ambiente de superação do processo de substituição de importações e de emergência do processo de integração da economia mundial, intermediado pela hegemonia norte-americana.

1.1 A SUBSTITUIÇÃO DAS IMPORTAÇÕES COMO ESTRATÉGIA DE DESENVOLVIMENTO NA AMÉRICA LATINA

É usual enfatizar-se o alto peso relativo do setor externo nas economias primário-exportadoras, dando destaque ao papel desempenhado por suas duas variáveis básicas: as exportações, enquanto variável exógena responsável pela geração de importante parcela da renda nacional e pelo crescimento; e as importações, como fonte flexível de suprimento dos vários tipos de bens e serviços necessários ao atendimento de parte apreciável da demanda interna.

Em qualquer economia aberta, constata-se a importância do setor externo. Nesse diapasão, a correta avaliação do setor externo nas economias periféricas requer a análise do papel que historicamente esse setor desempenhou nas economias centrais. Ao realizar essa avaliação, restarão manifestas algumas das características principais do modelo sob análise³².

O setor externo foi relevante no processo de desenvolvimento europeu, tendo desempenhado, fundamentalmente, as mesmas duas funções anteriormente citadas. Não obstante, mesmo mantendo um alto nível de abstração, é possível observar diferenças qualitativas substanciais na maneira de atuar desse setor num e noutro tipo de economia.

Procedendo-se ao cotejamento da atividade exportadora, em ambos os tipos de economia, é possível verificar que, nas economias centrais, conquanto as exportações representassem um importante e dinâmico componente da formação da renda nacional, sem o qual não se podia explicar a sua expansão, não lhe cabia a exclusiva responsabilidade pelo crescimento da economia. Por isso constata-se a significativa presença do mercado interno, com o corolário de uma melhor distribuição de renda. A essa variável exógena, acrescia-se uma variável endógena de grande importância, qual seja, o investimento autônomo acompanhado de inovações tecnológicas. Assim, a conjunção dessas duas variáveis, interna e externa, viabilizou uma simultaneidade entre o aproveitamento das oportunidades do mercado externo e a diversificação e integração da capacidade produtiva interna.

³² TAVARES, Maria da Conceição. Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil. In: **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. V. 1. Org. Ricardo Bielschowsky. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2000, p 217-238, 219.

No entanto, diferentemente do que ocorria nos países centrais, na América Latina não só as exportações eram praticamente o único componente autônomo do crescimento da renda, como também o setor exportador representava o centro dinâmico de toda a economia.

De ordinário, o desenvolvimento do setor exportador deu lugar a um processo de urbanização mais ou menos intenso ao longo do qual se iam estabelecendo as chamadas indústrias de bens de consumo interno (tecido, calçado, vestuário, móveis etc.), indústrias estas tradicionais, de baixo nível de produtividade, presentes em quase toda a América Latina, que surgiram no bojo do próprio modelo exportador. No entanto, o que importa destacar é o fato de que essa reduzida atividade industrial, juntamente com o setor agrícola de subsistência, era insuficiente para conferir à atividade interna um dinamismo próprio. Faltavam, portanto, a inovação tecnológica e o mercado interno como elementos dinamizadores da economia e viabilizadores de uma melhor distribuição de renda e da inclusão social. Destarte, o crescimento econômico ficava basicamente atrelado ao comportamento da demanda externa por produtos primários, dado o caráter dependente e reflexo das economias latino-americanas.

Noutro giro, o papel exercido pelas importações era qualitativamente distinto, como distinta a sua estrutura. Nesse sentido, afirma Maria da Conceição Tavares³³:

Nas economias abertas centrais, as importações destinavam-se, basicamente, a suprir as necessidades de alimentos e matérias-primas que as suas constelações de recursos naturais não lhes permitiam produzir internamente de maneira satisfatória. Já nas nossas economias, além de termos, em maior ou menor grau, de resolver esse mesmo problema, as importações deviam cobrir faixas inteiras de bens de consumo terminados e praticamente o total dos bens de capital necessários ao processo de investimento induzido pelo crescimento exógeno da renda. Assim, o papel do setor externo como mecanismo de ajuste entre estruturas de demanda e produção interna assume também um caráter marcadamente diverso, em grande parte responsável pela subsequente mudança de desenvolvimento.

³³ TAVARES, Maria da Conceição. Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil. In: **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. V. 1. Org. Ricardo Bielschowsky. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 221.

É importante dizer que o problema central do denominado crescimento “para fora”³⁴, característico das economias periféricas, a exemplo da brasileira, está vinculado à divisão internacional do trabalho, decorrente do próprio processo de desenvolvimento das economias centrais e do qual decorria, para os países periféricos, uma divisão do trabalho social diametralmente oposta daqueles.

Quanto aos países desenvolvidos, não havia, como não há, uma separação nítida entre a capacidade produtiva destinada a atender aos mercados interno e externo. Nesse sentido afirma Maria da Conceição Tavares:

Não é possível distinguir um setor propriamente exportador: as manufaturas produzidas são tanto exportadas quanto consumidas em grandes proporções dentro do país e a especialização com vistas ao mercado externo se faz antes por diferenciação de produtos do que por setores produtivos distintos³⁵.

Contudo, a realidade latino-americana é marcada por uma divisão nítida do trabalho social entre os setores externo e interno da economia. O setor exportador era – e continua a ser – um setor bem definido da economia, geralmente de alta rentabilidade econômica, especializado em um ou poucos produtos dos quais apenas um ínfimo percentual é consumido internamente. Em contraposição, o setor interno, de baixa produtividade, era essencialmente de subsistência, e apenas atendia parte das necessidades de alimentação, vestuário e habitação da parcela da população monetariamente incorporada aos mercados consumidores.

Compondo esse cenário, encontrava-se uma elevada concentração da apropriação dos recursos naturais, assim como uma concentração do capital, notadamente no setor mais produtivo, o exportador, o que dava lugar a uma distribuição de renda marcadamente desigual. Disso decorria que a maioria da população ficava à margem do mercado – os zeros econômicos –, ao passo que as

³⁴ A partir de sua concepção da existência de uma diferenciação originária no plano internacional entre os países centrais e os periféricos, Paúl Prebisch apresentava, como etapas ou fases do desenvolvimento dos países periféricos, o desenvolvimento “para fora” e o desenvolvimento “para dentro”. Essa abordagem baseia-se na premissa de que o desenvolvimento deriva de uma trajetória histórica singular, de sorte que a industrialização da periferia, necessariamente, teria que trilhar trajetórias diversas daquelas percorridas pelos países centrais.

³⁵ TAVARES, Maria da Conceição. Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil. In: **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. V. 1. Org. Ricardo Bielschowsky. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 221.

classes de altas rendas apresentavam níveis e padrões de consumo similares aos dos grandes centros europeus e em grande parte atendidos por importações.

1.2 A MUDANÇA DO PARADIGMA PRIMÁRIO-EXPORTADOR

No período compreendido entre 1914 e 1945, as economias latino-americanas foram sendo abaladas por crises sucessivas no comércio exterior, decorrentes de guerras e depressões. A crise prolongada dos anos 1930, no entanto, pode ser encarada como o catalisador para a mudança do paradigma primário-exportador. A brutal queda na receita de exportação provocou uma redução de cerca de 50% (cinquenta por cento) na capacidade de importação da maioria dos países latino-americanos, a qual, depois da recuperação, não voltou, em regra, aos níveis anteriores à crise.

Em que pese o impacto sobre o setor externo das economias latino-americanas ter sido severo, essas economias não entraram em depressão prolongada, como sucedeu com as economias centrais. A gravidade do desequilíbrio externo fez com que a maioria dos governos adotasse um conjunto de medidas com o objetivo de proteger o mercado interno dos efeitos da crise externa. Essas providências consistiram, essencialmente, em restrições e controle das importações, tais como: elevação da taxa de câmbio³⁶, compra de excedentes, financiamentos de estoques, aumento da carga tributária nas operações de importação – mediante imposto de importação -. Todas essas medidas foram adotadas visando antes a defesa contra o desequilíbrio externo do que o incentivo ao mercado interno. Não obstante, e por corolário, o processo de industrialização desencadeado a partir de então apoiou-se na renda interna decorrente daquela política. Nesse sentido, Maria da Conceição Tavares preleciona:

Tendo-se mantido em maior ou menor grau o nível de demanda preexistente e reduzido violentamente a capacidade para importar, estava desfeita a possibilidade de ajuste *ex ante* entre as estruturas de produção e de demanda interna, através do comércio exterior. O reajuste *ex post* se produziu mediante um acréscimo substancial dos preços relativos das

³⁶ O que encarece as importações e barateia as exportações.

importações, do que resultou um estímulo considerável à produção interna substitutiva.

Inicialmente utilizando e mesmo sobre utilizando a capacidade existente foi possível substituir uma parte dos bens que antes se importavam. Posteriormente, mediante uma redistribuição de fatores e, particularmente, do recurso escasso, as divisas, utilizou-se a capacidade para importar disponível com o fim de obter do exterior os bens de capital e as matérias-primas indispensáveis à instalação de novas unidades destinadas a continuar o processo de substituição³⁷.

Ocorreu, nesse interregno, um declínio temporário das exportações, em grande medida decorrente da exacerbação do protecionismo nos países centrais nos anos 1930, assim como uma modificação na composição das importações, com a compressão das não essenciais em favor das de bens de capital e de insumos necessários ao processo de industrialização interno.

Aspecto que merece registro é que as transformações da estrutura produtiva circunscreveram-se, basicamente, ao setor industrial e atividades conexas, sem modificar, de modo sensível, a condição do setor primário, inclusive as atividades tradicionais de exportação. Por outro lado, os novos setores dinâmicos apareceram e se expandiram no âmbito restrito dos mercados nacionais, o que determinou a limitação do novo modelo, ou seja, o seu caráter “fechado”. Em síntese, o “processo de substituição das importações” pode ser entendido como um processo de desenvolvimento “parcial” e “fechado” que, respondendo às restrições do comércio exterior, procurou replicar de forma célere, em diversas coordenadas de tempo e espaço, a experiência de industrialização dos países desenvolvidos.

1.3 ACEPÇÕES DA EXPRESSÃO *SUBSTITUIÇÃO DE IMPORTAÇÃO* E A DINÂMICA DESTE PROCESSO

“Substituição de importação(ões)” é um termo empregado em múltiplas acepções. Não raro, é empregado numa acepção simples e literal, significando a

³⁷ TAVARES, Maria da Conceição. Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil. In: **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. V. 1. Org. Ricardo Bielschowsky. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2000, p.223.

redução ou desaparecimento de determinadas importações, substituídas pela produção interna. Assim empregado, disfarça a natureza do fenômeno retrotranscrito e induz a uma compreensão equivocada da dinâmica do processo em comento. A bem da verdade, o termo “substituição de importação”, utilizado para designar o novo processo de desenvolvimento dos países subdesenvolvidos, é pouco feliz porque dá a impressão de que consiste em uma operação simples e limitada de retirar ou diminuir elementos da pauta de importações para substituí-los por produtos nacionais. Assim, numa situação limite, ter-se-iam eliminadas todas as importações, isto é, ter-se-ia uma autarquia. Em veemente argumentação contra o equívoco, pronuncia-se Maria da Conceição Tavares³⁸:

Nada está tão longe da realidade, porém, quanto esse *desideratum*. Em primeiro lugar, porque o processo de substituição não visa diminuir o *quantum* de importação global; essa diminuição, quando ocorre, é imposta pelas restrições do setor externo e não desejada. Dessas restrições (absolutas ou relativas) decorre a necessidade de produzir internamente alguns bens que antes se importavam. Por outro lado, no lugar desses bens substituídos aparecem outros e à medida que o processo avança isso acarreta um aumento da demanda derivada por importações (de produtos intermediários e bens de capital) que pode resultar numa maior dependência do exterior, em comparação com as primeiras fases do processo de substituição.

Assim, ressaltamos a impropriedade de uma interpretação estrita do termo “substituição de importações”, haja vista que, quando se substituem produtos finais, aumenta-se, em consequência, a demanda por insumos básicos e produtos intermediários – nem todos necessariamente produzidos no país -, pagam-se serviços técnicos e de capital etc. Na verdade, a produção de um determinado bem apenas “substitui” uma parte do valor agregado que antes se gerava fora da economia doméstica. Isso pode até mesmo aumentar, em termos dinâmicos, a demanda derivada de importações em grau superior à economia de divisas que se obteve com a produção substitutiva.

³⁸ TAVARES, Maria da Conceição. Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil. In: **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. V. 1. Org. Ricardo Bielschowsky. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2000, p.223.

A dinâmica do processo de desenvolvimento pela via de substituição de importações implica uma paulatina redução quantitativa da dependência econômica do exterior e uma alteração qualitativa dessa dependência.

1.4 ANÁLISE DA SUBSTITUIÇÃO DAS IMPORTAÇÕES POR CELSO FURTADO E THEOTÔNIO SANTOS

Numa abordagem introdutória da questão do desenvolvimento dos países periféricos, é oportuno registrar que o subdesenvolvimento foi, inicialmente, a característica das economias em que o aumento da produtividade decorria, de forma precípua, de vantagens comparativas criadas pela expansão internacional da procura de produtos primários. Por outros signos, a evolução da procura, gerada pelo sistema global, abria a via para elevações significativas de produtividade, mediante a especialização geográfica.

Essa espécie de incremento de produtividade podia ser obtida com um mínimo de modificações nas técnicas de produção ou com modificações significativas mais localizadas sob a forma de “enclave” (caso da produção mineira). Deste modo, quando do surgimento do sistema de divisão internacional do trabalho, certos países – os que se industrializavam – se desenvolviam, especializando-se em setores nos quais o progresso tecnológico penetrava com rapidez, e outros se desenvolviam especializando-se em atividades em relação às quais seu conjunto de recursos representava vantagem. Numa e noutra situação, sob o prisma estático de análise, a teoria das vantagens comparativas fornecia a explicação para o fenômeno do desenvolvimento³⁹. Contudo, assim, preleciona Celso Furtado:

As relações entre países “cêntricos” e “periféricos” eram, contudo, muito mais complexas do que sugere esse tipo de análise. Um aspecto fundamental, em geral deixado na sombra, é que os países “periféricos”, ao especializarem-se, transformavam-se em importadores de *novos bens de consumo*, fruto do progresso tecnológico nos países “cêntricos”. Ora, o aumento de produtividade média nos países “periféricos” não se traduzia, conforme vimos em

³⁹ FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 255.

aumento significativo da taxa de salário; mas esse aumento de produtividade trazia necessariamente elevação dos gastos em consumo e modificação qualitativa do padrão de vida da minoria proprietária e dos grupos urbanos profissionais burocráticos. **Dessa forma, desenvolvimento (ou melhor, progresso na concepção vulgar) passou a confundir-se com importação de certos padrões culturais, ou seja, modernização dos estilos de vida**⁴⁰. (grifos nossos)

Celso Furtado, com a agudeza de sua análise, evidenciou a falácia que é a identificação de desenvolvimento com importação - no sentido de imitação e não de transação de comércio exterior - de padrões culturais, visto que, subjacente a essa “importação”, está um processo de alienação do “importador” e de exclusão social do “não importador”. Assim, prossegue esse autor:

A formação de um grupo social (cuja importância relativa varia, mas que raramente passa de um décimo da população) com padrões de consumo similares aos de países em que ocorria a revolução tecnológica definiu-se como elemento determinante da forma do desenvolvimento “periférico”, ou seja, apoiado no sistema de divisão internacional do trabalho. A significação desse fato aparece quando se tem em conta que existe uma correspondência estreita entre o nível médio de gastos dos membros de uma coletividade, de um lado, e o grau de acumulação de capital por pessoa empregada e o avanço das técnicas produtivas do outro. Essa correspondência nem sempre é visível, se se limita a observação a um país subdesenvolvido, pelo simples fato de, neste, os bens consumidos pela minoria rica são quase sempre importados. Mas, que ocorrerá quando esses bens tenham de ser produzidos no próprio país? **A “Substituição de importações” tenderá a assumir a forma de fabricação local dos artigos que antes eram importados para consumo dos grupos dirigentes e proprietários**⁴¹. (grifos nossos)

Registra Celso Furtado⁴² que a industrialização antecedente à crise de 1929 não favorecera a formação de sistemas econômicos nacionais capazes de produzir (autogerar) o próprio crescimento. Isso porque as atividades manufatureiras tendiam a dispersar-se geograficamente, seja porque complementavam as atividades de exportação, seja, ainda, porque o sistema de transporte atendia, de preferência, às

⁴⁰FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 256.

⁴¹ Ibidem, p. 256.

⁴² FURTADO, Celso. **Transformação e crise na economia mundial**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 183.

necessidades do comércio externo⁴³. O cerne das atividades manufatureiras era constituído por indústrias de acabamento de artigos de consumo importados sem quaisquer vínculos entre si, ou seja, não havia uma sinergia das “forças produtivas”, ou seja, a preocupação com a formação de *clusters*.

Como decorrência do contínuo decrescer da capacidade de importar, muitas dessas unidades industriais foram forçadas a reduzir suas atividades, em que pese considerável parcela ter buscado encontrar, ou produzir, substitutivos locais para alguns dos componentes importados. Assim, aumentava-se o valor agregado interno por unidade produzida. Portanto, onde a atividade industrial logrou reagir à recessão imposta do exterior, ela assumiu a forma de “substituição de importações”. Celso Furtado⁴⁴ assinala que:

O processo “substitutivo de importações” já estava muito avançado quando, no final dos anos quarenta, realizou-se na CEPAL o primeiro esforço sistemático de análise e interpretação da industrialização latino-americana. Pareceu então evidente que a industrialização que, a partir dos anos trinta, se vinha realizando com vigor em alguns países latino-americanos constituía um caso especial, pois se moldava por uma demanda preexistente, tornada insatisfeita pela redução da capacidade de importar.

A análise da CEPAL⁴⁵ teve o mérito de não considerar a industrialização latino-americana uma “anomalia”, um desvio do princípio das vantagens comparativas, e sim um caso singular de diversificação das estruturas produtivas em face de condições externas sobremodo adversas. Quando veio à baila essa reflexão, já havia a convicção de que o critério de substituição de importações era insuficiente, sendo necessário um esforço deliberado, com o fim de complementar a estrutura industrial e antecipar as consequências no plano social da importação indiscriminada

⁴³ Infraestrutura direcionada para atender às necessidades do comércio externo, em detrimento das necessidades inerentes à ampliação do mercado interno. Ademais, nesse contexto, por comércio externo deve-se entender o comércio com os países centrais, tendo em vista que não havia, como ainda hoje pouco há, uma infraestrutura para o comércio entre os países latino americanos. Ressaltamos que, praticamente, não há ligação – por rodovia, ferrovia, fluvial – com os países que fazem fronteira com o Brasil no lado oeste, nem ligação com o pacífico.

⁴⁴ FURTADO, Celso. **Transformação e crise na economia mundial**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 183-184.

⁴⁵ Em 1951 a CEPAL introduziu o conceito de produtividade social e alertou para a possibilidade de antinomia entre a racionalidade da empresa e do conjunto do sistema econômico, assim como para as projeções dessa antinomia no que diz respeito à obsolescência dos equipamentos e à seleção de tecnologias. Esses conceitos embasaram o trabalho *Introducción a la Técnica de Programación*, que foi divulgado na Conferência da CEPAL de maio de 1953.

de inovações técnicas. Alertava a CEPAL para o fato de que a industrialização tardia⁴⁶ da América Latina acarretava uma gama de problemas que demandavam uma abordagem de conjunto apenas possível no âmbito de um plano de desenvolvimento.

A abordagem da CEPAL evidenciava que os países especializados na exportação de uns poucos produtos primários e que nesse cenário haviam começado a industrializar-se “estavam submetidos a pressões de balança de pagamentos com raízes estruturais, o que se traduzia numa elasticidade-renda da demanda de manufaturas importadas muito superior à unidade⁴⁷.” Assim, fora das fases de rápido crescimento econômico das exportações, havia a necessidade de:

aceitar a subutilização da capacidade produtiva ou agir sobre o conjunto dos investimentos com vistas a reduzir a elasticidade-renda da demanda de importações. A simples interação das forças dos mercados não produzia o mesmo efeito pois os sinalizadores de rentabilidade privilegiam os investimentos de curto prazo. Cabe, portanto, ao Estado um importante papel na orientação dos investimentos e no financiamento destes. Na mesma linha de pensamento admitia-se que, uma vez consolidado o sistema industrial, com base no mercado interno, abria-se a possibilidade de diversificar as exportações e superar a fase primário-exportadora. A integração regional foi considerada como uma antecipação nesse esforço visando a reabrir as economias ao exterior⁴⁸.

Os estudos da CEPAL concentraram-se nas políticas capazes de viabilizar o processo de industrialização, buscando superar os obstáculos ao desenvolvimento. Suas propostas de políticas preservavam, contudo, as estruturas de poder existentes. Isso se deveu ao fato de que o desenvolvimento industrial da América Latina se tornara dependente do setor exportador, justamente por intermédio do processo de substituição de importações.

Se é verdade que esse processo foi resultado de uma condicionante histórica, também o é que depois passou a ser sistematizado em níveis teórico e conceitual.

⁴⁶ A industrialização tardia, assim como o capitalismo avançado, produzem “ecos” sentidos em diversas searas do saber, a exemplo de FEITOSA, Raymundo Juliano. Tendências fiscais nos países de capitalismo avançado. **Revista Tributação & Desenvolvimento**. Ano 4. n. 1. Recife: Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, julho, 2002, p.55-63, ao analisar as reformas tributárias nos países de capitalismo avançado, cotejando as cargas tributárias dos países membros da OCDE.

⁴⁷ FURTADO, Celso. **Transformação e crise na economia mundial**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.185.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 185.

No bojo dessas considerações, deve-se trazer à colação os registros que Theotônio dos Santos faz a respeito das contribuições de André Gunder Frank e de Celso Furtado, ambos com o objetivo de sistematizar o conhecimento sobre o tema:

Ele foi resultado de algo que André Gunder Frank assinalou com muita ênfase em seus estudos sobre a América Latina: as dificuldades geradas pelas crises globais do capitalismo mundial. Em particular, a crise de 1929 teve um efeito limitante sobre o comércio mundial, que na época caiu cerca de 50%, o que provocou a diminuição das importações da região.

Celso Furtado também mostrou como a política de financiamento dos estoques de café no Brasil manteve a renda média do país durante a crise de 1929 e, portanto, a demanda interna. Em outros países, buscou-se ao máximo preservar o poder de compra. Criou-se assim um protecionismo espontâneo, consequência da crise mundial, que viabilizou o desenvolvimento da indústria nacional, a qual passou a substituir grande parte dos produtos que se importavam anteriormente⁴⁹.

Digno de registro é o fato de que as duas Guerras Mundiais foram causas restritivas das importações, mas, ao mesmo tempo, estímulo às exportações. Portanto, constituíram conjunturas propícias à substituição das importações.

Theotônio Santos chama atenção para as crises do século XIX, que não lograram induzir o processo de industrialização, haja vista o incipiente estágio de desenvolvimento manufatureiro da América Latina, o que inviabilizou o aproveitamento das circunstâncias favoráveis. Por oportuno, traz-se à colação o seguinte registro:

As grandes expansões econômicas mundiais nas décadas de 1850-60 e no período 1895-1914 vão reestruturar fortemente a economia de nossa região a favor das exportações de produtos agrícolas e matérias primas demandadas pela economia europeia (e, posteriormente, também a norte-americana), em plena expansão.

O fenômeno da substituição de importações surgiu como resultado das crises do comércio mundial e começou a ser objeto de sistematização teórica e política na década de 1930, quando, em artigo muito importante no Boletim do Ministério da Indústria, Comércio e Trabalho, Roberto Simonsen – o grande historiador econômico e líder industrial brasileiro – o descreveu pela primeira vez⁵⁰.

⁴⁹ SANTOS, Theotônio. **A teoria da dependência**: balanço e perspectivas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p.81-82.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 82.

A partir do que foi relatado, é fácil inferir que o processo latino-americano, em especial o brasileiro, de industrialização, com lastro na substituição de importações, resultou num crescimento industrial acentuadamente dependente das divisas oriundas das exportações. Assim, em algumas situações, essas divisas foram radicalmente expropriadas dos exportadores e apropriadas pelo Estado com o fim de servir ao processo de industrialização.

Particularmente no caso brasileiro, em que a estatização do comércio exterior se consolidou na década de 1930, apropriando-se o Estado das divisas obtidas com as exportações – divisas obtidas em moedas fortes: libras, dólares, francos etc. -, pagando aos exportadores em moeda nacional, acarretando um confisco cambial⁵¹. Assim, mais uma vez é oportuno trazer o registro de Theotônio dos Santos⁵², para quem:

Essa política foi objeto da reação latifundiária e comercial exportadora, que denunciava o chamado “confisco cambial”. A política cambial passou a definir o valor da moeda nacional diante das moedas internacionais, por intermédio das taxas de câmbio diferenciadas e administradas, gerando um profundo efeito sobre a riqueza do setor exportador. **Este recebia em moeda nacional o resultado das suas exportações e era obrigado a comprar no mercado interno seus produtos de consumo e nele realizar seus investimentos.**

A articulação estrutural entre a sobrevivência do setor exportador e a industrialização vai configurar uma aliança política muito própria dos países latino-americanos, nos quais encontramos uma política de sobrevivência do latifúndio apoiada na burguesia industrial. **Esta ficou limitada em sua dimensão revolucionária, tendo de abandonar a perspectiva de uma confrontação com as oligarquias tradicionais e de uma distribuição de renda no**

⁵¹ Confisco cambial é a compra de cambiais de exportação abaixo da cotação de mercado. Essa prática representou uma importante fonte de recursos para o Estado, que não necessitava recorrer às emissões ou ao aumento de impostos. Ademais, as taxas múltiplas de câmbio representavam um meio de combater a inflação, sem o emprego de quotas ou de licenças prévias de importação, com as mazelas decorrentes da adoção dessas medidas. No governo de Getúlio Vargas, foi editada a Instrução 70 da SUMOC, cuja elaboração contou com a contribuição de Eugênio Gundin. Este, quando ministro da Fazenda do governo de João Café Filho, empregou largamente o confisco cambial, disciplinado pela citada Instrução. Contudo, o seu sucessor no Ministério da Fazenda, José Maria Witaker, ferrenho opositor dessa medida, denunciava o confisco cambial como um crime, uma expropriação, escrevendo o artigo “Aplicação dos ágios”, publicado em 11 de maio de 1954, no Diário de São Paulo, em que mostrava as repercussões financeiras do confisco em relação às receitas dos cafeicultores, nos seguintes termos: “..., desprezando as frações, o valor médio do dólar, o café nas licitações é de Cr\$ 50,00 – Cr\$ 23,00 para o lavrador e Cr\$ 27,00 para o governo. Sem exagero, é espantoso”. Cf. WITACKER, José Maria. **O milagre de minha vida**. São Paulo: Hucitec, 1978.

⁵² *Ibidem*, p. 83.

campo que gerasse um mercado interno mais significativo. Ela não foi capaz de vender meios de produção e produtos de consumo para a massa camponesa e assim aumentar a capacidade produtiva dos países pela expansão de sua demanda interna. Criou-se, em consequência, um bloqueio estrutural ao desenvolvimento econômico da região. (grifos nossos)

O pensamento cepalino – em grande medida tributário da burguesia industrial – não ficou indiferente a essa limitação estrutural, tendo em vista que a CEPAL buscou alternativas que não afetassem a questão agrária e que permitissem expropriar recursos do latifúndio, por meio de intervenções estatais, sem, contudo, chegar ao enfrentamento. Entre esses mecanismos destacam-se a inflação, que viabiliza uma política de preços relativos favoráveis ao setor industrial e, como já mencionado, a nacionalização das divisas e a política cambial.

A crua e dura realidade é que, se por um lado, a hegemonia do setor exportador era um obstáculo ao processo de industrialização, de outro, era necessário extrair excedente do setor exportador para dedicá-lo ao industrial. Com esse propósito, foram utilizados desde mecanismos como a inflação, viabilizadores de uma política de preços relativos mais favoráveis ao setor industrial urbano, passando pela intervenção direta do Estado.

1.5 A TEORIA DA DEPENDÊNCIA: PARA ALÉM DA EXPLICAÇÃO E JUSTIFICATIVA DO *STATU QUO*. A EVIDENCIAÇÃO DO SUBDESENVOLVIMENTO COMO CONSEQUENCIA DOS TERMOS DE TROCA NAS TRANSAÇÕES CENTRO-PERIFERIA

A Teoria da Dependência é uma das maiores construções intelectuais da segunda metade do século XX no plano das ciências sociais⁵³. Até o seu advento,

⁵³ Cf. MARTINS, Carlos Eduardo; VALENCIA, Sotelo Adrián. **Teoria da Dependência, neoliberalismo e desenvolvimento**: reflexões para os 30 anos da teoria. Disponível em www.pucsp.br/neils/downloads/v7_sotelo.pdf. Acesso em 10 out. 2010. A Teoria Dependência aborda uma temática eminentemente latino-americana que, em decorrência de exílios e da presença de um regime de exceção no Brasil, chegou-nos tardiamente e de maneira, muitas vezes, deformada e incompleta. Poucos são os enfoques teóricos que na América Latina comemoram tantos anos de existência, notadamente quando muito desses anos são de perseguições e turbulências políticas, que dificultam a acumulação de pesquisas e de sistematizações. Não obstante, acumulou-se uma base

primava a Teoria do Comércio Internacional, que naturalizava as relações, impostas pelo colonialismo, entre o centro e a periferia do capitalismo, consolidadas na passagem da fase imperialista.

Os estudos sobre o desenvolvimento foram incrementados no pós-Segunda Guerra Mundial, em decorrência, sobretudo, do progressivo, e no mais das vezes, conflitivo processo de descolonização então verificado.

A maioria das nações do globo, muitas delas emergindo à vida independente, passou a tomar consciência do abismo que as separava de um grupo de países que concentravam riqueza material e conhecimento técnico-científico. As tensões que isso provoca nas relações internacionais levaram o organismo encarregado de discipliná-las – a Organização das Nações Unidas (ONU) – a incentivar a elaboração de teorias destinadas a explicar e justificar essas disparidades.

Foi neste contexto que surgiram as comissões econômicas regionais, com destaque para a CEPAL, cujo modelo explicativo para o subdesenvolvimento, fiel ao padrão da ONU, considerava-o como uma etapa prévia ao desenvolvimento econômico pleno e – no que ia além do que pretendia a ONU – um resultado das transferências de recursos no âmbito das transações econômicas internacionais.

A Chave dessas transferências, que descapitalizariam a região e deprimiriam as condições de vida de suas populações, seria a troca de bens com baixo valor agregado, essencialmente matérias-primas, por bens de maior valor agregado, de origem industrial. Em consequência, a CEPAL preconizava uma política de industrialização, assegurada por um mercado protecionismo estatal. Sobre essa base, começariam a se resolver os problemas sociais e a instabilidade política que caracterizam os nossos países.

Reinando absoluta nos anos de 1950, a teoria desenvolvimentista da CEPAL foi posta em xeque quando, em princípios de 1960 e, após um grande esforço de industrialização, os países latino-americanos mergulharam em uma grave crise econômica, que não tardou em dar lugar a perturbações políticas. **Foi nesse contexto que surgiram as ditaduras militares, que se davam como objetivo resolver os problemas econômicos à custa das liberdades políticas. E foi também quando, insistindo sobretudo nos problemas financeiros e tecnológicos criados pela desnacionalização de nossas economias, se constituiu a teoria da dependência⁵⁴.** (grifos nossos)

empírica e conceitual que permitiu captar muito da especificidade da integração latino-americana e brasileira ao capitalismo internacional e das nossas formas de desenvolvimento.

⁵⁴ MARINI, Ruy Mauro. Desenvolvimento e dependência. In: TRASPADINI, Roberta; STEDILE, João Pedro (Orgs.). **Ruy Mauro Marini: vida e obra**. São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 221-235, p. 222.

Após a desmistificação que a CEPAL havia feito dessa teoria e da crise dos Estados nacionais, com as ditaduras militares na América Latina e a internacionalização acelerada de suas economias, os teóricos da dependência lançaram-se a desvendar a natureza do desenvolvimento possível, assim como os obstáculos para as formações periféricas do capitalismo.

As economias latino-americanas que se integraram ao mercado internacional, por meio do esforço exportador, conseguiram crescer graças ao impulso dinâmico da demanda externa e, em certa medida, lograram diversificar-se. “Da mesma maneira, a estrutura dessas sociedades diferenciou-se em ritmo lento ainda que contínuo. Novos grupos sociais foram-se constituindo ao lado dos que se vincularam mais diretamente à economia exportadora, agregando, dessa forma, aspectos novos ao enfrentamento de interesses econômicos e políticos⁵⁵.”

Assim, é um equívoco pensar que, durante o século XIX, período em que se consolidou o modelo de desenvolvimento baseado na exportação de produtos primários, só houve predomínio dos setores agrários, mineiros ou pecuários. Não só a possibilidade de formação das economias exportadoras implicou também a criação de setores financeiros e mercantis importantes, como propiciou, até mesmo, – em maior ou menor grau, segundo diferentes países – o surgimento dos primórdios de uma economia urbano-industrial:

Dessa forma os movimentos sociais, as orientações e alianças políticas que faziam viável o sistema exportador desde o século XIX, expressavam as estratégias de distintos grupos vinculados em formas variáveis ao processo produtivo: como latifundiários, capitalistas agrários, exploradores de minas, comerciantes, banqueiros etc. Para a compreensão das mudanças ocorridas, no período que chamamos “de transição”, que parece evidente que tiveram significação estratégica as formas específicas que assumiram as relações entre esses grupos em cada país. Com efeito, por “período de transição” entender-se-á o processo histórico-estrutural em virtude do qual a diferenciação da própria economia exportadora criou as bases para que, na dinâmica social e política, comessem a fazer-se presentes, além dos setores sociais que

⁵⁵ CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**: ensaio de interpretação sociológica. 8 ed. ver. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 73.

tornaram possível o sistema exportador, também os setores sociais imprecisamente chamados “médios”⁵⁶.

Se por um lado Fernando Henrique Cardoso⁵⁷ apontava, já nos anos setenta, para o caminho da interdependência – ou da internacionalização subordinada –, Ruy Mauro Marini⁵⁸, Gunder Frank, Vânia Bambirra, Theotônio dos Santos⁵⁹, entre outros, faziam da análise da dependência um instrumento de compreensão do tipo de desenvolvimento possível para as sociedades periféricas e das contradições agudas do capitalismo na América Latina.

Numa época em que o capitalismo internacional se encontra numa fase de hegemonia do capital financeiro, a dependência assume novas formas. Num contexto de transferências de recursos patrocinadas pelo capital especulativo, pelos processos de privatização dos patrimônios públicos nacionais e pela desregulação, torna-se a dependência um dos mecanismos centrais para a compreensão dos processos de acumulação e as contradições contemporâneas do capitalismo.

1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

1. A Teoria do Desenvolvimento surgiu, na América Latina, a partir da percepção, por parte de um conjunto de teóricos, de que, ao observar a forma e o momento no qual a economia da Região se articulava, chegou à conclusão de que o tipo de capitalismo consolidado em termos mundiais gerava e ampliava diferenciações em termos políticos, econômicos e sociais entre os países, do que decorreu, na Região, um sistema capitalista de produção periférico, no qual a economia dessa periferia era condicionada pela expansão e crescimento dos países desenvolvidos (centrais).

⁵⁶ CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**: ensaio de interpretação sociológica. 8 ed. ver. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 73-74.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ MARINI, Ruy Mauro. **Dialéctica de la dependencia**. 10 ed. Era: México, 1990.

⁵⁹ SANTOS, Theotônio. **A teoria da dependência**: balanço e perspectivas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

2. Apesar dos países latino-americanos terem se lançado de forma irrestrita no processo de industrialização, esse processo não logrou a implementação das bases de um capitalismo autônomo na Região, como o que ocorreu nos países centrais. Como decorrência, surgiram outras interpretações que se contrapunham à perspectiva da Teoria do Desenvolvimento, uma das quais foi denominada de Teoria da Dependência, que se contrapôs ao desenvolvimentismo e considerava que o capitalismo era uma estrutura excludente, concentradora e desigual, cuja lógica de acumulação produz o desenvolvimento de determinadas economias ao tempo em que acarreta o subdesenvolvimento de outras.

3. A Teoria da Dependência pode ser entendida como um estágio posterior, ou seja, a superação do processo de substituição de importações, tendo em vista a mudança no cenário internacional, a partir de então, caracterizado pela progressiva integração mundial, capitaneada pela nova potência hegemônica, os Estados Unidos. Sob as luzes dessa teoria, desenvolvimento e subdesenvolvimento deixaram de ser tratados como etapas do processo capitalista, para serem vistos como fenômenos ao tempo antagônicos e complementares.

4. Como a elasticidade renda da demanda era inferior a 1,0 (um) para os produtos primários exportados pelos países periféricos, ao passo que era superior a 1,0 (um) para os produtos manufaturados importados pelos países latino americanos, mesmo que houvesse um incremento no nível de renda, esse plus era direcionado para a importação de produtos de maior valor agregado exportado pelos países centrais. Portanto, esse círculo vicioso acarretava os seguintes problemas:

- a) desequilíbrio do balanço de pagamentos dos países latino americanos;
- b) modelo primário-exportador não permitia a formação de uma poupança nacional que viabilizasse a realização de investimentos em infra-estrutura e na melhoria das condições socioeconômicas;
- c) deterioração dos termos de troca, à medida que deprimia os preços dos produtos primários, inflava os preços dos produtos manufaturados;
- d) substituição das importações, como proposta para a reversão desse quadro, ou seja, buscou-se dificultar a importação de alguns produtos que passaram a ser produzidos internamente. Não obstante, essa prática apresentou como efeito colateral a necessidade de importar uma gama de produtos, a exemplo de bens de

capital, insumos, partes e peças não produzidas localmente. Assim, substituir importação representou, em determinadas situações, incrementar as importações totais.

5. A solução dos problemas socioeconômicos pela via da industrialização tinha como um dos grandes obstáculos a ser superado a questão fundiária. Isso porque o latifúndio primário-exportador impedia a ampliação dos mercados internos dos países da Região, haja vista ser concentrador de renda. Logo, sem um mercado interno desenvolvido não havia demanda para os produtos industrializados nacionais. Além do diminuto mercado interno, esses produtos industrializados enfrentavam a concorrência dos produtos industrializados produzidos nos países centrais, com economia de escala, acesso facilitado aos mercados e protegidos por barreiras tarifárias, por subsídios, além de, em geral, apresentarem melhor qualidade em virtude do domínio tecnológico.

6. O modelo primário-exportador demandava constantes desvalorizações cambiais para sua viabilização, com os subjacentes surtos inflacionários.

7. A crise do Estado keynesiano evidenciou que o modelo industrializante apresentava enormes limitações, e que não era suficiente para a superação da condição de dependência. As políticas de atração de investimentos, notadamente industriais, que dão ensejo à guerra fiscal são baseadas nessa concepção keynesiana. Porém, não levam em conta as questões federativas, nem o fato de que não ocorreu a superação da dependência. Enfim, essas políticas não constituem o caminho para a superação dessa dependência, que não se confunde com interdependência, uma vez que configura relações entre iguais, aquela representa submissão.

8. A industrialização decorrente do processo de substituição das importações não implicou uma apropriação de renda pela classe trabalhadora, mas mimetização do padrão de consumo dos grupos urbanos e da tecnoburocracia em relação ao padrão dos países centrais. *Mutatis mutantis* é o que ocorre atualmente com a industrialização decorrente da guerra fiscal.

9. O processo de substituição das importações foi uma reação às restrições do comércio exterior, mediante a tentativa de replicar a experiência de industrialização dos países desenvolvidos. Não obstante, os novos setores dinâmicos da economia nacional não lograram êxito no mercado externo, motivo pelo qual sua expansão ocorreu no âmbito do limitado mercado interno. Por outro lado, as transformações da estrutura produtiva ocorreram, essencialmente, no setor industrial e nas atividades conexas, sem conseguirem influir nas atividades tradicionais de exportação, haja vista o consumo em nível de subsistência associado às áreas sob influência dessas atividades tradicionais.

10. As políticas de incentivos fiscais adotadas pelos Estados brasileiros, por meio do Imposto sobre as operações de Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), apesar de serem lastreadas no pensamento cepalino – no que pertine à opção pela industrialização -, dele se aparta por não vislumbrarem a industrialização numa perspectiva nacional. Nesse contexto, os esforços desses entes subnacionais perdem em eficiência, uma vez que ensejam uma espécie de leilão às avessas, para atração de investimentos, consubstanciado na denominada guerra fiscal, verdadeira guerra de lugares no dizer de Milton Santos.

2 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: DIREITO FUNDAMENTAL CONSAGRADO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

2.1 ORIGENS E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A concepção atual de direitos humanos é decorrente da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural⁶⁰. Essas ideias convergiram para um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do Estado e de suas autoridades, assim como a consagração dos princípios seminais da igualdade e da legalidade.

Durante a evolução da doutrina dos direitos humanos, vários de seus aspectos foram contestados, a exemplo do caráter de indeterminação e excesso de individualismo, além da ausência de um valor jurídico real de seus preceitos, que representariam meros anseios e não direitos. No entanto, as diversas críticas contribuíram paradoxalmente para o aprimoramento e desenvolvimento dos direitos humanos, consubstanciados como o reconhecimento de direitos sociais, econômicos e culturais; de direitos de solidariedade, e a integração⁶¹ destes às liberdades clássicas.

A partir da segunda metade do século XX, os direitos humanos adquiriram o caráter de universalidade e de dinamismo. Caráter de universalidade que tem por esteio a compreensão da comunidade internacional da relevância do reconhecimento e da proteção desses direitos; caráter de dinamismo decorrente do seu imenso potencial de inovação diante de mudanças sociais, econômicas, políticas e tecnológicas, que vêm se produzindo internacionalmente, correspondendo, assim, a uma reivindicação universal, o que os transmuda numa realidade jurídica.

⁶⁰ Direitos naturais são direitos pré-positivos enquanto os direitos humanos são suprapositivos.

⁶¹ Cf. MARIE, Jean-Bernard. Direitos humanos. In: **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Jean André Arnaud (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 273, "A faculdade de integração ilustra o dinamismo de um conceito em constante evolução, cujas contradições e ambiguidades persistentes, longe de miná-los, encorajam permanentemente o progresso".

Contudo, apesar da preocupação com a consagração dos direitos humanos e, assim, com a proteção do valor da pessoa humana, persistem situações que contribuem para sua degradação e contínua violação, em detrimento de longa conquista histórica, ao que Celso Lafer⁶² denomina de “ruptura” ou de crise dos direitos humanos, nos seguintes termos:

A análise da ruptura – o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu “estado totalitário de natureza”. Este “estado totalitário de natureza” não é um fenômeno externo, mas interno à nossa civilização, geradora de selvageria, que tornou homens supérfluos sem lugar no mundo.

Os direitos fundamentais lastreiam a criação e a manutenção dos pressupostos de uma vida com liberdade e condizente com a dignidade humana. Nessa linha, o magistério de Paulo Bonavides⁶³, segundo o qual:

[...] a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humanas, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirão, sem óbices, ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou, pela primeira vez, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Essa vinculação entre direitos fundamentais, liberdade e dignidade humana é encontrada, também, nos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho⁶⁴, a exemplo do seguinte escólio de seu *paper* denominado “Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais”, a saber:

⁶² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 118.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 516.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 105-106. O *paper* “Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais” corresponde ao capítulo dois desse livro.

É talvez um *leitmotiv* ultrapassado aquele que serve de húmus de fundamentação, de moralidade e de reflexividade aos desenvolvimentos subsequentes, na nossa “constituição essencial” (em sentido rawlsiano) assume carácter primário o *esquema relacional* entre direitos, liberdade e garantias e direitos económicos, sociais e culturais. De um modo simples, pode dizer-se que, na generalidade, os direitos e liberdades individuais são indissociáveis dos *referentes* económicos, sociais e culturais. O paradigma da *liberdade igual*, razoável e racionalmente estruturado em termos de uma *justiça* ou de uma *moralidade* normativo-constitucionalmente plasmada, pressupõe uma ordem *jurídico-constitucional de reciprocidade*. E esta ordem assenta, sem subterfúgios, em ideias já intensamente trabalhadas pelos movimentos sociais: direito à vida e integridade física, mas também direito a cuidados e prestações asseguradoras de corpo e espírito sãos; direito à inviolabilidade de domicílio, mas também direito a “ter lar”; direito à liberdade de escolha de profissão, mas também direito a ter um posto de trabalho. (os grifos constam do original)

J. J. Gomes Canotilho considera que a estrutura jurídica desses direitos fundamentais está associada com a “reserva dos cofres financeiros”, pois esses direitos sociais, económicos e culturais são bastante onerosos, demandando muito dinheiro público – recursos orçamentários. Por sua vez, registra que a ideia da “reserva dos cofres financeiros ou reserva das caixas financeiras” foi formulada por Peter Häberle para evidenciar que os direitos económicos, sociais e culturais dependem da capacidade financeira do Estado, se e na medida em que eles sejam direitos e prestações custeadas pelos cofres públicos⁶⁵. A partir dessas considerações, a “reserva do possível”⁶⁶ logra centralidade dogmática, motivo pelo qual J. J. Gomes Canotilho busca responder à questão: o que significa, na realidade,

⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 106.

⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 103-110: “A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Equivale a ‘reserva democrática’, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador. Não se confunde com a expressão ‘reserva do orçamento’, à qual pode se incorporar se a pretensão ao direito social vier a ser concedida pelo Legislativo. [...] A ‘reserva do possível’ não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa. [...] Subordinada à chamada reserva do possível, a implementação de direitos sociais depende de reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos.”

a “reserva do possível”? Com esse propósito, assevera que a reserva do possível significa⁶⁷:

1. a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados;
2. a *tendência para zero* da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais;
3. a *gradualidade* como dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros;
4. a *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

Porém, complementa o referido autor, que, se há uma dose de verdade em cada uma dessas afirmações, deve-se relativizá-las, uma vez que não se deve aceitar, de forma acrítica, alguns dogmas contra os direitos sociais, porquanto o recorte jurídico-estrutural de um direito não pode nem deve confundir-se com a questão do seu financiamento. Nesse aspecto, é de se observar que o direito ao desenvolvimento requer, para sua concretização, que o Estado aplique recursos financeiros e, portanto, como os demais direitos sociais, ficam a depender dessas dotações orçamentárias.

Os direitos expressos na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 eram, por assim dizer, direitos naturais, considerando sua universalidade, visto que relativos a todos os homens e não restrito aos franceses.

O tema revolucionário francês, *liberdade, igualdade e fraternidade*⁶⁸, como que indicava o percurso para a inserção, na ordem jurídica positiva de cada povo, dos conteúdos materiais relativos a esses postulados. Assim, os direitos fundamentais passaram, na ordem jurídica, a apresentar-se em gerações que se sucederam, tendo por norte uma nova universalidade, qual seja, a universalidade material e concreta, em certa medida uma contraposição da universalidade abstrata e, por assim, metafísica inerente ao jusnaturalismo do século XVIII.

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 107.

⁶⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Edipro, 1997, p. 7. Os valores da liberdade e da igualdade estão imbricados ao longo da história, assim como no pensamento político, enquanto “a fraternidade pertence a outra linguagem, mais religiosa que política”.

Na primeira geração, os direitos ressaltam, na ordem dos valores políticos, a nítida separação entre a sociedade e o Estado. São os direitos da liberdade, os primeiros a integrarem a normatização constitucional; são os direitos civis e políticos, que privilegiam o indivíduo – homem-singular – e suas liberdades abstratas. Segundo Celso Lafer⁶⁹, “os direitos humanos de primeira geração baseiam-se numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista”. Disso se infere que as liberdades clássicas nasceram em reação ao absolutismo, delimitando a esfera de liberdade que o Estado deve respeitar, abstendo-se de intervir, exceto para proteger essa esfera, motivo pelo qual Norberto Bobbio⁷⁰ denomina os direitos de primeira geração de “liberdades”.

Os direitos fundamentais de segunda geração são prevalentes no século XX, assim como os de primeira geração o foram no século XIX. Naqueles, o foco desloca-se do individual para o coletivo, como fruto da reflexão antiliberal em reação ao liberalismo exacerbado. Os direitos de segunda geração estão visceralmente relacionados com a isonomia, que fundamenta toda essa geração e domina o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial, tendo recebido os influxos do marxismo e da social-democracia, destacando-se a Constituição de Weimar.

Essa segunda geração de direitos humanos, conquista do movimento operário em alguns países ou, em outros casos, concessão dos Estados capitalistas⁷¹, guarda uma relação com o Estado diversa daquela existente com os denominados “direitos-faculdades”, uma vez que requerem intervenção estatal ativa para sua efetivação, sendo, por isso, denominados de “poderes”, “direitos-créditos” ou “direitos-participação”, visto que foram positivados no Estado Providência, com o objetivo de transformar direitos meramente formais em direitos materiais, assumindo o Estado o papel de devedor de ações positivas.

Os direitos fundamentais de terceira geração, como que num processo de emancipação do homem, vieram acrescentar-se aos direitos relativos à liberdade e à igualdade, tendo como fundamento a fraternidade, despertada pela consciência da distância abissal que separa as nações desenvolvidas das subdesenvolvidas. Esses

⁶⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 126.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 74.

⁷¹ Cf. ROBERTS, Bryan R. A dimensão social da cidadania. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 3, ano 12, fev. 1997, p. 5-22.

direitos não têm como desiderato a proteção do indivíduo, de uma coletividade ou mesmo de um determinado Estado. Seu mister é o gênero humano.

Essa consciência histórica de novos desafios referentes não mais à liberdade e à igualdade, mas em especial à qualidade de vida dos povos e à solidariedade, levou ao surgimento de um conjunto de direitos que têm se desenvolvido no âmbito internacional, tendo sido enunciados em sucessivas reuniões da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco), englobando o direito à paz, cuja elaboração ocorreu a partir do Pacto Internacional das Nações Unidas de 1966 e da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao meio ambiente, o direito ao patrimônio comum da humanidade em relação ao fundo do mar e seu subsolo, o direito à comunicação e o direito ao desenvolvimento.

Os direitos de terceira geração são concebidos como direitos de titularidade coletiva, ou seja, são direitos difusos⁷², cujos sujeitos são grupos humanos como os povos, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade. Não obstante, Ana Paula Teixeira Delgado⁷³ ressalta que alguns autores não consideram esta geração de direitos transindividuais como direitos humanos, por entenderem que não há um valor jurídico real e que estes direitos podem colidir entre si. Não obstante, esses direitos complementam direitos humanos já consagrados, contemplando reivindicações da época moderna, caracterizada por transformações sociais, econômicas, políticas e tecnológicas, que repercutem na vida humana nos âmbitos global e regional.

Em contraposição a esses autores que não reconhecem a importância dos direitos de terceira geração, Antônio Cançado Trindade⁷⁴ entende que esses direitos contribuem para a salvaguarda da pessoa humana e que o seu surgimento acompanha a evolução dos povos, em decorrência das diversas transformações, ao afirmar que:

Estes novos direitos não restringem, mas sim ampliam, aprimoram e fortalecem o *corpus* de direitos humanos já reconhecidos: revelam novas dimensões de implementação

⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1988, p. 59.

⁷³ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 80.

⁷⁴ TRINDADE, Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 58.

dos direitos humanos e contribuem a clarificar o contexto social em que todos se inserem. Além disso, levantam um desafio: o da necessidade de expandir e enriquecer até mesmo o nosso próprio universo jurídico-conceitual, de repensar todo o direito em face da complexidade das novas relações jurídicas que se apresentam, para fazer face às novas exigências de proteção do ser humano na esfera global e para estabelecer as bases de um futuro comum da humanidade, com as correspondentes obrigações *erga omnes*.

Os direitos de quarta geração são o direito à democracia, o direito à informação e ao direito ao pluralismo (alteridade).

Ao analisar os processos de afirmação dos direitos humanos, deve-se destacar que não ocorreu uma dinâmica invariável desses direitos, mas que eles surgiram em decorrência da vontade do legislador⁷⁵, em coordenadas de tempo e espaço variáveis, à medida das novas necessidades e anseios dos povos. Por essa razão é que direitos aparentemente fundamentais em épocas pretéritas revelam-se historicamente relativos, como destaca Celso Lafer⁷⁶, ao afirmar que:

Neste ângulo, o problema acabou se colocando como o da razoabilidade dos direitos do homem na história, não se tratando conseqüentemente, nas palavras de Groce, de demandas eternas, senão apenas de direitos históricos, manifestação das necessidades de tal ou qual época e intentos de satisfazer estas necessidades.

As categorias de direitos humanos apresentam um relação de imbricação entre si, razão pela qual a emancipação da pessoa humana deve ser buscada por meio da implementação mais eficaz e uniforme não apenas das liberdades clássicas, mas dos direitos sociais, econômicos e de solidariedade como um todo.

2.2 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

⁷⁵ Considerando que a positivação faz com que o direito seja classificado como fundamental.

⁷⁶ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 124.

No âmbito internacional, a Declaração da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento⁷⁷ assim preconiza:

Art. 1º

1.O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Art. 2º

1.A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.

Essa resolução elucidou questões concernentes aos sujeitos ativo e passivo, ao fundamento jurídico e ao conteúdo do direito ao desenvolvimento como um processo econômico, social e político abrangente, que objetiva a melhoria das condições de vida de todas as pessoas. Por esse motivo, estabelece que os diversos aspectos do direito ao desenvolvimento são indivisíveis e interdependentes. Assim, restringir esse direito à vertente econômica acabaria por deturpá-lo, numa equivocada identificação do direito ao desenvolvimento com o direito ao crescimento econômico, em detrimento de suas dimensões sociais, culturais, políticas e ambientais.

⁷⁷ Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. NACIONES UNIDAS. **Resolución 41/128: Declaración sobre El Derecho al Desarrollo**. Disponível em

<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/502/78/IMG/NR050278.pdf?OpenElement>>.

Acesso em 16 abr. 2009.

O direito ao desenvolvimento foi ratificado na Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, na Declaração de Viena, de 25.6.1993, em seu art. 10: "10. *The World Conference on Human Rights reaffirms the right to development, as established in the Declaration on the Right to Development, the human person is the central subject of development*.[...]". UNITED NATIONS. **Vienna Declaration and Programme of Action**. Disponível em:

<[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument)>.

Acesso em 16 abr. 2009. Além dessa ratificação, foram propostas medidas para a realização deste direito, por meio da cooperação internacional, incluídas aí a redução da dívida externa que atinge a maioria dos países do Terceiro Mundo e os esforços contra a pobreza absoluta. Afora isso, essa Conferência trouxe importantes avanços conceituais no tocante à preocupação internacional com os direitos humanos, ponderando questões relativas à universalização desses direitos; à sua indivisibilidade; à proteção dos grupos voluntários; ao diálogo entre governos e organizações não governamentais; ao direito ao desenvolvimento e à relação entre desenvolvimento, a democracia e os direitos humanos.

Cf. ALVES, J. A. Lindgreen. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. 30, O aspecto novo e essencial que inspira todo o documento é essa relação entre desenvolvimento, democracia e direitos humanos.

A multiplicidade das dimensões associadas ao direito ao desenvolvimento requer a capacitação das pessoas, albergando aspectos como educação, ciência e tecnologia, justiça social, participação política e fortalecimento das instituições democráticas, os quais, em conjunto, constituem estratégias de combate à pobreza e ao subdesenvolvimento.

Essa titularidade do direito ao desenvolvimento, conferida pela Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (1986) à pessoa humana – direito proclamado como inalienável – fez com que a pessoa humana deixasse de ser vista como mero fator de produção e passasse a ocupar uma posição central no processo de desenvolvimento. Afora isso, a declaração situa como sujeito ativo ou beneficiário do direito ao desenvolvimento os povos, razão pela qual este direito também seria concebido como direito de titularidade coletiva, ou, ainda, como direito difuso. A titularidade passiva, em consonância com a declaração, é dos Estados⁷⁸.

O fato de existirem normas internacionais que, de forma explícita, reconhecem o direito ao desenvolvimento⁷⁹ como um direito humano retira o tema do âmbito da suposição para fixá-lo no âmbito da normatividade jurídica. Assim, as normas internacionais conferem-lhe um caráter jurídico evidente, uma vez que estabelecem os sujeitos, o conteúdo e o fundamento jurídico. Desse modo, resta evidente a qualificação do desenvolvimento como direito humano. Ademais, segundo Jean Carlos Dias:

[...] mesmo que não houvesse qualquer disposição nesse sentido, o direito seria operante na medida em que a condição digna determina a possibilidade de evolução na satisfação das necessidades básicas inerentes à própria vida, gerando, assim, pela interdependência o reconhecimento dessa categoria de direito humano⁸⁰.

⁷⁸ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51-112.

⁷⁹ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 ed. rev. e ampl. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 894. O direito ao desenvolvimento é definido por Z. Haquini como “um conjunto de princípios e regras no fundamento dos quais o homem, enquanto indivíduo ou membro do corpo social (Estado, nação, povo...) poderá obter, na medida do possível, a satisfação das necessidades econômicas, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e no livre desenvolvimento de sua personalidade”.

⁸⁰ DIAS, Jean Carlos. O direito ao desenvolvimento e o princípio da capacidade contributiva. In: **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Org. Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 173.

Esse escólio está em consonância com o fato de ser a dignidade da pessoa⁸¹ humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal. Assim, quando da indução ao desenvolvimento no seu viés econômico, não se deve perder de vista o princípio redistributivo, que atribui ao Estado a incumbência de redistribuir riquezas, notadamente, por meio da universalização de serviços. Portanto, o Estado “deve basear sua gestão (inclusive no campo econômico) em valores e não em objetivos econômicos”⁸².

Quanto ao princípio redistributivo, trazemos à baila o magistério de Ricardo Lobo Torres, que estabelece a distinção entre os princípios da distribuição e da redistribuição de rendas, conforme segue:

Há que se distinguir entre os princípios da distribuição e da redistribuição de rendas.

O princípio da redistribuição de rendas é de natureza orçamentária. Leva em conta simultaneamente as vertentes da receita e da despesa, ao fito de transferir renda dos mais ricos para os mais pobres e miseráveis. Opera sob a consideração da justiça por transferência, particular subprincípio da justiça distributiva. [...]

O princípio da distribuição de rendas afeta a vertente da receita e da imposição tributária. Não se preocupa com as transferências, mas com a tributação de acordo com a capacidade contributiva e com a justa mensuração, a fim de evitar a concentração de rendas⁸³.

[...] A justiça distributiva opera pela distribuição de bens e serviços públicos a quem deles carece, pela entrega de prestações financeiras (subvenções sociais, imposto de renda

⁸¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62. A dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. Cf. tb. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 115-136, p. 125, “a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas. [...] O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de fins últimos de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada.”

⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social. **Revista de Direito Público da Economia**. a. 1, n. 1. Belo Horizonte, 2003, p. 15-44, jan./mar., p. 25-26.

⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. II. Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 348.

negativo etc) e pelo financiamento de programas de saúde e de assistência⁸⁴.

Merece registro o fato de não constar do Título⁸⁵ II da Constituição do Brasil um dispositivo expresso que reconheça o desenvolvimento como um direito fundamental. Mas sob o aspecto teleológico, assiste razão a Gilberto Bercovici⁸⁶, para quem:

A Assembleia Constituinte de 1987-1988 buscou estabelecer um Estado Democrático de Direito voltado à melhoria das condições de vida da maioria da população. A Constituição de 1988 contém em seu texto as bases de um projeto nacional de desenvolvimento, em que torna possível a reestruturação do Estado brasileiro para conduzir as transformações sociais necessárias para a superação do subdesenvolvimento.

Portanto, num primeiro momento, poder-se-ia argumentar que o direito ao desenvolvimento não seria um direito fundamental, já que direito fundamental é o direito humano positivado, quer em instrumentos internacionais de natureza normativa, a exemplo dos tratados e das convenções, quer nas constituições dos Estados, em que a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais residiria no grau de concreção positiva. É nessa direção o magistério de J.J. Gomes Canotilho⁸⁷, para quem apenas são considerados direitos fundamentais os que se encontram reconhecidos nas constituições e, por conseguinte, são capazes de produzir consequências jurídicas no âmbito interno.

Todavia, no art. 5º, que trata dos direitos e garantias individuais na Constituição Federal de 1988, estão assegurados direitos que, embora não explicitados, são corolários do regime, dos princípios ou instrumentos internacionais de que o Brasil seja parte. Nessa perspectiva, infere-se que o direito ao desenvolvimento foi

⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. V, 2. ed. ver. e atual. O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 216.

⁸⁵ TÍTULO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 9.

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p.353.

constitucionalmente albergado mediante a positivação de alguns dos seus efeitos⁸⁸. Ademais, não resta infirmada sua qualificação como fundamental, nos termos da definição proposta por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁸⁹, a seguir transcrita:

Direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidas em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

A seu turno, Fernando Facury Scaff⁹⁰ nos alerta para os fundamentos e para os objetivos da República Federativa do Brasil, aqueles, relacionados no art. 1º; estes, no art. 3º, ambos da Constituição de 1988. Os fundamentos são:

os alicerces através dos quais toda a ação estatal e não estatal deve ter por base. Trata-se do ponto de partida de todas as ações governamentais e de todo cidadão ou associação formada sob as leis brasileiras. [...] Por objetivos da República brasileira, presentes no art. 3º da Constituição de 1988, deve-se compreender o ponto de chegada de toda ação governamental e das pessoas físicas e jurídicas constituídas sob as leis deste país. A Constituição indica pelo menos os seguintes: construir uma sociedade livre, justa e solidária; **garantir o desenvolvimento nacional**; erradicar a pobreza e a marginalização, **reduzir as desigualdades sociais e regionais**; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Se os Fundamentos são o ponto de partida e a base das ações, os Objetivos indicam o ponto de chegada, uma incessante busca para onde deve caminhar esta sociedade. (grifos nossos)

⁸⁸ DIAS, Jean Carlos. O direito ao desenvolvimento e o princípio da capacidade contributiva. In: **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Org. Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 174.

⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2009, p.45-46.

⁹⁰ SCAFF, Fernando Facury. Como a Sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. In: **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Fernando Facury Scaff (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-35, p. 3-4.

Diante do magistério de Scaff, fica evidenciado que o desenvolvimento, enquanto objetivo da República brasileira, é um direito constitucionalmente assegurado do cidadão brasileiro⁹¹. Ademais, não se pode olvidar o disposto no § 2º do art. 5º da Carta Magna, assim disposto:

Art. 5º (....)

.....
§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesse ponto, legítima é a pergunta: se a Constituição confere aos tratados de direitos humanos o *status* de norma constitucional, como afirma Flávia Piovesan⁹², por que às declarações de direitos também não?

Destarte, o direito ao desenvolvimento é um direito subjetivo público⁹³, inserido entre os direitos fundamentais. Por esse motivo, Gustavo Henrique Justino de Oliveira⁹⁴ ressalta que:

mesmo diante da escassez de recursos públicos – fato que eventualmente pode ser tido como obstáculo para a efetivação de direitos sociais pela via direta da prestação de serviços públicos – o Estado não pode isentar-se de suas responsabilidades nesse campo. A ele cumpre promover uma

⁹¹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80, “...não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente a entrada em vigor da Constituição a que aderem e a ordenação instaurada.”

⁹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 111.

⁹³ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. 4, 2000, p. 56: “todos os direitos subjetivos públicos fundamentam-se na organização estadual”. Assim, a expressão direitos subjetivos públicos consagra uma sistematização dos direitos das pessoas diante do Estado, cuja elaboração dogmática ocorreu na Alemanha. Cf. Tb. LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 33, Essa sistematização foi uma reação ao direito natural, com o propósito de condicionar os direitos humanos ao âmbito do direito positivo e à margem da influência das concepções ideológicas jusnaturalistas, conforme a postura do Estado Liberal.

⁹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Parceria Público-Privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária**. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 abr. 2009.

série de outras ações (v.g. fomento, regulação, parcerias), as quais igualmente visam promover os valores fundamentais.

Em arremate, essas ações estatais visam ao desenvolvimento focado na valorização da pessoa humana. Assim, o Estado constitui-se em intermediador e promotor constitucionalmente vocacionado ao desenvolvimento nacional, uma vez que há, no direito brasileiro, um direito ao desenvolvimento, qualificado como direito fundamental decorrente, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal⁹⁵.

A seu turno, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹⁶ conceitua o direito ao desenvolvimento como “por um lado, um direito individual, inerente a todas as pessoas, por outro, um direito dos povos. E é um direito que se põe em relação ao Estado a que a pessoa está vinculada, como em relação a todos os Estados da comunidade internacional”. Essa conceituação está consentânea com a Declaração da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento⁹⁷, notadamente em seus arts. 2º, 3, e 3º, 1, a seguir transcritos:

Art. 2º

.....
3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, (...)

Art. 3º

1. Os Estados têm a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento.
.....

2.3. DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO: UM DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO CUJA CONCRETIZAÇÃO DEPENDE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

⁹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parceria Público-Privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 abr. 2009.

⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 60.

⁹⁷ Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. NACIONES UNIDAS. **Resolución 41/128: Declaración sobre El Derecho al Desarrollo**. Disponível em:

Registramos que, na expressão “direitos fundamentais”, a agregação do adjetivo “fundamentais” ao substantivo “direitos”, sob o aspecto semântico, remete o intérprete a perquirir o porquê desses direitos destacarem-se, dentre os demais, por sua fundamentalidade. Essa análise, no entanto, deve considerar a imprecisão das palavras “direito” e “fundamentais”⁹⁸.

O direito pode ser abordado sob uma perspectiva dogmática ou sob um prisma zetético. Como leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr⁹⁹:

Zetética vem de *zetein* que significa perquirir, dogmática vem de *dokein* que significa ensinar, doutrinar. [...] O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada se configura como um dever-ser (como deve-ser algo?).

Além dos aspectos dogmático e zetético segundo os quais o direito pode ser abordado, o vocábulo “direito” é polissêmico, podendo significar o direito enquanto ciência¹⁰⁰, enquanto norma, dentre outros significados. Destarte, a palavra direito se emprega tanto na linguagem coloquial como na doutrina jurídica e, ainda, em

<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/502/78/IMG/NR050278.pdf?Openelement>>.

Acesso em: 16 abr. 2009.

⁹⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 11.

⁹⁹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 41.

¹⁰⁰ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3: “(...) o direito posto é uma linguagem prescritiva (prescreve comportamentos), enquanto a Ciência do Direito é um discurso descritivo (descreve normas jurídicas). Tomada com relação ao direito positivo, a Ciência do Direito é uma sobrelinguagem ou linguagem de sobrenível. Está acima da linguagem do direito positivo, pois discorre sobre ela, transmitindo notícias de sua compostura como sistema empírico.

Entre outros traços que separam as duas estruturas de linguagem, pode ser salientada a circunstância de que a cada qual corresponde uma lógica específica: ao direito positivo, a lógica deôntica (lógica do dever-ser, lógica das normas); à Ciência do Direito, a lógica apofântica (lógica das ciências, lógica alética ou lógica clássica). Em função disso, as valências compatíveis com a linguagem das normas jurídicas são diversas das aplicáveis às proposições científicas. Das primeiras, dizemos que são válidas ou não-válidas; quanto aos enunciados da ciência, usamos os valores verdade e falsidade.”

acepções distintas: para designar a norma jurídica, mas, também, para expressar a faculdade que um sujeito tem de determinar normativa e impositivamente a conduta de outro, que é o sentido expreso pela frase: “ter direito a...”. A essa faculdade aduz Luis Recasens Siches¹⁰¹:

Naturalmente, se trata siempre de la facultad de exigir de otro una determinada conducta; pues aunque a veces decimos “yo tengo derecho a hacer tal cosa”, con lo cual parece que referimos la facultad a un comportamiento propio, lo que se expresa en tal proposición es que “tengo derecho a exigir de otro (u otros) que no me impida o perturbe determinada actividad mía, o que él realice una determinada conducta. Pero eso que se llama tener derecho a, o, lo que es lo mismo, la palabra derecho en sentido subjetivo, como atribución de facultades a un sujeto, presenta varias modalidades típicas.

Quanto ao prisma sintático, a conexão do substantivo direito com o adjetivo fundamental permite uma especificação sintática ao viabilizar um corte metodológico cujo resultado é a delimitação do objeto de estudo, qual seja, os direitos fundamentais. A seu turno, essa especificação facilita a abordagem semântica, uma vez que o adjetivo “fundamentais” denota que o substantivo “direitos” perfilha feição específica e, portanto, nesse sentido, o direito é entendido como o conjunto de prerrogativas e instituições para consecução de um desiderato.

Noutro giro, aduz que o vocábulo direito enuncia um plano subjetivo, é dizer, os direitos fundamentais são direitos subjetivos. Contudo, não se deve “descurar que a expressão direito, com a conexão sintática apontada, possui também uma dimensão objetiva, institucional, que o torna parte integrante da própria noção de Estado Democrático de Direito¹⁰²”. Porém, antes de se tecer considerações relativas a essa dimensão objetiva, mister se faz o exame da expressão “direito subjetivo”, para, ao depois, ser dispensada a necessária atenção ao viés objetivo ou institucional. Assim, oportuna é a colação da seguinte sistematização sobre as diferentes acepções da evidenciada locução:

En la literatura jurídica se denomina “derecho subjetivo” a fenómenos diversos. Tradicionalmente se incluye en esta expresión a:

¹⁰¹ SICHES, Luis Recasens. **Filosofia del derecho**. 19 ed. Mexico: Porrúa, 2008, p. 232.

¹⁰² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 12.

1) La situación en que se encuentra una persona que es titular de un interés que está reconocido socialmente como legítimo y que el ordenamiento jurídico tutela genéricamente en sus declaraciones o principios más generales, pero que depende de los jueces declarar, o no, la tutela normativa del mismo.

2) La situación en que se encuentra una persona que puede exigir de otra persona determinada el cumplimiento de un deber y, en caso de incumplimiento, obtener la ejecución de una sanción contra el responsable del incumplimiento, en virtud de una norma jurídica que regula el caso específicamente. Es, por ejemplo, el caso del acreedor de una obligación civil o comercial.

3) El poder de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones mediante una manifestación de la voluntad. Es el caso de los actos jurídicos tales como los contratos, los testamentos, etcétera.

4) La situación de cada persona que puede exigir del resto el cumplimiento de los deberes de respetar su vida, su propiedad, su libertad, etcétera, en virtud de normas jurídicas específicas que prevén sanciones para quienes no cumplan con su deber de abstenerse de perturbar esos derechos¹⁰³.

À guisa de sistematização e esclarecimento do problema filosófico do conceito de direito subjetivo, João Maurício Adeodato¹⁰⁴ preleciona:

A palavra “direito”, em sentido de algo de que se dispõe, algo que se “tem”, é associada a uma faculdade de fazer¹⁰⁵, aí incluídas as possibilidades de deixar de fazer e de impedir¹⁰⁶ alguém de determinada conduta. Isso o que tradicionalmente se chama **direito subjetivo**, no sentido literal de direito do sujeito, a *facultas agendi* do direito romano. Não qualquer faculdade, porém só aquelas que encontram proteção nas regras¹⁰⁷ de direito, nas normas de agir (*norma agendi*).[...]

Quando já adiantada a modernidade, aparecendo as primeiras ideias positivistas, a filosofia do direito debate-se entre duas grandes vertentes. A da tradição jusnaturalista: o ser humano tem certos direitos subjetivos pelo simples fato de ser humano,

¹⁰³ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 497.

¹⁰⁴ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117-8.

¹⁰⁵ De formular exigências, v.g., exigir ações positivas do Estado, consubstanciadas num intervencionismo típico do “Welfare State”, e nos chamados direitos de terceira geração: direito ao meio ambiente saudável e preservado, direitos do consumidor *and last but not least* direito ao desenvolvimento.

¹⁰⁶ Fins garantísticos negativos.

¹⁰⁷ A bem da verdade, regras e princípios. Nesse rol, o direito de ação, enquanto direito subjetivo público; o princípio da celeridade prestação jurisdicional (Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004).

cabendo ao ordenamento jurídico objetivo reconhecê-los¹⁰⁸. E a do positivismo emergente: o ser humano tem os direitos subjetivos que o ordenamento jurídico objetivo concede.

Com essas considerações, procuramos evidenciar a necessidade de, a partir da Constituição, portanto de uma perspectiva dogmática¹⁰⁹, perquirir sobre o direito subjetivo ao desenvolvimento, a fim de subsidiar a construção de uma sistemática de políticas públicas¹¹⁰¹¹¹ para concretização desse direito, cujos protagonistas sejam os Poderes da República e “ao tomá-los como destinatários específicos de mandamentos constitucionais em sua totalidade, cobrar seu cumprimento no viés da realização da democracia¹¹².” Isso porque há uma relação de imbricação entre a compreensão do direito ao desenvolvimento nacional, como integrante dos direitos individuais e indivisíveis, na perspectiva da evolução de sua positivação, quer no âmbito internacional, quanto no nacional e no da interpretação deôntica do preceito

¹⁰⁸ Registramos que, para os jusnaturalistas, o poder constituinte originário (pleonasticamente: poder constituinte originário, pois o que constitui é o que origina) seria, também, “de direito”, eis que submetido ao direito natural. (CR/88, art. 3º, II, III e IV).

¹⁰⁹ A fundamentação, entendida como a identificação de sua fonte primária, dos direitos do homem é um tema bastante controverso. Destarte, a busca de uma justificação racional para tais direitos interfere no conceito empregado. Assim, Cf. FERNANDEZ, Eusebio. **Teoria de La justicia y derechos humanos**. Madrid: Editoria Debate, 1991, p. 82. O conceito de direitos humanos fundamentais não pode ficar separado do tema do seu fundamento. Essa fundamentação pode ser: jusnaturalista – ontológica ou deontológica – historicista, ética e positivista. Também, nessa linha expositiva BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24, “Apesar da crise dos fundamentos, a maior parte dos governos existentes proclamou, pela primeira vez, nessas décadas, uma Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

¹¹⁰ Cf. KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 32: “A eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público”.

¹¹¹ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24-241-242, “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato. [...] O terreno das políticas públicas seria o espaço institucional para a explicitação dos “fatores reais de poder” – na expressão de Lassalle – ativos na sociedade em determinado momento histórico, em relação a um objeto de interesse público (no sentido de interesse do público). Por outro lado, as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culminam na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito. As políticas públicas estão relacionadas à discricionariedade do administrador, haja vista que por meio da discricionariedade ocorre a individualização e o confronto dos vários interesses concorrentes. Nesse contexto, as políticas públicas podem ser entendidas como formas de controle prévio da discricionariedade, pois requerem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em decorrência da qual se desencadeia a ação administrativa”.

¹¹² SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p. 15.

fundamental da República, insculpido no art. 3 da Carta Magna. Portanto, é necessário:

identificar se é possível a formulação de um conjunto político de prescrições gerais que devam ser observadas como decorrência natural da existência humana. E mais que isso, é preciso construir uma argumentação suficientemente capaz de justificar essa possível coercibilidade¹¹³.

Coercibilidade, enquanto característica do direito positivo. Nessa medida, a adoção de políticas de desenvolvimento econômico-social é compreendida como observância à lei, notadamente, ao regramento constitucional. Assim, o questionável não é a política de promoção do desenvolvimento, mas, sim, os meios empregados. Nesse sentido, a questão da legitimidade das políticas de desenvolvimento, inclusive aquelas baseadas na concessão de incentivos fiscais, fica evidenciada, pois, como dito, o questionável não são as políticas, mas os meios de objetivá-las.

Noutro giro, não questionamos a necessidade do emprego de instrumentos de indução do desenvolvimento, sistematizados nas políticas públicas para esse fim, como forma de assegurar a concretização do disposto nos arts. 1º, III, e 3º, II, ambos, da Constituição Federal. Contudo, hão de ser observados, dentre outros, os princípios da eficiência, da eficácia e da efetividade¹¹⁴, a fim de evitar o desperdício dos recursos públicos despendidos na sua consecução¹¹⁵.

¹¹³ DIAS, Jean Carlos. O direito humano ao desenvolvimento e o princípio da capacidade contributiva. In.: **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Org. Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.160.

¹¹⁴ No âmbito constitucional, a respeito do princípio da efetividade, trazemos à colação o magistério de CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 162, “Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais”. Cf. tb. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed., t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 229: “Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação”.

¹¹⁵ Cf. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. Nessa obra, Juarez Freitas defende a existência de um direito fundamental a uma atuação administrativa adequada.

Para a melhoria da qualidade do gasto público com indução, é necessária a participação do controle interno para acompanhar a concretização dos objetivos das políticas de desenvolvimento, assim como a fiscalização dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, seja quanto ao aspecto legal ou formal, mas, em especial, quanto à eficácia dessas políticas. Por outro lado, é imprescindível o emprego de instrumentos para o incremento da racionalidade das escolhas – a exemplo da Teoria dos Jogos¹¹⁶ – a fim de melhor identificar os setores que devem ser incentivados; as contrapartidas a serem exigidas das empresas incentivadas; o custo benefício do incentivo concedido etc.

Quando da análise do princípio da eficiência administrativa, Marçal Justen Filho¹¹⁷ registra que um dos aspectos mais relevantes do direito administrativo é a vedação ao desperdício ou ao gasto de má qualidade dos recursos públicos destinados à satisfação de necessidades coletivas, haja vista a necessidade de maximizar os resultados com o menor gasto dos sempre escassos recursos públicos. Para então arrematar: “Assim o impõe a concepção republicana de organização do poder político, que estabelece que todas as competências estatais têm de ser exercidas do modo mais satisfatório.” Não obstante, o referido autor alerta para a necessidade de ser afastada uma abordagem puramente econômica na direção e na avaliação da atividade administrativa, procedendo ao seguinte alerta:

Quando se afirma que a atividade estatal é norteadada pela eficiência, não se impõe a subordinação da atividade administrativa à racionalidade econômica, norteadada pela busca do lucro e da acumulação de riqueza. Eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. [...] Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico. [...]

¹¹⁶ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 48: “Na essência, a teoria dos jogos reconhece que a conduta a ser adotada por um sujeito, em face de um certo conflito em face de terceiros, é fortemente influenciada pelas expectativas relacionadas à conduta alheia. Uma pessoa adota suas decisões não apenas como uma solução puramente pessoal. Toma em vista o conjunto de ações e reações pessoais e do outro, tal como os possíveis resultados que poderão ser obtidos a partir da conjugação desses fatores. A teoria dos jogos alicerça-se na concepção de que a decisão adotada individualmente é produto de uma avaliação racional acerca da melhor relação custo-benefício possível...”. Essa teoria pode ser utilizada na avaliação do melhor custo-benefício quando da concessão de incentivos fiscais. Assim, a sua aplicação à tributação indutora foi analisada por 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. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2010.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

A Constituição prevê que um dos fins da República brasileira reside na edificação de uma sociedade solidária (art. 3º, I). A atividade administrativa é orientada pela solidariedade, que se traduz num complemento da dignidade humana e da isonomia. A aplicação dos recursos estatais e o exercício das competências estatais deverá assegurar a todos a obtenção de vantagens equivalentes e o respeito aos direitos fundamentais¹¹⁸.

Com o propósito de desenvolver o viés evidenciado por Marçal Justen Filho, segundo o qual um dos fins da República brasileira é a construção de uma sociedade solidária e que a solidariedade é um complemento da dignidade humana e da isonomia, buscamos, no magistério de Paulo César Santos Bezerra¹¹⁹, a compreensão do vocábulo *solidariedade*, notadamente por sua abordagem da relação entre solidariedade social e direito, haja vista que entendemos o papel da ação estatal na indução do desenvolvimento em consonância com o disposto no art. 3º, I, da Constituição Federal – construção de uma sociedade solidária. Assim, trazemos à colação o seguinte escólio:

A solidariedade social, como nova solidariedade, avança para além dos projetos da modernidade, que acenavam com a criação de uma sociedade democrática e socialmente justa, em que as desigualdades baseadas nas diferentes oportunidades de acesso à riqueza seriam progressivamente eliminadas, em que a acumulação de riqueza permitiria progressivamente resolver os problemas da repartição. Por não percebermos e não nos acostumarmos com essa lógica é que temos tanta dificuldade em aceitar que os processos de transformação das sociedades, que esperávamos para uma generalização do progresso social estejam, afinal, a acentuar as desigualdades, deixando para trás os segmentos sociais ou territoriais menos dinâmicos ou menos dotados para a mudança. [...] Portanto, deve-se avançar para a relação (que aliás sempre houve, embora muitas vezes de forma indevida, equivocada, mas inafastável) entre solidariedade e direito, para construirmos um patamar de surgimento do chamado *Direito de Solidariedade*, e mais, que a solidariedade se constitua em Direito Fundamental para os que dela dependem. E um dever para os que à sua prática são obrigados. [...] A lógica da

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

¹¹⁹ BEZERRA, Paulo César Santos. **Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-100, p.88-89. Cf. tb. BEZERRA, Paulo César Santos. **A produção do direito no Brasil: a dissociação entre o direito e a realidade social e o direito de acesso à justiça**. Ilhéus: Editus, 2003. O tema da solidariedade e direito é aprofundado, inclusive quanto à repercussão das representações sociais e da solidariedade sobre o direito.

solidariedade se traduz por uma nova maneira de pensar a sociedade e por uma política concreta, não somente de um sistema de proteção social, mas também como *um fio condutor indispensável à construção e conceitualização das políticas sociais ...*

Assim, numa perspectiva de solidariedade social, de pragmatização do direito de solidariedade, é que a expressão princípio da eficácia administrativa é mais adequada, na medida em que reduz “o risco de transposição indevida dos conceitos econômicos para a dimensão estatal¹²⁰”.

Essas considerações sobre eficiência/eficácia/efetividade são necessárias ao contexto da abordagem do desenvolvimento como direito fundamental, na medida em que esse direito deve ser respeitado, mediante o empenho da administração pública que, ao empregar os instrumentos de política tributária e financeira, deve cuidar para que os recursos públicos gastos ou renunciados – no caso dos incentivos fiscais – revertam-se em maior e melhor oferta de empregos, em mais inclusão, enfim em efetiva melhora da qualidade de vida da população, num contexto de sustentabilidade¹²¹.

Assim, a formulação e, enfim, a existência de uma política de desenvolvimento – não uma política nacional de desenvolvimento, como seria desejável – não deve restringir-se a ser um álibi, no sentido empregado por Marcelo Neves¹²², uma vez que, se não existem os meios para a concretização das políticas

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

¹²¹ Cf. DERANI, Cristiani. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 155-156, quanto ao direito ao desenvolvimento sustentável, a autora assevera que “sinteticamente este direito pode ser compreendido como um conjunto de instrumentos ‘preventivos’, ferramentas de que se deve lançar mão para conformar, construir, estruturar políticas, que teriam como cerne práticas econômicas, científicas, educacionais, conservacionistas, voltadas à realização do bem-estar generalizado de toda uma sociedade. O direito ao desenvolvimento sustentável aporta essencialmente normas capazes de instrumentalizar políticas de desenvolvimento com base no aumento da qualidade das condições existenciais dos cidadãos. A normatização do desenvolvimento, para procurar uma disposição racional dos seus elementos, procura geri-lo sob um ponto de vista macro, ou seja, como desenvolvimento socialmente analisado, sintetizado na expressão ‘desenvolvimento econômico’. [...] Assim, políticas que reencontrem uma compatibilização da atividade econômica com o aumento das potencialidades do homem e do meio natural, sem exauri-las ; apoiadas por normas de incentivo à pesquisa científica de proteção de recursos naturais e de garantia de uma qualidade ambiental, são expressões do direito ao desenvolvimento sustentável – uma outra forma de ver e compreender o direito ambiental”.

¹²² Cf. NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.104-6: “Classificando-se as ações constituintes e concretizadoras como ‘comissivo-diretivas’, afirmar-se-ia que elas fracassaram, quanto à sua força ilocucional, em virtude de inautenticidade’. (...) Aqui é especialmente relevante a distinção entre agir estratégico e agir comunicativo enquanto tipos básicos

constitucionalmente previstas, a Constituição não passará de “mera folha de papel” na expressão de Ferdinand Lassalle¹²³.

Nessa linha de raciocínio, pertinente é o alerta de Gilberto Bercovici¹²⁴ quanto ao idealismo do *dever-ser* que ignore o papel da Constituição na realidade política e social, haja vista que:

Constituição, Estado e política não podem ser entendidos separadamente, sob pena de cairmos no mais ingênuo e contraproducente instrumentalismo. Este instrumentalismo constitucional é ainda mais pernicioso quando nos deparamos com uma realidade econômica e internacional completamente adversa, em que o Estado de exceção é a regra.

Em reforço a essa argumentação, são oportunas as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello¹²⁵, para quem “a forma mais eficiente de tornar inoperantes, na prática, os direitos individuais e os sociais, deliberadamente ou não, é desenhá-los em termos vagos, genéricos, fluidos ou dependentes de normação infraconstitucional”.

2.4 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E À LIBERDADE

de ações sociais. Para Habermas, na medida em que as ações estratégicas são orientadas egocentricamente para a obtenção de êxito diante do adversário, não se supõe a autenticidade da manifestação linguística do agente. O êxito pode ser alcançado através do engano do adversário. O agir comunicativo pressupõe a autenticidade dos participantes,O Direito não é, no modelo habermasiano, apenas meio sistêmico, mas também instituição’; portanto inclui-se em parte na esfera do agir comunicativo. Dessa maneira, torna-se possível uma leitura da constitucionalização simbólica a partir da distinção entre agir estratégico e agir comunicativo. Na medida em que a atividade constituinte e o discurso constitucionalista não têm correspondência nas posturas, sentimentos e intenções dos respectivos agentes públicos, ou seja, são ilocucionalmente ‘inautênticos’, a constitucionalização simbólica não envolve ‘ações comunicativas’ referentes ao Direito. Caracteriza-se, antes, como um plexo de ações estratégicas a serviço do meio sistêmico ‘poder’”.

¹²³ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 9. ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20.

¹²⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 9-10.

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficiência das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 10.

Questão relevante é a percepção de que o desenvolvimento não é mero crescimento econômico, conforme nos alerta Amartya Kumar Sen¹²⁶, ao enfatizar a relação entre desenvolvimento e liberdade, como neste escólio:

Vivemos em um mundo de opulência sem precedentes, de um tipo que teria sido difícil até mesmo imaginar um ou dois séculos atrás. [...] Entretanto, vivemos igualmente em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos – a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas e fome crônicas muito disseminadas, violação de liberdades políticas elementares e de liberdades formais básicas,.....
[...] Superar esses problemas é uma parte central do processo de desenvolvimento.

Amartya Kumar Sen¹²⁷ propõe desenvolver e ser livre, uma vez que, partindo da teoria de Adam Smith, procura demonstrar que o desenvolvimento pode vir a ser um processo umbilicalmente relacionado à expansão da liberdade para todos os indivíduos. Portanto, para ele, o desenvolvimento só terá razão de ser se significar melhores condições para a expansão das liberdades individuais. Nesse sentido, assevera que:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.

Nesse ponto, é oportuno trazer à colação o escólio de Welber Barral¹²⁸, para quem desenvolvimento também se relaciona com liberdade:

¹²⁶ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 9-10.

¹²⁷ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 15.

¹²⁸ BARRAL, Welber. Desenvolvimento na Rodada Doha da OMC. *In*: CHEREM, Mônica Teresa Costa Souza; SENA JÚNIOR, Roberto Di (Orgs.). **Comércio internacional e desenvolvimento: perspectiva brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 130.

Há 50 anos, esse conceito era imediatamente relacionado com crescimento econômico e com industrialização. Essa correlação não é hoje automaticamente aceita, e o conceito de desenvolvimento deve levar em conta outros adjetivos condicionadores, como o de que também deve ser sustentável, deve ser humano, deve ser libertário. Novos problemas, que adquiriram relevância nas últimas décadas – como a situação do meio ambiente, dos conflitos étnicos ou de gênero -, acabaram tornando mais complexo ainda o conceito de desenvolvimento.

Amartya Sen relaciona capacidades, desenvolvimento, liberdade e direitos humanos, formando um arcabouço conceitual para informar as políticas públicas. Nessa linha, Sakiko Fukuda-Parr¹²⁹ registra que os Relatórios de Desenvolvimento Humano (RDHs), publicados anualmente para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a partir de 1990, adotam o enfoque de Amartya Sen, na análise dos desafios do desenvolvimento contemporâneo. Esses relatórios têm contribuído para a formação de um novo paradigma de desenvolvimento, qual seja: a Abordagem de Desenvolvimento Humano (ADH). Por sua vez, a ADH serve de subsídio para as escolhas públicas¹³⁰ em diversas áreas, notadamente, redução da pobreza; desenvolvimento sustentável; políticas de gênero; globalização; governança pública etc.

O desenvolvimento como ampliação das capacidades humanas é o ponto fulcral da ADH, ou seja, a perspectiva segundo a qual o objetivo do desenvolvimento é melhorar as vidas humanas e que isso significa expandir as possibilidades de ser e de fazer do indivíduo. Nesse prisma, o desenvolvimento significa remover obstáculos para a realização das capacidades humanas, como o analfabetismo, a deficiência na assistência à saúde, a ausência de liberdades civis e políticas. Portanto, Amartya Sen conceitua o desenvolvimento como a ampliação das escolhas das pessoas.

¹²⁹ FUKUDA-PARR, Sakiko. **Operacionalizando as ideias de Amartya sobre capacidades**. Disponível em: [HTTP://soo.sdr.sc.gov.br/index.php?option=com_content&id=108&temid=206](http://soo.sdr.sc.gov.br/index.php?option=com_content&id=108&temid=206). Acesso em: 13 nov. 2010.

¹³⁰ A teoria das escolhas públicas recomenda o estabelecimento de limites à interferência dos políticos nas decisões econômicas. Esses limites devem ser votados pelos representantes democraticamente eleitos e devem ser inseridos na Constituição do país, razão pela qual a teoria da escolha pública é também chamada de teoria constitucionalista. Nas escolas econômicas encontradas nos EUA, a teoria aparece por meio de duas correntes: uma corrente mais conservadora (James Buchanan), que não acredita em qualquer ação ou atuação estatal na economia, defendendo sua total descentralização; já a outra corrente, além da descentralização, também defende a atuação estatal de governos locais e na aplicação da teoria dos jogos.

Para ele, o desenvolvimento só terá sentido se significar melhores condições para a expansão das liberdades individuais¹³¹.

Assim, esse autor alerta que, isoladamente, o incremento dos índices de crescimento econômico, como o aumento do Produto Interno Bruto (PIB)¹³², não necessariamente significa melhoria das condições de vida. Ademais, na preocupação com o bem-estar de todas as pessoas, está implícita a justiça social como o principal objetivo político, o que requer a avaliação do progresso, não apenas em termos de índices médios, mas, também, de medições de privações e de distribuição de recursos e oportunidades. Assim, a ênfase avaliativa nos primeiros RDHs, em que o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)¹³³ promoveu a classificação dos países segundo esse indicador.

Essa classificação, bem como os IDHs desagregados, adotados para regiões ou grupos étnicos, no interior dos países, teve o propósito de demonstrar a necessidade de maior atenção para as capacidades humanas básicas, especialmente aquelas incluídas no IDH – capacidade de sobreviver e ser saudável, ter instrução e gozar de um bom padrão de vida. Assim, a classificação dos países com base no IDH teve o mérito de fazer com que os elaboradores de políticas públicas refletissem sobre as mudanças a serem implementadas, nos países, para melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Ademais, colocou em evidência o fato de alguns países apresentarem maiores IDHs quando comparados com países com Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*¹³⁴ semelhante. Dessa forma, o cotejamento do IDH com o PIB *per capita* é, nesse

¹³¹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

¹³² O Produto Interno Bruto (PIB) de um país é o montante dos bens e serviços por ele produzidos num dado ano. Esse valor refere-se à produção efetuada no país, independentemente de ser realizada por empresas nacionais ou estrangeiras. Se o critério de contabilização fosse a nacionalidade, tratar-se-ia de um outro conceito, o Produto Nacional Bruto (PNB). Em termos de Contabilidade Nacional, considera-se o PIB (a preço de mercado) como a soma do consumo privado, do consumo público, do investimento das empresas e das exportações líquidas (perspectiva da despesa). PIB = consumo privado + investimentos totais feitos no país + gastos do setor público + exportações – importações.

¹³³ O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Esse índice mede o desenvolvimento dos países, regiões e municípios. O IDH é calculado pela média simples de três componentes: (a) longevidade, educação (taxa de alfabetização, peso 2/3, e taxa de matrícula nos três níveis de ensino, peso 1/3) e nível de renda (PIB real *per capita* em dólar ponderado pelo poder de compra - PPC). O IDH varia de 0 a 1: desenvolvimento humano baixo (IDH menor ou igual a 0,499); desenvolvimento humano médio (0,5 menor ou igual IDH menor ou igual 0,799); desenvolvimento humano alto (IDH maior ou igual a 0,800).

¹³⁴ Dividindo-se o PIB pela população do país obtém-se o seu PIB *per capita*.

aspecto, mais importante do que o próprio IDH, enquanto medida do desenvolvimento de um país.

Portanto, duas relações importantes para a avaliação econômica de um país são a relação entre a carga tributária média e o PIB e a relação entre o IDH do país e o IDH médio dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento, como podem ser observadas nos gráficos 1 e 2, de cuja análise se observa que, no Brasil, a carga tributária média em relação ao PIB é semelhante à dos países industrializados, porém o seu IDH assemelha-se ao dos demais países em desenvolvimento. Esses dados evidenciam que o esforço fiscal no Brasil não tem sido revertido em prol da melhoria da qualidade de vida do povo brasileiro.

Gráfico 1 – relação entre a carga tributária e o PIB

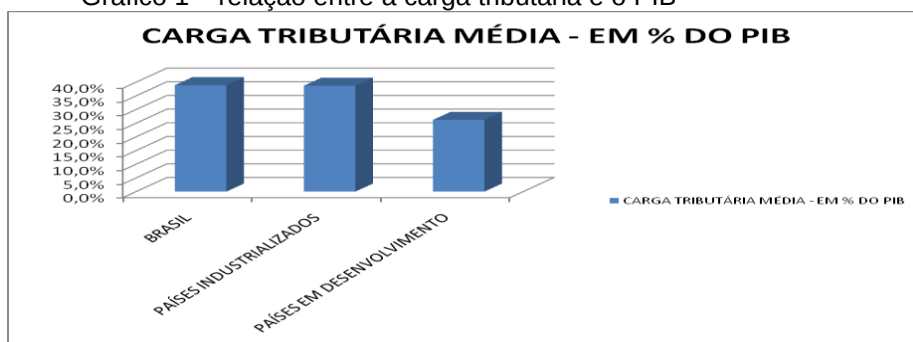
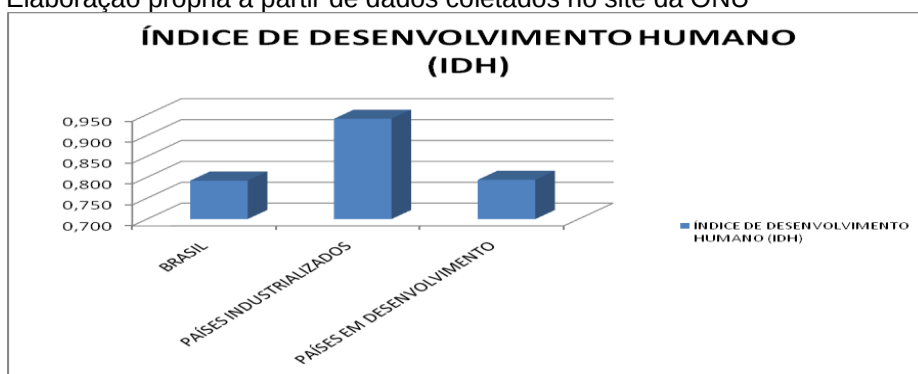


Gráfico 2 – IDH do Brasil e o IDH médio dos países em desenvolvimento e o IDH médio dos países desenvolvidos.
Elaboração própria a partir de dados coletados no site da ONU



O direito ao desenvolvimento não se concretiza mediante as ações de um Estado assistencialista em demasia, mas com o comprometimento de todos, e não só do Estado, com a liberdade individual. Por essa razão, Amartya Sen confere uma

posição de destaque ao papel de agente¹³⁵, haja vista que, na sua concepção, é a partir desse agente social que virá a transformação da sociedade, ou seja, o desenvolvimento.

Assim, entende que é a esse cidadão adulto, responsável pelo seu próprio bem-estar e das pessoas que o cercam, que caberão as decisões das estratégias de desenvolvimento para o lugar onde ele vive. Portanto, é necessário encontrar mecanismos indutores para que os indivíduos se sintam comprometidos com a comunidade a sua volta. Nessa linha de raciocínio, assevera que “entre as liberdades relevantes inclui-se a liberdade de agir como cidadão que tem sua importância reconhecida e cujas opiniões são levadas em conta, em vez de viver como vassalo bem alimentado, bem vestido e bem entretido”¹³⁶.

Entendimento semelhante é o externado por Fernando Antônio Amaral Cardia¹³⁷, para quem:

O direto ao desenvolvimento implica a existência de um dever de cooperar para a concretização de um desenvolvimento humano, levando-se em conta o exercício efetivo das liberdades fundamentais, direitos civis e políticos, direitos sociais, econômicos e culturais.

Numa perspectiva econômica (focada no desenvolvimento econômico, considerado, nessa tese, como espécie do gênero desenvolvimento), mas nem por isso restrita a indicadores econômicos, Paulo César Milone¹³⁸ destaca que:

O aspecto fundamental é que o desenvolvimento econômico não pode ser analisado, somente, por meio de indicadores que

¹³⁵ Cf. SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 33, agente é “alguém que age e ocasiona mudanças, cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de tal conduta ser passível de avaliação segundo critério externo”. Por sua vez, a condição de agente é inescapavelmente limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas de que dispõem. Nesta perspectiva, a expansão da liberdade é vista como o principal fim e o principal meio de desenvolvimento. A eliminação das privações que turvam o exercício de liberdades substanciais básicas é, destarte, constitutiva do desenvolvimento.

¹³⁶ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18, p. 326.

¹³⁷ CARDIA, Fernando Antônio Amaral. Uma breve introdução à questão do desenvolvimento como tema de direito internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). **Direito internacional e desenvolvimento**. Barueri: Manole, 2005, p. 63-64.

¹³⁸ MILONE, Paulo César. Crescimento e desenvolvimento econômico: teorias e evidências empíricas. In: PINHO, Diva Benevides; Vasconcelos, Marco Antonio S. de. (Orgs.) **Manual de economia**. 5 ed. 7 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 483-499, p. 486.

medem o crescimento do produto ou do produto *per capita*. Desenvolvimento deve ser complementado por índices que representem, ainda que de forma incompleta, a qualidade de vida dos indivíduos. Desse modo, deveremos ter um conjunto de medidas que reflitam alterações econômicas sociais, políticas e institucionais, tais como renda *per capita*, expectativa de vida, mortalidade infantil, fertilidade, educação, analfabetismo, distribuição de renda entre diferentes classes e setores, centralização da atividade econômica, poder político, entre outras (...).

Assim, o desenvolvimento está relacionado com a concreção dos direitos humanos, no caso, direitos fundamentais, mediante instrumentos econômico-financeiros disponíveis num dado Estado. Resta, portanto, evidenciado o liame entre direitos humanos e desenvolvimento¹³⁹. Aqueles conformam os fins que hoje os instrumentos econômicos devem viabilizar; representam, ainda, o conjunto de valores que a sociedade elege com o propósito de funcionar como sistema regulador das condutas estatais e individuais. Já o desenvolvimento é o resultado do exercício do poder estatal regido por uma ética direcionada para a preservação dos direitos humanos, inclusive a um meio ambiente saudável, do que se infere que desenvolvimento não se coaduna com degradação ambiental.

Como consequência dessa ilação, o desenvolvimento é percebido como um núcleo axiológico, objeto de proteção jurídica. A essa proteção corresponde uma responsabilidade política que excede ao conceito de crescimento econômico. Portanto, a busca pelo desenvolvimento não deve ser amesquinhada pela perspectiva “capitalista de produção que elege como *ratio fundamentalis* do

¹³⁹ Cf. MBAYA, Etienne-Richard. La constitution eu égard aux droits de l'homme des troisièmemet quatrième generations. In: **Direito Constitucional**. DINIZ, José Janguié Bezerra (Coord.). Brasília: Consulex, 1998, p. 301-333, p. 311, “La troisième génération est celle des droits des peuples ou de solidarité : droit à l’auto-détermination, droit à la paix, droit au développement, droit à l’environnement et droit à l’information qui ne peuvent se réaliser qu’à travers un effort de solidarité entre les différents acteurs individuels et collectifs au plan aussi bien national qu’international”. Cf. tb. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 523: “O direito ao desenvolvimento foi o tema de uma aula de E. Mbaya inaugurando os Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1972. Em 1977 a Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas, apoiada na contribuição daquele professor universitário, formalizou, mediante resolução, o reconhecimento do sobredito direito. Durante a 36ª reunião daquela Comissão em 1980, foi ele incluído na Resolução final do órgão.

O direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera o próprio Mbaya, o qual acrescenta que relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada”.

ordenamento político o lucro e, no delírio neoliberal, substitui a *happiness* fundada na ética pela *happiness* entendida como valor hedonístico”¹⁴⁰.

Numa sociedade desenvolvida, em que o mercado é instrumento, não um fim em si mesmo, há cidadãos e não apenas consumidores.

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

1. O direito ao desenvolvimento é um direito subjetivo. Apesar de não estar explicitado no Título II da Constituição da República, é um direito fundamental, na medida em que há uma positivação de seus efeitos, acrescido do fato de ser um dos objetivos da República. Portanto, há, no direito brasileiro um direito ao desenvolvimento, qualificado como fundamental, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

2. O direito ao desenvolvimento é inerente a todos os seres humanos, devendo a sua concretização ser proporcionada pelo Estado por meio da formulação e implantação de políticas públicas.

3. As normas constitucionais relativas à justiça social geram, de imediato, direitos subjetivos aos cidadãos, conquanto apresentem teores eficacionais distintos.

4. Sob o prisma da coletividade, o direito ao desenvolvimento é um direito subjetivo público, enquanto na perspectiva do indivíduo afigura-se como um direito individual inerente a toda pessoa, ou seja, é um direito constitucionalmente assegurado a todo cidadão brasileiro. Noutro giro, é um direito do indivíduo em relação ao Estado, assim como dos povos frente a todos os Estados da comunidade internacional.

5. O grau ou estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade pode ser avaliado mediante a análise das liberdades substanciais existentes sob o prisma

¹⁴⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto no prefácio do livro de BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e**

daquilo que afeta diretamente a vida de cada indivíduo, suas limitações e possibilidades. Caso haja liberdade substancial – situação em que os indivíduos são livres – e se essas características forem isonomicamente distribuídas perante o tecido social – igualdade substancial -, então é possível afirmar que essa sociedade está mais próxima ao modelo e aos objetivos insculpidos na Constituição Federal de 1988, em seus arts. 1º e 3º.

6. A adoção de políticas de desenvolvimento econômico-social é compreendida como observância à lei, notadamente, ao regramento constitucional. Destarte, não questionamos a adoção de políticas públicas para a promoção do desenvolvimento por meio de normas tributárias indutoras – no caso, a concessão de incentivos fiscais -, mas a sua legitimidade. Por sua vez, entendemos que só há legitimidade na concessão de incentivos fiscais se houver um efetivo retorno social equivalente aos recursos públicos gastos ou renunciados.

7. As políticas públicas de incentivos fiscais para indução do desenvolvimento devem primar pela eficiência e ser eficazes relativamente aos seus objetivos de promoção socioeconômica, num contexto de sustentabilidade. Como a atividade eficaz não se restringe ao viés da eficiência econômica, não é admissível que as políticas de incentivos fiscais sejam centradas, tão só, no crescimento do PIB regional. Ao contrário, a eficiência administrativa deve ser identificada como a adequação da atividade administrativa enquanto instrumento para construção de uma sociedade solidária, em que a todos seja assegurada a obtenção de vantagens equivalentes e haja respeito aos direitos fundamentais, inclusive do direito ao desenvolvimento.

8. Todo o aparato estatal deve ser empregado para assegurar que os incentivos fiscais, de fato, revertam-se em maior e melhor oferta de empregos, em mais inclusão social, portanto em melhora da qualidade de vida da população, em harmonia com a natureza.

9. A participação ativa dos indivíduos é o principal instrumento contra políticas oriundas de programas governamentais mais comprometidos com ajuste fiscal - pagamento de juros a bancos internacionais, superávit da balança de pagamentos etc. - do que em viabilizar o desenvolvimento social. A democracia participativa ou exercício da cidadania é o meio para evitar que os países e/ou regiões sucumbam no caos, consubstanciado na falta dos meios para desenvolver plenamente as capacidades humanas.

10. A concepção de desenvolvimento como transformação social é a que deve ser almejada pelas políticas públicas de indução ao desenvolvimento, especialmente aquelas por meio do emprego de normas tributárias indutoras, haja vista que essa concepção é consentânea com os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil.

11. O desenvolvimento – núcleo axiológico de proteção jurídica – é o produto da ação estatal, por meio das políticas públicas regidas por uma ética que preserve os direitos humanos, numa perspectiva ambiental e economicamente sustentável.

12. O direito ao desenvolvimento é um direito universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais, sendo a pessoa humana o sujeito central do desenvolvimento.

13. Se, por um lado, o desenvolvimento ajuda na concretização dos demais direitos humanos, por outro lado, a ausência do desenvolvimento não deve ser invocada como justificativa à preterição dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

14. Para a realização do direito ao desenvolvimento, faz-se necessário um progresso duradouro, decorrente da adoção de políticas públicas eficazes na indução do desenvolvimento no âmbito nacional, bem como de relações econômicas equitativas no âmbito internacional.

15. O direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo a atender equitativamente as necessidades da população, do desenvolvimento e do meio-ambiente das gerações presentes e futuras.

16. Os Relatórios de Desenvolvimento Humano (RDHs), publicados anualmente para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a partir de 1980, têm contribuído para a elaboração de um novo paradigma de desenvolvimento, qual seja a Abordagem de Desenvolvimento Humano (ADH).

Essa nova concepção de desenvolvimento tem por eixo central a superação das principais fontes de privação da liberdade e a preservação ambiental. Assim, fatores que implicam privação da liberdade, como pobreza extrema, carência de oportunidades econômicas, precariedade de serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos, devem ser superados para a consecução do desenvolvimento.

Porém, não menos importante que o viés libertário do desenvolvimento é a sua necessária compatibilização com a preservação ambiental, ou seja, o desenvolvimento há de ser sustentável.

17. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem (e devem) subsidiar suas escolhas públicas quanto às políticas de desenvolvimento na Abordagem de Desenvolvimento Humano (ADH), pois o desenvolvimento enquanto ampliação das capacidades humanas é o cerne da ADH, ou seja, nessa perspectiva, o objetivo do desenvolvimento é a melhoria da qualidade de vida da população, por meio da expansão das possibilidades de ser e de fazer do indivíduo.

18. O Produto Interno Bruto (PIB), ou mesmo o PIB *per capita*, enquanto indicadores econômicos, não são adequados para a avaliação do desenvolvimento. Para esse propósito, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é mais apropriado, porque reflete a qualidade de vida das pessoas de determinado país ou região.

Isso porque o desenvolvimento, diferentemente do crescimento econômico, não envolve apenas a aquisição de riquezas e o aumento do PIB. O desenvolvimento requer a melhoria da qualidade de vida, uma melhor distribuição de renda e a universalização dos serviços de saúde, educação, dentre outros direitos sociais.

3 INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPRESSÃO *ORDEM ECONÔMICA*: UMA MOLDURA PARA A COMPREENSÃO DA TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL

Como introdução à análise da intervenção estatal *no* domínio econômico e *sobre* o domínio econômico, é oportuno perquirir o significado da expressão *ordem econômica*, que designa o tratamento constitucional da atividade econômica, mediante um conjunto de regras e princípios informadores peculiares a essa seara. Dessa forma, o significado jurídico da expressão *ordem econômica* está relacionado ao desenvolvimento e ao disciplinamento da produção de bens e serviços para a satisfação das necessidades humanas. Nessa linha é o magistério de Eros Roberto Grau¹⁴¹, que explica a relação entre ordem jurídica e ordem econômica:

Ainda que se oponha a ordem jurídica à ordem econômica, a última expressão é usada para referir uma parcela da ordem jurídica. Esta, então – tomada como sistema de princípios e regras -, compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social.

Prosseguindo na contextualização da expressão *ordem econômica*, trazemos à colação os ensinamentos de Goffredo Telles Júnior¹⁴² e de Nelson Saldanha. Para aquele, toda ordem é uma disposição, uma disposição específica, uma disposição conveniente de coisas, porém:

a disposição só pode ser considerada *conveniente* quando alcança o fim em razão do qual ela é dada às coisas. Os livros de uma biblioteca estão *em ordem* quando se acham dispostos de maneira a possibilitar o encontro de qualquer deles, no momento em que for procurado. Esta possibilidade é o fim para cuja consecução os livros são dispostos desta ou daquela maneira. (os grifos constam do original)

¹⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 60.

¹⁴² TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3-16, p.3.

Ainda segundo esse autor¹⁴³, o pensamento é condição da ordem. A ordem é condição da existência. Não há existência sem ordem. Todos os seres existentes são estruturas, e as estruturas dependem da ordem a que submetem seus elementos. Assim, também, o ordenamento jurídico estatal, tal qual as galáxias, os átomos, as células, o homem, as sensações, as ideias etc.

A ordem econômica, na perspectiva jurídica, é a sistematização dos princípios e regras que organizam e disciplinam a atividade econômica.

Já Nelson Saldanha¹⁴⁴, ao refletir sobre a ordem nos planos e aspectos histórico-sociais, assevera:

Sob determinado ponto de vista, toda a “vida social” corresponde a uma *ordem*. Uma genérica e complexa ordem, composta pela conjunção de diferentes “planos” em que se desenvolve concretamente a convivência e nos quais cabe ver também outras tantas ordens. O que se chama “vida social” o é por ter uma configuração minimamente estável de relações, por ter uma “estrutura” e conter em si uma certa unidade no tocante às formas e aos processos. Deste modo podem-se ver como ordens a “vida econômica” e a “vida familiar”, do mesmo modo que o sistema educacional existente numa sociedade, bem como a organização política e o Direito.

Contudo, no esteio da concepção de que os sistemas sociais e políticos são formas de ordem, Nelson Saldanha¹⁴⁵ registra ser possível constatar que a valoração dessa ideia de ordem é extremamente cambiante.

(...) como a ideia de ordem se acha sempre ligada à de diferenciação (mais a de unidade), certos contrastes entre atitudes sociopolíticas são correlatos de divergências quanto ao valor e ao papel da diferenciação.

¹⁴³ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 6.

¹⁴⁴ SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 159.

¹⁴⁵ SALDANHA, Nelson. **Pela preservação do humano**. Recife: FUNDARPE, 1993, p. 125.

No contexto dessa diferenciação, estão inseridos os conceitos de ordem econômica e ordem jurídica, em que aquela, como já visto, é o tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica da nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria Carta Magna para legitimar a intervenção do Estado no domínio privado econômico.

No entanto, em que pese a ideia do direito como ordem¹⁴⁶ haver adquirido conotações negativas, pelo fato de ser associada ao pensamento autoritarista, sobressai o fato de que a ordem é imanente aos agrupamentos humanos, estando relacionada ao direito, naqueles grupos que conseguem atingir certo patamar de desenvolvimento. Essa ordem refere-se à organização normativa da estrutura social¹⁴⁷, disciplina comportamentos e identifica os valores que são caros à sociedade¹⁴⁸.

Por sua vez, a ordem econômica, no âmbito jurídico, é uma especificação da ordem jurídica. Ademais, essa especificação é uma necessidade do Estado de Direito burguês, como explica Cristiane Derani:

O Estado de Direito burguês é realizado sobretudo nas suas estruturas. O desenvolvimento das forças produtivas reclama uma previsibilidade e racionalidade nas estruturas que alimentam a circulação econômica. Este Estado regido pela Constituição escrita é cego a particularidades e, portanto, não persegue esta ou aquela pessoa, porém tem como objetivo proteger os fatores dominantes da sociedade burguesa, a fim de que a sua dinâmica de desenvolvimento econômico não seja prejudicada¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste, 2002, p. 12, 18 e 103-104, ao discorrer sobre as diferentes definições de sistema, esclarece que, em todas, destacam-se duas características: a da ordenação e a da unidade. Na ciência do direito, a necessidade de ordem está relacionada ao próprio postulado da justiça. [...]. O sistema jurídico deve ser como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito, que deve ter abertura como característica, em razão de sua incompletude, capacidade de evolução e modificabilidade.

¹⁴⁷ Cf. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32: "Estrutura social é formada pelas instituições e atividades sociais que atribuem a determinada sociedade seu caráter, tais como o regime econômico, o direito, a organização política."

¹⁴⁸ SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 300.

¹⁴⁹ DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 32-33.

Assim, o direito, além de fixar as linhas das estruturas sociais, passou, também, a tratar da ordenação de situações conjunturais, o que lhe confere a função de instrumento para implementação das políticas públicas, revelando atualmente o viés funcional^{150 151} do direito, paralelamente ao seu conteúdo estrutural. Com efeito, se, por um lado, fixa e ordena as estruturas básicas de desenvolvimento de uma sociedade, por outro, impõe a adoção de ações que visam a determinado objetivo social, a exemplo das políticas de desenvolvimento¹⁵².

Ao analisar esse aspecto da atividade estatal, Regis Fernandes de Oliveira¹⁵³ ressalta que o estudo de qualquer instituto ou questão jurídica há de ser empreendido a partir da Constituição Federal “para que possa produzir efeitos eficazes, sem prejuízo de posterior análise das distorções práticas já no ângulo sociológico”. Portanto:

a perspectiva apenas fática é afastada do jurista. Isto porque o modelo normativo filtra os fatos, inclusive distorcendo-os, para dar-lhes determinadas consequências captadas nos mandamentos. Assim, hipótese e mandamento da norma estão vinculados a determinada realidade. Esta é empiricamente inexaurível e inesgotável. Daí porque o Direito filtra a realidade empírica, enquadrando-a dentro dos preceitos normativos. Nem tudo, na realidade, está no mundo jurídico. É o que Lourival Vilanova denomina de “esquematização do fático”.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Cf. CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**. 13. ed. Campinas: Papyrus, 2007, p. 61. Esse viés funcional é abordado por Carnoy a partir de sua análise do Estado sob a perspectiva de classe. Esse aspecto funcional fica evidenciado na ideia desenvolvida por esse autor quanto à posição dos corporativistas, ao considerar a formação de novas estruturas políticas como a base para um Estado que “represente os interesses de organizações de grupos e - com a cooperação desses grupos - venha a organizar o desenvolvimento social e econômico para o bem comum”.

¹⁵¹ Cf. FEITOSA, Raymundo Juliano. A ordenação da atividade financeira e tributária do Estado. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito**. Recife, n° 12, 2002, p. 348. São quatro os elementos ou condições funcionais do Estado: i) produção privada – o controle e a direção dos meios de produção vem ou operam sob decisões do setor privado; ii) restrições tributárias, é dizer, a imposição tributária estatal é a principal fonte de meios financeiros para a execução da política estatal; iii) acumulação, uma vez que todo ocupante do poder estatal se encontra empenhado em promover a acumulação privada; iv) legitimação democrática, aspecto crucial dos regimes democráticos parlamentares, onde as agrupações, mediante apoio em processos eleitorais, logram o controle do aparato institucional. Dentre esses aspectos, são as restrições tributárias o aspecto mais relacionado com a intervenção estatal no domínio econômico, cerne de nossas considerações.

¹⁵² DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 33.

¹⁵³ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 38.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.38.

Com esse escólio, o autor busca enfatizar que, não obstante a influência do sistema econômico e do social, é no sistema jurídico, notadamente a partir da Constituição Federal, que o jurista pode inferir o alcance da expressão domínio econômico, assim como a intervenção do Estado nessa seara.

Por sua vez, o direito positivo, enquanto sistema fechado, exaure-se na previsão de comportamentos. Assim, um comportamento não previsto pelo sistema não constitui tecnicamente uma lacuna, uma vez que esta apenas vai existir quando da aplicação do direito ao caso concreto pelo juiz e “este ficando em dúvida, quando da adoção do argumento *a contrario* e do *a símile*, interpreta qual o modal deôntico disciplinador do comportamento”¹⁵⁵.

Contudo, não devemos olvidar que aquilo que se passa em momento anterior ao advento de uma Constituição é pré-normativo e, assim, estudado sob a perspectiva de outras searas do conhecimento humano. Mas não podemos negar que fatores políticos, sociais, econômicos, religiosos e psicológicos influenciam o conteúdo das normas e fornecem subsídios para a exegese dos conteúdos legais, notadamente em relação às normas constitucionais, já que a Constituição é a resultante das pressões de uma época e da realidade vivenciada pela sociedade.

Dessa forma, é com a percepção dos condicionamentos dos valores econômicos que se pode interpretar a Carta Magna, com o propósito de determinar o alcance das normas relativas à ordem econômica inseridas nesse diploma. Logo, é possível afirmar que:

O conteúdo do conceito “econômico” pode ser deduzido da realidade econômica, mas o critério aglutinante das diversas disposições é o de buscar no próprio texto constitucional as normas que digam respeito a tal conceito aglutinador. Refere-se à disponibilidade dos bens e valores que interessam às pessoas. Comodidades egoísticas e coletivas que dizem respeito ao patrimônio e sua respectiva transferência de pessoa a pessoa.¹⁵⁶

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 40.

Luís S. Cabral de Moncada¹⁵⁷ ressalta que, a partir do pensamento liberal, à regra jurídica competiria favorecer o giro produtivo dos capitais e, dessa maneira, forneceria à atividade econômica um suporte normativo sistemático e transparente. Não obstante, essa posição inicial de subserviência foi modificada. Porém, como as relações entre economia e direito não são unívocas, torna-se necessária a existência de um corpo teórico fundado na aplicação da economia às normas e instituições jurídico-políticas.

Por perfilhar o mesmo entendimento, Richard Posner¹⁵⁸ assevera que a relação entre economia e direito consubstancia-se na “aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”.

O conceito de domínio econômico formulado por Luís Eduardo Schoueri¹⁵⁹ não discrepa das concepções de Moncada e de Posner, como se pode observar a seguir:

Domínio econômico há de ser compreendido como aquela parcela da atividade econômica em que atuam agentes do setor privado sujeita a normas e regulação do setor público, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento, admitindo-se, excepcionalmente a atuação direta do setor público, desde que garantida a ausência de privilégios.

Com essa moldura, é possível analisar até que limite as entidades políticas, e mesmo as meramente administrativas, podem interferir no domínio econômico. Para esse exame, fundamental é o art. 173 da Constituição Federal, em especial sua parte primeira: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida [...]”.

A partir desse trecho transcrito, fica evidente que a atividade econômica deve ser preferencialmente desenvolvida por particulares, o que denota a opção do Constituinte pela livre iniciativa ou liberdade econômica, esteio do sistema capitalista, em que o Estado, em princípio, é não intervencionista.

¹⁵⁷ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 7.

¹⁵⁸ POSNER, Richard A. The economic approach to Law. **Texas Law Review**. V. 53, n. 4, 1975, p.11.

¹⁵⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43.

Nesse passo, a atividade econômica é livre aos particulares e vedada, salvo as exceções previstas na Constituição, ao Estado. Noutra giro, de ordinário, cabe ao Estado intervir *sobre* o domínio econômico, mas só extraordinariamente *no* domínio econômico.

Conforme destaca Sergio D'Andrea Ferreira¹⁶⁰, o Direito Econômico, ramo do Direito Social, é o Direito da Ordem Econômica, cujas raízes e contornos estão insculpidos no Título VII da Constituição Federal de 1988. Assim, o Direito Econômico tem por objeto as situações, as relações jurídicas, os poderes, deveres, direitos, obrigações, pretensões, ações de que participam o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica – art. 174 da CF – e como explorador desta – art. 173 da CF -, e os demais agentes econômicos, públicos ou privados. É esse viés de agente normativo e regulador da atividade econômica o foco maior das atenções nesta tese.

Considerando o disposto no art. 24, I, da Constituição Federal, o Direito Econômico é matéria de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, aspecto esse que robustece a posição dos que defendem as políticas de incentivos fiscais conduzidas pelos Estados.

3.2 UMA ABORDAGEM DA INTERVENÇÃO ESTATAL A PARTIR DA REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO ESTADO ADVINDO DA REVOLUÇÃO FRANCESA E DOS IDEAIS LIBERAIS E DAS FALHAS DO MERCADO

Com o declínio do Estado Absolutista, cujo marco histórico é a Revolução Francesa de 1789, surgiu a necessidade de repensar o Estado¹⁶¹ para constituir sua

¹⁶⁰ FERREIRA, Sergio D'Andrea. O incentivo fiscal como instrumento de Direito Econômico. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, jan./mar., 1998, p. 31-46, p. 31.

¹⁶¹ Cf. VENANCIO FILHO, Aberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**: o direito público econômico no Brasil. Edição fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3: “O Estado Liberal que emergiu da Revolução Francesa, e que predominou durante o século XIX, operou uma dissociação bem nítida entre a atividade econômica e atividade política. O mesmo movimento doutrinário que ofereceu o molde para o Estado do século XIX, caracterizado por uma posição restrita e limitada, ramificou-se também no domínio econômico por uma atitude que impôs o afastamento do Estado desse setor, regido pelo que foi denominado ‘mão invisível’. [...] de tal modo o econômico esteve sempre subordinado ao político, que, inclusive quando a economia é deixada num regime de liberdade, é porque a política entende que este sistema liberal é o que convinha aos interesses sociais e quando a política entendeu que devia sujeitá-la, o fez sem maior dificuldade”.

autoridade política (e, ao mesmo tempo, contê-la), assim como elaborar a representatividade da população e, a *posteriori*, a justiça distributiva¹⁶² e o pluralismo social. À inovação, atribuiu-se a denominação de Estado Democrático de Direito, que pode ser entendido como a “nação juridicamente organizada em torno da Constituição e leis, cujos representantes gozam do crisma da aprovação popular, com atuação disciplinada e limitada pelo ordenamento jurídico¹⁶³”.

Ab initio, em relação à ordem econômica, o Estado Democrático de Direito assumiu uma postura absenteísta¹⁶⁴, influenciada pelas concepções de Adam Smith¹⁶⁵, cuja teoria da mão invisível estabelecia que os objetivos coletivos seriam atingidos, tão somente, pela realização dos objetivos individuais envolvidos, não havendo necessidade da interferência estatal para tanto. Portanto, o lema *laissez-faires, laissez-passer; le monde va de lui-même*, adotado por Adam Smith¹⁶⁶,

¹⁶² Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, *passim*. John Rawls concebe a justiça como equidade e reinterpreta a tradicional divisão da justiça em comutativa e distributiva, baseando-se nos princípios da liberdade e o princípio da diferença. O primeiro é relativo à justiça comutativa e foi assim sistematizado: “[...] cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras”. De acordo com esse princípio, cada pessoa deve gozar da mais ampla liberdade, que deve ser igual a dos outros e a mais extensa possível, na medida em que seja compatível com uma liberdade similar de outros indivíduos. O segundo trata da justiça distributiva e foi formulado da seguinte maneira: “[...] as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”. As desigualdades econômicas e sociais serão articuladas de modo que correspondam à expectativa de que deverão trazer vantagens para todos e que sejam ligadas a posições e órgãos ao alcance de todos. O princípio da liberdade garante as liberdades básicas expressando a primazia pela liberdade, o que implica dizer que só poderá ser estremada a serviço da própria liberdade. O princípio da diferença se aplica à distribuição de renda e riqueza ou oportunidades, constituindo-se na prioridade da justiça frente a eficiência do bem-estar. Dessarte, John Rawls associa justiça com liberdade e justiça com desigualdade. Esses princípios são independentes e não se deve defender um em detrimento do outro. Assim, não se deve trocar liberdades básicas por vantagens econômicas e, de igual modo, jamais deverá ser sacrificada a liberdade, a não ser para criar mais liberdade. A desigualdade será aceitável como justa apenas quando acarretar mais vantagens para todos, a começar pelos mais desfavorecidos da sorte.

¹⁶³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico**. São Paulo: MP Ed., 2006, p. 25.

¹⁶⁴ Esse absenteísmo, foi um corolário de anseio de liberdade inerente ao ideário revolucionário, haja vista que o advento da Revolução Francesa ensejou nos países em que remanesceu o absolutismo, a contestação da falta de liberdade, assim como a aspiração por um Estado que assegurasse os meios para o surgimento de uma sociedade livre das imposições do soberano, do próprio Estado, da Igreja, das corporações de ofício e das demais instituições que tolhessem a liberdade. Assim, a atividade econômica deveria estar dissociada da atividade política, o que ocorreu no Estado Liberal, conforme registra VEÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3-4.

¹⁶⁵ SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. Trad. Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 2001, *passim*.

¹⁶⁶ Cf. FABRI, Andréa Queiroz. Falhas de mercado: por uma nova visão do planejamento econômico. In: **Direito econômico: evolução e institutos**: obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Coord. Amanda Flávio de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 53-64, p. 59: “Adam Smith é extremamente criticado por estudiosos defensores do planejamento

preconizava que, na ausência de regulamentações ou restrições estatais, haveria o surgimento de um sistema claro de liberdade natural¹⁶⁷, no qual só caberiam ao Estado três funções¹⁶⁸:

- a) a obrigação de defender a nação contra as violações e ataques de outras nações independentes;
- b) a obrigação de salvaguardar todo o membro da própria nação contra ataques, mesmo que legais, de todos os outros, ou seja, manter uma legislação imparcial;
- c) criar e manter certas instituições públicas cuja criação e manutenção não possam ser esperadas da iniciativa privada.

Contudo, as imperfeições do regime liberal clássico não tardaram a aparecer, porquanto a dinâmica deste pressupunha certa igualdade e um ambiente concorrencialmente perfeito¹⁶⁹, para que, mediante a competição equilibrada entre os agentes, fossem alcançados os interesses coletivos.

intervencionista estatal em grande escala. É prudente ressaltar, no entanto, que a Grã-Bretanha da época vivia sob um regime que privilegiava os proprietários de terras com títulos de nobreza, atravancando, assim, a modernização imposta pelas novas descobertas que desaguiariam na revolução industrial. Dos excessos cometidos em nome do progresso durante aquela fase de libertarismo econômico, problemas atinentes às condições de trabalho e ao poder econômico concentrado levaram ao movimento oposto. Esse movimento priorizava a intervenção do Estado na economia por meio de limitações à maneira de condução da propriedade privada dos meios de produção, característica do Estado social, além do socialismo, expressando total ruptura com o sistema econômico precedente”.

¹⁶⁷ Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao Direito Econômico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.126. Adam Smith, ao lançar em 1776, os fundamentos da ciência econômica, objetivou torná-la independente de outras ordens do conhecimento, como o filosófico e o teológico. Destarte, sua obra forneceu aos liberais políticos o ingrediente que lhes faltava para a concepção da organização social baseada na liberdade. Assim, a condição para a concretização do liberalismo político foi a liberdade econômica, “pois o homem não vive ou não vivencia no dia a dia de sua existência os grandes embates políticos, mas sim exerce a tarefa diuturna de prover o atendimento de suas necessidades, pela administração de recursos escassos”.

¹⁶⁸ VAZ, Manoel Afonso. **Direito Econômico**: a ordem econômica portuguesa. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 15.

¹⁶⁹ Cf. SAMUELSON, Paul A; NORDHAUS, Willian. **Economia**. 12 ed. Trad. Manuel F. C. Mira Godinho. Lisboa: McGraw-Hill, 1988, p. 55: “A concorrência perfeita é um termo técnico de economia: apenas existe concorrência perfeita quando nenhum agricultor, negociante ou trabalhador constitui uma parcela suficientemente grande do mercado total para ter qualquer influência pessoal sobre o preço de mercado. Por outro lado, quando os cereais, mercadorias ou trabalho tiverem uma dimensão tal que produzam apreciáveis efeitos nos preços de mercado, então é porque se instalou a concorrência imperfeita, sendo que, neste caso, as virtudes da mão invisível aparecem bastante atenuadas”. Esse aspecto será evidenciado quando abordarmos a falha de mercado relativa à concentração econômica.

Ocorre que esses pressupostos nunca foram efetivados, daí a crise do liberalismo, caracterizada por sucessivas depressões econômicas, desequilíbrios internacionais, acirramento das desigualdades sociais, bem como conflitos bélicos em escala mundial. Assim, após a derrocada do modelo liberal, houve a ascensão de uma nova forma de posicionamento do Poder Público em face da ordem econômica dos mercados, abandonando-se o liberalismo puro, adotando-se diferentes formas e aspectos intervencionistas.

Isso porque, ao longo da experiência liberal, ficou constatado que o mercado não regula todo o plexo das relações sociais. Vale dizer que nem mesmo o mercado é autorregulável, mas, ao contrário, o mercado precisa do Estado para o estabelecimento de regras para o seu funcionamento.

Em suma, o mercado não existe sem o Estado, o qual socorre aquele nas suas crises, a exemplo da crise econômica de 2008, com a injeção de recursos públicos em empresas financeiras, assim como na crise decorrente do *Crash* de 1929, em que o *New Deal*, levado a efeito por Franklin Delano Roosevelt, foi o mais eficaz conjunto de medidas governamentais para reversão da recessão econômica então vivenciada pelos Estados Unidos, além do aspecto da proteção social.

Do ponto de vista econômico, a intervenção estatal é necessária para correção ou, pelo menos, para a mitigação das denominadas falhas de mercado - ou falhas do sistema de mercado, que ocorrem quando os mecanismos de mercado, não regulados pelo Estado e deixados livremente à sua própria dinâmica, provocam resultados econômicos não eficientes ou indesejáveis do ponto de vista social.

Via de regra, essas falhas são provocadas pelas imperfeições do mercado, v. g., elevados custos de transação; ¹⁷⁰existência de externalidades; informação incompleta dos agentes econômicos e ocorrência de estruturas de mercado do tipo concorrência imperfeita.

¹⁷⁰ Cf. CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 22: "A tributação pode ser entendida como custo de transação em sentido restrito, na medida em que se constitui em custo para a formalização de um negócio jurídico. [...] De outra parte, a tributação pode ser entendida também como sendo um custo de transação em sentido amplo, ou seja, conforme o teorema de Coase. Nesse caso, a tributação pode ser considerada um custo a ser verificado na utilização dos mecanismos de mercado. As inseguranças decorrentes de um sistema tributário imperfeito e ineficiente implicam em maior incerteza na contratação e, portanto, em um custo de transação maior".

Conforme o magistério de Carlos Roberto Martins Passos e de Otto Nogami¹⁷¹, o sistema de “economia de mercado” tem por escopo a eficiente alocação dos recursos escassos; a distribuição justa da renda e a estabilidade de preços. No entanto, esse tipo de sistema nada mais é do que uma simplificação da realidade – é um modelo – e ocorrem falhas em seu funcionamento que o impedem de atingir suas metas. Assim, esses autores enumeram essas falhas, a saber:

Imperfeições na concorrência devido à:

- 1) presença de poucos produtores – monopólios e oligopólios – que têm o poder de influenciar na formação de preços no mercado;
- 2) força dos sindicatos sobre a formação de preços; e
- 3) intervenção do governo na fixação do salário mínimo, na política salarial, no congelamento e tabelamento de preços etc.

Incapacidade do mercado de promover uma perfeita alocação de recursos. A iniciativa privada não se interessaria em alocar recursos em projetos que exigissem altos investimentos e apresentassem retorno lento, tais como a construção de usinas hidroelétricas, portos etc.

Incapacidade do mercado de, sozinho, promover uma distribuição justa de renda.

Nessa linha de raciocínio, para analisarmos as questões das falhas de mercado, destacamos o entendimento de Luís S. Cabral de Moncada¹⁷², segundo o qual o mercado apresentaria uma:

racionalidade espontânea, natural, caracterizada pela concertação dos planos econômicos individuais que é a consequência necessária da própria natureza heterogênea dos interesses em jogo e da arbitrariedade da vontade individual (daí a metáfora da ‘mão invisível’). Sendo tão profundamente diferenciados e heterogêneos os interesses em jogo de que são portadores os agentes econômicos livres que se encontram no mercado, o único meio de lograr a respectiva composição, sem apelar para o autoritarismo, é a confiança manifestada no respectivo acerto através do comportamento racional dos agentes econômicos exprimindo pelo mercado um cálculo econômico ponderado que sintetiza a racionalidade global própria do mercado livre.

¹⁷¹ PASSOS, Carlos Roberto Martins; NOGAMI, Otto. **Princípios de economia**. 5. ed. rev. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 65.

¹⁷² MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 29-30

Nessa concepção da racionalidade do mercado, a intervenção estatal limitar-se-ia a remover os obstáculos institucionais ao livre desempenho dessa racionalidade e a criar as condições favoráveis a esse desempenho, por considerá-la a mais adequada à atividade econômica e, portanto, reputar negativamente os desvios à implementação dessa lógica mercadológica.

Em virtude dessas considerações, Luís Eduardo Schoueri¹⁷³ ressalta que o modelo de Estado intervencionista, ao contrário do que muitos pensam, não se caracteriza pela rejeição da concepção liberal, mas sim como uma evolução deste. Isso porque, tanto um quanto outro adotam a mesma opção pelo mecanismo de mercado. Assim, o Estado intervencionista atua precipuamente na correção das falhas daquele mecanismo, buscando a sua manutenção¹⁷⁴.

A doutrina liberal construiu um arcabouço institucional próprio, baseado nas constituições liberais-clássicas e no movimento codificador do direito privado, na Europa continental e nas nações de culturalmente provenientes.

Nesse cenário, as falhas de mercado foram se positivando ao longo de cerca de 150 anos quando se tentou ou se imaginou poder operacionalizá-lo com base naquela estrutura institucional relativamente simples ou até simplória, assentada no tripé: constituição, código de direito privado e poder de polícia¹⁷⁵.

Não obstante a lógica e a racionalidade que informaram as leis de mercado, o modelo liberal – baseado na dinâmica do mercado – foi incapaz de lidar com a economia real em toda a sua complexidade.

Por esse motivo, os 150 anos de modelo liberal – de aplicação ou de tentativa de aplicação desse modelo – acarretaram um cenário político-social conturbado, em que pese haja motivado o avanço da tecnologia e atividade econômica.

¹⁷³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73.

¹⁷⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 57, “a ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como intervencionista, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo”.

¹⁷⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 138.

Nesse passo, a análise econômica foi submetendo os mecanismos de funcionamento de mercado a uma abordagem crítica, a partir da qual se chegou à conclusão da viabilidade e da operacionalidade do mercado que dependia, porém, de diversos pressupostos que a estrutura legal do liberalismo não havia captado e muito menos adotado meios para suprir esses requisitos, sem os quais a dinâmica do mercado passa a apresentar falhas, produzindo resultados também falhos, diversos do esperado e, não raro, inaceitáveis.

Segundo o magistério de Fábio Nusdeo¹⁷⁶, as falhas, imperfeições ou inoperacionalidades do mercado, são, notadamente, cinco e correspondem à ausência dos pressupostos que haviam lastreado a concepção liberal na sua formulação original. Vejam-se, pois:

- i) rigidez de fatores: falha de mobilidade;
- ii) acesso às informações relevantes (falha de origem legal): falha de transparência;
- iii) a concentração econômica: falha de estrutura;
- iv) externalidades: falha de sinalização;
- v) também falha de sinal, decorrente de uma falha de incentivo: suprimento dos bens coletivos.

A dinâmica do mercado, isto é, a racionalidade mercadológica, tem como uma de suas premissas básicas viabilizar o equilíbrio da oferta e da demanda. Contudo, há situações em que produtores e consumidores agem em desconformidade com a racionalidade que se pretende ínsita ao mercado, ou no mínimo, agem de forma mais lenta que a necessária para otimização da relação demanda *versus* oferta. Quando constatamos esse descompasso entre produtores e consumidores, é recomendável a intervenção estatal para corrigir essa falha do mercado, decorrente do descompasso na mobilidade dos fatores.

Dessa forma, a intervenção estatal opera para conferir a necessária velocidade aos movimentos de crescimento ou redução da oferta e demanda. A seu turno, essa intervenção pode ocorrer diretamente, considerando que o Estado pode ser um grande produtor – atuando, portanto na oferta – ou em decorrência da atuação estatal enquanto consumidor e, portanto, regulando a demanda.

¹⁷⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 139.

No âmbito desse estudo, mais interessa a atuação do Estado por meio de normas tributárias indutoras para correção da falha de mercado decorrente da mobilidade dos fatores, de que é exemplo o emprego extrafiscal do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), quando a União buscou compatibilizar a oferta e a demanda de veículos, assim como dos chamados eletrodomésticos da denominada linha branca.

Temos ainda como exemplos clássicos os impostos aduaneiros, que regulam a atividade do comércio exterior. Nesse caso, tem-se o Imposto sobre Importações (II), que atua estimulando ou desestimulando a importação de determinado bem.

Nesse ponto, trazemos à colação o seguinte escólio que sistematiza essa falha de mercado:

Uma presunção básica para a funcionalidade dos mercados sempre foi a de serem os fatores de produção dotados de razoável mobilidade, a fim de poderem reagir aos sinais indicativos, representados pelos preços, os quais promoveriam em curto tempo os deslocamentos necessários a fim de se reverterem automaticamente certas situações indesejáveis, como, por exemplo, a super ou a subprodução. A essa capacidade de autocorreção do mercado chamou-se de automatismo. [...] Tal agilidade, entretanto, na prática não ocorre. Existe, isto sim, uma rigidez mais ou menos ¹⁷⁷pronunciada em quase todos os fatores, impedindo-lhes esses deslocamentos céleres automáticos e oportunos. Rigidez de toda ordem: física, operacional, institucional e psicológica¹⁷⁸.

A falha de mercado pode decorrer da assimetria no acesso à informação. Registramos que o adequado funcionamento do mercado pressupõe que produtores e consumidores desfrutem de pleno acesso às informações sobre os produtos, os mecanismos do mercado e sobre seus agentes.

¹⁷⁷ A Lei das Sociedades por Ações coíbe a prática do *insider trading* (negociação por aquele de dentro), os seja o uso de “informações privilegiadas”. Exemplo dessa prática, que em diversos países constitui crime, é o do executivo de uma empresa petrolífera que, antes da notícia sobre a descoberta de uma nova reserva com expresso potencial de exploração, obtém ações da companhia para, em seguida, vendê-las com lucro acentuado. Ou o inverso, um *insider* tem conhecimento de algum fato que irá deprimir o valor bursátil das ações e as vende antes que o fato passe a ser de conhecimento público.

¹⁷⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 139-140.

A ausência ou a insuficiência das informações pode ser causa de distorções, quanto à qualidade dos produtos transacionados – características diversas dos produtos ofertados e efetivamente entregues ao comprador; produtos com especificações que não atendam às reais necessidades dos consumidores etc.

Para mitigar os problemas decorrentes da assimetria no acesso à informação, a intervenção estatal pode ocorrer por meio do seu poder regulamentar, que impõe aos agentes a observância de regras relativas aos padrões de prestações de serviços, às especificações dos produtos comercializados, como peso, medidas, composição química, forma etc., à defesa do consumidor e ao disciplinamento do mercado de capitais.

Ademais, Código do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990¹⁷⁹, impõe que produtores e vendedores informem adequadamente os consumidores potenciais ou atuais quantos aos perigos, efeitos e propriedades dos bens oferecidos ou anunciados. Essas exigências constituem intervenções do Estado para correção da assimetria no acesso às informações.

Em relação a essa falha de mercado, também o Estado pode intervir por meio das normas tributárias indutoras, ao vincular a concessão de incentivos fiscais à produção de determinado alimento com reduzido teor de sódio ou de gordura não saturada etc.

A intervenção estatal para coibir essa falha de mercado dar-se-á para:

Defender a chamada economia popular, ou seja, o conjunto indistinto e não identificável diretamente de poupadores, consumidores, investidores e acionistas, consorciados, segurados e tantos outros que como um grupo nem sempre bem delimitado – porque pode incluir até mesmo membros potenciais – estão à mercê da informação ou da desinformação que lhe queiram transmitir. Surge aí, o conceito moderno, desenvolvido no campo do Direito Econômico e do Direito Processual de interesse difuso, (...) ¹⁸⁰

¹⁷⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 10 fev.2011.

¹⁸⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 145-146.

A concentração econômica é uma falha de mercado, uma vez que o mecanismo de mercado tem por condição necessária a existência de um número elevado de produtores e consumidores, a fim de que o preço, “síntese do encontro das curvas de oferta e demanda, fixe-se a partir de um sem-número de transações independentes”¹⁸¹. Dessa forma, distorce esse mecanismo o reduzido número de compradores ou de fornecedores¹⁸², uma vez que, assim, o produtor ou o consumidor, por ato unilateral, pode influir na formação do preço, gerando monopólios, oligopólios ou na lado da demanda monopsônios ou oligopsônios.

As indústrias surgidas com a revolução industrial eram de pequeno porte e grande simplicidade mecânica, não demandando grande capital fixo. Essa fato, permitia o ingresso de novos produtores num dado mercado, caso promissor, ou a saída dele em caso contrário, com o aproveitamentos dos equipamentos em outras áreas. No entanto, com o desenvolvimento tecnológico e a consequente especificidade da produção, as inversões passaram a ser vultosas, excluindo, por conseguinte, um maior número de agentes econômicos.

É nesse novo cenário, que tem cabimento a denominada economia de escala, que, decorrente da incorporação de maquinaria cada vez mais complexa, induziu ao agigantamento das unidades produtoras. No dizer de Fábio Nusdeo, a economia de escala “nada mais vem a ser do que processos pelos quais se reduz acentuadamente o custo unitário de produção de um bem, à medida que aumenta o volume produzido, isto é, a escala de produção”¹⁸³.

Esse processo de aumento da complexidade e custo das máquinas, associado às chamadas indivisibilidades técnicas, ou seja, a impossibilidade ou inviabilidade econômica de se produzirem equipamentos para serem aplicados apenas em número reduzido de peças ou unidades, é fortemente concentrador de capitais, sendo o inverso da formulação teórica e institucional do liberalismo.

¹⁸¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 75.

¹⁸² Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.146-147: “Um outro pressuposto básico do sistema de mercado, imprescindível para lhe assegurar o pretendido automatismo e adaptabilidade a condições mutantes, vem a ser o da chamada atomização, isto é, o mercado para bem funcionar deve ser composto por um número razoavelmente elevado de compradores e vendedores em interação recíproca, e nenhum deles excessivamente grande ou importante. [...] todo o raciocínio dos economistas clássicos quando desenvolveram a estrutura operacional de um sistema descentralizado baseou-se na premissa de um mercado atomizado, formado por grande número de unidades relativamente pequenas, e, portanto, sem qualquer poder econômico, o que, por si só, inibiria qualquer posição de predominância entre elas”.

¹⁸³ *Ibidem.*, p. 147-148.

Ressaltamos, no entanto, que a economia de escala não é, em si, um mal. Ela viabiliza a redução de custos e o maior acesso ao mercado pelas camadas de menor renda. O que carece atenção é o impacto nos mecanismos de funcionamento do mercado, que se tornam inoperantes como forma de “coordenação das decisões econômicas e de seu controle, quando as decisões nele tomadas deixam de ser impessoais e objetivas, para decorrerem da vontade e do planejamento de algumas poucas unidades aptas a imporem seus preços sua política comercial e mercadológica”¹⁸⁴.

Um exemplo de norma tributária indutora para fazer frente a essa falha de mercado encontra-se na legislação do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, qual seja: a norma que veda a opção pelo lucro presumido às empresas cujo faturamento ultrapassar o limite estipulado em lei. Por outro lado, a adoção de normas *antitrustes* é uma forma de intervenção estatal para combater essa falha de mercado.

Em princípio, os custos e os benefícios de qualquer atividade privada devem ser suportados pela unidade responsável, seja industrial, comercial, agrícola ou consumidora. Quando isso não ocorre, alguns recursos escassos passam a ser utilizados gratuitamente, sem que sua escassez seja devidamente sinalizada pelo mercado, por meio do preço.

Nesse sentido, “são externalidades os custos e os ganhos da atividade privada que, em virtude de uma falha de mercado, são suportados ou fluídos pela coletividade”¹⁸⁵. Conforme, Fábio Nusdeo, “o nome externalidade ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas”¹⁸⁶.

As externalidades podem ser negativas ou positivas. Em termos ambientais, são frequentes as externalidades negativas, quando os danos ambientais não são suportados pelo causador do dano, ou seja, o custo ambiental não é internalizado como custo do bem produzido ou do serviço prestado pelo poluidor¹⁸⁷. Nessa

¹⁸⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 76.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 153.

¹⁸⁷ RODRIGUEZ, Alberto Gago; VILLOT, Xavier Labandeira. **La reforma fiscal verde**: teoría y práctica de los impuestos ambientales. Madrid: Mundi-Prensa Libros, 1999, p. 18. “[...] decimos que existe una externalidad negativa cuando la actividad realizada por un agente económico reduce las

situação a intervenção estatal deve ser dirigida à internalização dos custos ambientais.

Exemplo de externalidade positiva é o efeito de transbordo (*spillovers* – externalidades interjurisdicionais) que pode surgir quando uma empresa, ao instalar-se em uma dada região, atrai outros empreendimentos, gerando uma melhoria do nível de renda da região e das regiões limítrofes.

Merece registro o fato de que tanto a externalidade positiva quanto a negativa passam ao largo do mecanismo de mercado. Assim, o poluidor que não internaliza os custos ambientais pode praticar preços mais baixos que o do seu concorrente que apropria esses custos. Nesse sentido, o mercado não sinaliza por meio do preço a utilização dos recursos ambientais e inclusive a procura pode estimular uma maior oferta desses bens ou serviços, produzidos sem a observância dos cuidados necessários à proteção ambiental.

A racionalidade hedonista ¹⁸⁸ – associada ao utilitarismo e ao sistema de mercado – revela-se não operacional relativamente à oferta de bens coletivos, também denominados bens públicos, .

Esses bens são oferecidos de forma não individualizada e, assim, o fato de um indivíduo fruir deles em nada reduz a fruição por outros. Portanto, o mecanismo de mercado não irá contribuir para o equilíbrio entre a oferta e a demanda desses bens.

Porém, também diante dessa falha de mercado, o Estado pode intervir com o emprego de normas tributárias indutoras, a exemplo dos incentivos fiscais concedidos a atividades culturais.

As normas tributárias indutoras, por meio de reduções ou do agravamento da carga tributária, permitem a correção das externalidades e são instrumentos de intervenção do Estado *sobre* o domínio econômico. Disso decorre que o delineamento jurídico dessas normas deve observar os parâmetros constitucionais da própria intervenção.

posibilidades de producción o consumo de outro/s sin que medie compensación alguna. A continuación escogemos un modelo 'río arriba-río abajo' para ilustrar una situación con efectos externos negativos en un marco de competencia perfecta. En este caso la externalidad negativa está causada por una empresa contaminante situada 'río arriba' que afecta las actividades productivas (por ejemplo, la pesca) y de consumo (por ejemplo, el uso recreativo 'río abajo'".

¹⁸⁸ Exemplo dessa racionalidade é verificado entre os potenciais usuários de um determinado bem público, como uma praça, um viaduto etc. Essas pessoas sabem que, caso venham a contribuir, sua contribuição individual será insignificante e, portanto, a realização ou não da obra não dependerá da

A intervenção do Estado é admitida para “ajustar os comportamentos econômicos, visando assegurar operacionalidade, de forma harmoniosa e engendrada¹⁸⁹” aos elementos previstos na ordem econômica. Portanto, essas normas têm como finalidade interferir sobre domínio econômico, balizando os agentes econômicos quanto aos rumos que devem ser seguidos na economia. Apresentam, assim, a chamada função extrafiscal do tributo, por meio da qual o Estado busca influir no comportamento dos agentes econômicos, ora estimulando um comportamento comissivo ora buscando uma omissão, a abstenção da prática de um ato, ou seja, um comportamento omissivo. Noutro giro, com a extrafiscalidade, o Estado intervém sobre o domínio econômico mediante o estímulo ou o desestímulo à adoção de determinada conduta pelos agentes econômicos.

Os estímulos podem ser realizados mediante a redução ou mesmo pela supressão do ônus tributário; os desestímulos, pelo incremento do ônus tributário. Nesse sentido, a degressividade e a progressividade podem ser mecanismos empregados para consecução da extrafiscalidade.

Nessas hipóteses, estamos diante do tributo enquanto instrumento de intervenção por indução, ocasião em que lembramos a impossibilidade da atribuição de caráter diretivo às normas tributárias. Ademais, destacamos que, hodiernamente, a regulação estatal por meio da extrafiscalidade consumou-se como instrumento de integração social e de distribuição de riquezas, fazendo com que os tributos transcendam os limites do sistema tributário, para o âmbito da ordem econômica.

Nesse sentido, José Casalta Nabais¹⁹⁰ distingue entre o direito fiscal *tout court* ou direito fiscal clássico e o direito econômico fiscal:

[...] podemos definir o direito económico fiscal como o conjunto de normas jurídicas que regula a utilização dos instrumentos fiscais, isto é, dos impostos e dos benefícios fiscais, mormente em sede de política económica e social, Ou por outras palavras a disciplina da extrafiscalidade¹⁹¹.

Um conjunto de normas que apenas formalmente integram o direito fiscal, já que têm por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados económicos ou

sua contribuição. Por outro lado, uma vez disponível o referido bem, qualquer pessoa, mesmo que não tenha contribuído para sua materialização, receberá idênticos benefícios.

¹⁸⁹ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Controle de mercado por via de tabelamento. **Revista da Universidade Mackenzie**. ano 6, n. 6. São Paulo: Ed. Universidade Mackenzie, 1992, p. 23-27, p. 26.

¹⁹⁰ NABAIS, José Casalta. **Direito fiscal**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 419.

¹⁹¹ Na citação, mantivemos a grafia adotada em Portugal.

sociais e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas.

E ao dizermos isto, nos termos em que o fazemos, estamos já a aludir aos dois grandes domínios ou sectores do domínio económico fiscal: o domínio ou sector dos impostos extrafiscais ou de agravamentos extrafiscais de impostos e o domínio ou sector dos benefícios fiscais.

Segundo nos ensina Luís Eduardo Schoueri¹⁹², o vocábulo extrafiscalidade pode referir-se tanto a um género quanto a uma espécie. Esta corresponde à atuação por indução na economia, enquanto o género contempla, além das normas extrafiscais¹⁹³ em sentido restrito, aquelas que, embora não apresentem objetivos fiscais, também não objetivam nenhuma intervenção na seara econômica. Portanto, nesse segundo grupo insere-se, por exemplo, uma legislação que assegure tratamento diferenciado em caso de desemprego. São normas relacionadas com a política social, em que há inegavelmente benefício para quem se enquadre na hipótese prevista na norma, mas está não influirá na manutenção ou não da situação de desemprego do beneficiário¹⁹⁴.

Contudo, em que pese a inegável importância dessa atuação estatal por meio de normas tributárias, limitar-nos-emos à extrafiscalidade em sentido estrito, no âmbito da qual estão as normas tributárias do tipo indutoras, que podem atuar por agravamento ou por vantagens.

Quando a norma tributária indutora torna mais oneroso o comportamento indesejado, falamos em agravamento. Nessa situação, em decorrência da maior onerosidade, o contribuinte torna-se propenso a adotar comportamento alternativo menos dispendioso. Assim, caso o propósito do Estado seja coibir a realização de conduta – induzir uma abstenção ou comportamento omissivo -, quanto maior for o ônus tributário que afeta o exercício dessa atividade como hipótese de incidência, menos provável será sua realização. O agravamento pode ser consumado quer pela

¹⁹² SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 32, “O género da ‘extrafiscalidade’ inclui todos os casos não vinculados nem à distribuição equitativa da carga nem à simplificação do sistema tributário”.

¹⁹³ Cf. GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 43: “Para nós extrafiscal é a norma voltada à realização de valores constitucionais. Como não se possa conceber norma jurídica avessa a valores constitucionais, nem norma tributária avessa à arrecadação, concluímos que toda norma tributária será, a um tempo, fiscal e extrafiscal. A nosso ver, a análise identificará extrafiscalidade sempre que a norma tributária refletir a efetivação concreta de desejos constitucionais, de realização dos direitos do cidadão, ao passo que identificará fiscalidade verificar o objetivo de obtenção de receitas para a subsistência do Estado”.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 33.

instituição de um novo tributo quer pelo incremento da tributação do segmento – majoração de tributo já existente.

As normas tributárias por vantagens destinam-se a incentivar os contribuintes a adotarem os comportamentos desejados pelo legislador, ou seja, buscam induzir um comportamento comissivo, mediante a redução da carga tributária. Isso porque a carga tributária representa uma significativa parcela dos custos de uma empresa e, assim, repercute nos preços dos bens produzidos ou comercializados e nos serviços prestados pela empresa. Nesse sentido, as normas tributárias concessoras de vantagens tributárias – benefícios fiscais e incentivos fiscais – são normas tributárias indutoras por vantagens.

No aspecto histórico, importa destacar o impacto no ideário liberal causado pela Revolução Russa de 1917, que ensejou a aceitação, nas hostes liberais, de um maior protagonismo do Estado na economia, em contraposição à concepção do Estado como mero guardião de direitos e obrigações¹⁹⁵.

Outra situação que fomentou a intervenção estatal na economia foram as duas Guerras Mundiais, de 1914-1918 e 1939-1945, cujos esforços de guerra de diversos países demandaram a convergência de suas economias para esse propósito, com o subjacente incremento da participação estatal na atividade econômica¹⁹⁶.

Merece registro que não apenas as falhas de mercado ensejam a intervenção estatal, como também, segundo registra Fábio Nusdeo, objetivos de política econômica – posições e resultados a serem assumidos ou produzidos pelo sistema econômico. Nesse contexto, a participação do Estado na seara econômica decorre de opções políticas quanto ao desempenho da economia, o que demanda que o Estado atue no direcionamento das atividades econômicas visando aos objetivos definidos no subsistema político¹⁹⁷.

Numa fase de primazia da economia de mercado, a atividade de planejamento estatal chega a ser considerada por alguns como perda de tempo. Para quem perfilha esse entendimento, a estabilidade monetária é a única forma

¹⁹⁵ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do Estado frente a atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 20. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67.

¹⁹⁶ VEÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 10.

¹⁹⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao Direito Econômico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 168-169

plausível de intervenção do Estado no domínio econômico, tarefa levada a efeito pelos bancos centrais e, ainda assim, à medida que suas atuações não pressionem capacidade de autorregulação do mercado.

Nesse sentido, as falhas de mercado são consideradas bem menores, isto é, menos prejudiciais que as falhas do Estado. Portanto, seria mais conveniente conviver com as falhas de mercado do que com as falhas decorrentes da intervenção estatal.

Contudo, discordamos desse pensamento, porque os problemas gerados pelos agentes econômicos nem sempre podem ser resolvidos pelos instrumentos de mercado, especialmente em momentos de crise, quando a mão invisível do mercado tem-se mostrado reiteradamente ineficaz. Em síntese, partilhamos da opinião de Andréa Queiroz Fabri¹⁹⁸, para quem:

Se, por um lado, é certo que o Estado só deve intervir subsidiariamente ao setor privado, por outro, o caráter subsidiário não comporta unicamente salvar o mercado de situações gravosas causadas por ele próprio, exatamente pelo fato de o Poder Público ter negligenciado seu papel de fiscalizador dos interesses da coletividade, resguardando, por lógica, os direitos fundamentais, inclusive, o da propriedade privada de investidores e credores de empresas e instituições financeiras atuantes nos mercados abertos.

Com esses argumentos, buscamos destacar a importância do planejamento estatal. Além disso, ressaltamos que o orçamento público é uma forma de planejamento e que esse instrumento legal de previsão de receitas e determinação de despesas, onde devem estar previstas as renúncias de receitas, além da concessão de financiamentos e o crédito público, influencia o planejamento das empresas do setor privado, para as quais norteia a expansão ou a contração dos investimentos.

A seu turno, o orçamento – Lei Orçamentária Anual (LOA) – não deve distanciar-se das metas do plano plurianual, o que implica dizer que o orçamento não pode estabelecer despesa ou permitir renúncia de receita que beneficie programa cujos objetivos não se coadunem com as metas e as prioridades

¹⁹⁸ FABRI, Andréa Queiroz. Op. cit., p. 53.

governamentais. Assim, é imprescindível que os projetos de investimentos de longo prazo, para o desenvolvimento, setoriais ou globais, locais, regionais ou nacionais estejam de acordo com os objetivos previamente delineados, conforme dispõe o § 4º do art. 165 da Constituição Federal.

O planejamento econômico é uma forma de coordenar ações para diminuir as desigualdades regionais e sociais por meio de compensações e da promoção de oportunidades.

Em que pese o fato de o planejamento econômico ter sido empregado em épocas de excessiva intervenção estatal – com tabelamento de preços e controle de abastecimento – isso não infirma sua importância para a atuação integrada por políticas públicas necessárias para o alcance dos objetivos e prioridades definidos no plano plurianual. Portanto, a necessidade de que haja um efetivo planejamento das políticas de incentivos fiscais, enquanto políticas públicas. Trata-se assim, de um planejamento dos gastos públicos a partir da visualização de ações integradas de longo prazo com vistas ao desenvolvimento econômico. Nessa linha de argumentação, Andréa Queiroz Fabri¹⁹⁹ destaca que:

Não havendo planejamento adequado e análise econômico-jurídica cuidadosos sobre as possíveis ações a serem empreendidas pelo Poder Público, o próprio mercado corre riscos em seu funcionamento ótimo, piorando a situação dos que dele se beneficiam e, mais ainda, dos que, por ele excluídos, demandam ações compensatórias do Estado nas áreas de saúde, educação, assistência social, seguro-desemprego, entre outros programas existentes até mesmo em regimes econômicos historicamente mais livres (como os Estados Unidos da América).

Assim, fica evidenciada a necessidade do planejamento e da coordenação das políticas públicas de incentivos fiscais, para que se transformem em instrumentos de correção de falhas do mecanismo de mercado e, por conseguinte, consubstanciem-se em instrumentos de justiça social.

3.3 ALCANCE E FORMAS DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA SEARA ECONÔMICA

¹⁹⁹ FABRI, Andréa Queiroz. Op. cit., p. 63.

O conceito de domínio econômico, hodiernamente, apresenta um espectro amplo²⁰⁰, por abranger não só a área cuja exploração cabe ao particular, mas também as atividades sob monopólio estatal, exercidas por meio de contratação das empresas privadas e das previstas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição Federal, objeto de concessão, permissão e autorização – isto é, de atividades que não se inserem no campo dos serviços públicos essenciais, assim entendidos aqueles prestados, em regime de direito público, pelo Estado ou por seus agentes, em decorrência de sua soberania.

Consoante magistério de Fátima Fernandes Rodrigues de Souza e de Cláudia Fonseca Morato Pavan, tem-se que:

A ideia de intervenção sugere excepcionalidade e transitoriedade. Intervém aquele que atua em campo que não lhe é próprio, para fomentá-lo, suprir-lhe as carências ou corrigir algum distúrbio, tomando as medidas adequadas a sanear-lo, pelo tempo necessário ao restabelecimento da normalidade²⁰¹.

Intervenção significa interferência, intromissão. Quando se diz que o Estado intervém na atividade econômica é porque esta não lhe pertence como fim, ou pelo menos aquela determinada atividade econômica não se inclui em suas finalidades. Assim, intervir é atuar na área de outrem.²⁰²

Segundo Washington Peluso Albino de Souza²⁰³, o emprego da expressão “intervenção” decorre de um

²⁰⁰ Cf. RODRIGUES DE SOUZA, Fátima Fernandes; GARCIA, Patrícia Fernandes de Souza. **Nova amplitude do conceito de “domínio econômico”**: contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins. São Paulo: Dialética, 2001, p. 79-90.

²⁰¹ SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. Contribuição de intervenção no domínio econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Contribuição de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: RT, 2002, p. 111.

²⁰² HORVATH, Estevão. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Dialética, 2009, p. 60.

²⁰³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 319.

preconceito do Liberalismo, que o toma como exceção, quando sob a modalidade de atuação positiva. A expressão ‘intervenção’, portanto, traduz mais propriamente um preconceito liberal, pois, nesse caso o Estado estar-se-ia fazendo presente contra aquela ideologia, o que somente seria admitido como ‘exceção’. Não atuar economicamente seria a ‘regra’ da livre-concorrência. Atuar seria ‘intervir’ contra a regra.

Porém, se a ideia de intervenção é oriunda da concepção liberal, não é esta que informa o Estado delineado pela Constituição de 1988, que, a exemplo do ocorreu em outros países, passou a se caracterizar como um “um agente de realizações que se reportam principalmente ao domínio da economia, na qualidade de responsável principal pela condução e operatividade das forças econômicas”²⁰⁴. Por isso, são pertinentes as expressões “sistema mistos” ou de “iniciativa dual”, ambas apropriadas para evidenciar a existência, em caráter permanente, de um “segundo centro decisório a atuar ao lado do mercado”²⁰⁵.

Mas é necessário determinar sobre o que o Estado intervirá. Assim, por meio de definição estipulativa²⁰⁶, deve ser obtido o conceito de domínio econômico e delimitado o campo das relações sociais sobre o qual o Estado poderá atuar. Nesse passo, a definição de domínio econômico será estipulada, porém elaborada a partir dos ditames constitucionais, das demais normas do direito positivo e dos seus usos efetivamente adotados pela doutrina. Para Luís Eduardo Schoueri²⁰⁷, o domínio econômico:

há de ser compreendido como aquela parcela da atividade econômica em que atuam agentes do setor privado, sujeita a normas e regulação do setor público, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento, admitindo-se , excepcionalmente a atuação direta do setor público, desde que garantida a ausência de privilégios.

²⁰⁴ MONCADA, Luís S. Cabral. Op. cit., p. 25.

²⁰⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 200.

²⁰⁶ Cf. GUASTINI, Ricardo, no prólogo da obra de FERRER, Jordi. **Las normas de competencia**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000, p. XV, “*Puede asumir la forma de una definición lexográfica (o informativa), es decir, la forma de una definición de los usos lingüísticos efectivos e también puede asumir la forma de una definición estipulativa*”. Ao adotar a definição estipulativa ocorre a decisão pelo emprego de uma forma determinada.

²⁰⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43.

Merece registro a ausência de consenso, no âmbito doutrinário, sobre as acepções que a locução domínio econômico pode apresentar. Não obstante, quanto ao aspecto semântico é possível relacionar as seguintes denotações: “i. conjunto das atividades econômicas em sentido amplo e ii. conjunto das atividades econômicas em sentido estrito”.²⁰⁸

A partir dessas considerações, fica evidenciada a relação entre domínio econômico e atividade econômica. Nessa linha de raciocínio, Paulo Henrique Rocha Scott²⁰⁹ entende a atividade econômica como a ação ou a soma de ações que se desenvolvem em um espaço social²¹⁰ limitado a fenômenos de natureza econômica, relacionados à produção, industrialização, transformação, comercialização e consumo de bens e riquezas.

Quanto à precisão terminológica, no que concerne à locução atividade econômica, Celso Antônio Bandeira de Mello tece o seguinte comentário:

A noção de “atividade econômica” certamente não é rigorosa; não se inclui entre os conceitos chamados teóricos, determinados. Antes, encarta-se entre os que são denominados conceitos práticos, fluidos, elásticos, imprecisos ou indeterminados. Sem embargo, como apropriadamente observam os especialistas no tema do Direito e Linguagem, embora tais conceitos comportem uma faixa de certeza positiva quanto à aplicabilidade deles e uma zona de certeza negativa quanto à não aplicabilidade deles. Vale dizer, em inúmeros casos ter-se-á certeza de que indubitavelmente se estará perante “atividade econômica”, tanto como, em inúmeros outros, indubitavelmente, não se estará perante “atividade econômica”.²¹¹

²⁰⁸ GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 229.

²⁰⁹ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 29-30.

²¹⁰ Cf. PASSERON, Jean-Claude. **O raciocínio sociológico**: o espaço não-popperiano do raciocínio natural. Petrópolis: Vozes, 1994, *passim*. O espaço social surge em oposição ao espaço cartesiano, onde é possível localizar qualquer objeto por meio de coordenadas pré-definidas e fixas, ao passo que, no espaço social, o que se busca encontrar são os agentes sociais; localizá-los requer não um sistema de coordenadas, mas um sistema de identidades e de volume de acumulação de capital simbólico. Essa acumulação é que distingue o agente social no espaço social, possibilitando localizá-lo em relação a outros agentes sociais.

²¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 443.

Por outros símbolos, a verificação se uma determinada situação é ou não “atividade econômica” deve ser levada a efeito por meio dos padrões e critérios que, numa determinada época, a sociedade adota e que sejam consentâneos com sua inteligência sobre “esfera econômica” – âmbito da livre iniciativa – e a esfera das atividades existenciais da sociedade em um momento dado e que, por isso mesmo, devem ser prestadas pelo próprio Estado ou criatura sua – serviços públicos.²¹²

Em sentido amplo, atividades econômicas são as atividades relacionadas à produção e distribuição de bens, assim como à prestação de serviços no mercado. Porém, em sentido estrito, do conceito de atividade econômica devem ser expurgados os serviços públicos²¹³.

Faz-se mister atentar, entretanto, para a distinção entre serviços públicos e serviços governamentais. Estes correspondem à exploração de atividade econômica pelo Estado, em concorrência com os particulares ou sob regime de monopólio, mas não se confundem com aqueles. Já o serviço público é “prestado sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”²¹⁴.

Como o cerne desta tese é a intervenção do Estado sobre o domínio econômico por meio de normas tributárias indutoras, notadamente relativas ao ICMS, o viés adotado é o do domínio econômico enquanto conjunto de atividades econômicas em sentido estrito, tendo em vista que as intervenções abordadas nesta pesquisa não objetivam induzir o aumento e a melhoria da oferta de serviços públicos. Contudo não desconhecemos que há normas indutoras relacionadas ao ICMS que exercem a função de indução de serviços públicos, a exemplo, no Estado de Pernambuco, das normas relativas ao ICMS socioambiental.

Com o objetivo de conferir clareza ao tema, bem como permitir uma melhor percepção do fenômeno interventivo, deve-se considerar a arguta análise de Luís Eduardo Schoueri²¹⁵, que aborda o tema desdobrando a intervenção em duas

²¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. p. 443.

²¹³ GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 109-110.

²¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 423.

²¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41-43.

modalidades: intervenção *no* domínio econômico e *sobre* o domínio econômico. Aquela pode ser denominada de *intervenção direta*, enquanto esta, *intervenção indireta*.

Por intervenção direta, identifica-se a atuação do Estado como empresário, imiscuindo-se na atividade produtiva. Essa incursão estatal pode ocorrer sob a forma de uma empresa pública ou de sociedade de economia mista²¹⁶. Assim, vislumbra-se a atuação do Estado “em regime concorrencial, em que se equipara com as empresas privadas, ou em regime monopolístico²¹⁷”.

A intervenção direta é forma de intervenção que faz do Estado “um agente econômico principal, no mesmo nível do agente econômico privado”²¹⁸, sendo conciliável numa forma de Estado claramente intervencionista, criando entidades autônomas.

Já na intervenção indireta, Luís S. Cabral de Moncada aduz que:

[...] o Estado não se comporta como sujeito econômico, não tomando parte ativa e directa no processo econômico. Trata-se de uma intervenção exterior, de enquadramento e de

²¹⁶ Em reforço a essa assertiva, destacamos o Projeto de Lei do Senado n° 207, de 2009 – Complementar, que institui o Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 173 da Constituição Federal, notadamente os seguintes dispositivos:

“Art. 1º A exploração da atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública ou sociedade de economia mista.

Parágrafo único. A constituição de empresa pública ou sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal, que indique relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional.

.....
Art. 13. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão por missão precípua o cumprimento de sua função social.

Parágrafo único. Considera-se função social da empresa pública e da sociedade de economia mista, sem prejuízo de outras atribuições constantes de seu estatuto:

I – a ampliação do acesso de consumidores a seus produtos e serviços;

II – a utilização de política de discriminação de preços para os produtos e serviços consumidos pela população de baixa renda;

III – o desenvolvimento e emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de seus produtos e serviços, sempre que economicamente viável no longo prazo;

.....
VIII – o investimento e a oferta de emprego em regiões e para populações menos favorecidas pelo desenvolvimento econômico”

²¹⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 245.

²¹⁸ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 3 ed. ver. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 221.

orientação que se manifesta em estímulos ou limitações, de várias ordens, à actividade das empresas²¹⁹.

Sob a perspectiva das modalidades de operacionalizar a intervenção indireta, Washington Peluso Albino de Souza preleciona que essa forma de intervenção:

[...] se realiza por meio da legislação regulamentadora, bem como a reguladora, em todos os níveis de instrumentos jurídicos (leis, decretos, circulares, portarias, avisos e assim por diante)²²⁰.

A seu turno, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti²²¹ classifica a intervenção estatal no domínio econômico a partir do papel exercido pelo Estado:

1. O Estado enquanto agente da atividade econômica: a exploração direta de atividades econômicas compete ao setor privado, sendo permitido o seu desenvolvimento pelo Estado quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei (art. 173 da CF/88).

2. O Estado como ente regulador: situação em que desempenha um papel importante na proteção dos princípios que pautam a ordem econômica, a regulamentação não tende a sofrer redução, mesmo com a nova postura (neoliberal) do estado, evidenciando a sua missão de fiscalizar as atividades econômicas exercidas pelo setor privado.

3. O Estado como agente indutor: nessa seara, pode valer-se da política fiscal, com a concessão de incentivos setoriais ou regionais, empregando maior ou menor incidência da carga tributária como mecanismo redutor de custos e estimulador de atividades econômicas.

²¹⁹ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 3 ed. ver. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 337.

²²⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 4 ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 333.

²²¹ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz. Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 20. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 70-74.

Em face do exposto, pode-se inferir uma convergência de concepção dos autores mencionados, ao menos quanto à distinção entre a intervenção direta – intervenção *no* domínio econômico – e intervenção indireta – intervenção *sobre* o domínio econômico. Ou, em apertada síntese, pode-se afirmar que intervenção é a atividade estatal “no e sobre o processo econômico, em direção a um mesmo objetivo: correção das distorções do liberalismo²²², para a preservação da instituição básica do sistema capitalista, o mercado²²³²²⁴”.

A Carta Magna consagra três formas de intervenção do Estado na ordem econômica, a saber:

a) por meio do poder de polícia, como agente normativo ou regulador da atividade econômica, exercendo a fiscalização e o planejamento indicativo, para o setor privado, e determinante para o setor público (art. 174 da CF).

Nesse ponto, é bastante esclarecedor o seguinte excerto que trazemos à colação, por evidenciar a imbricação entre o papel do Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, *in verbis*:

O poder de fiscalizar pressupõe, como corolário, o de regulamentação, tendo esta a finalidade precípua de controlar o cumprimento das determinações daquele, apurando responsabilidades e aplicando sanções administrativas consequentes. No domínio econômico – conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas – a liberdade de iniciativa constitucionalmente assegurada, fica jungida ao interesse do desenvolvimento nacional e da justiça social e se

²²² Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5 ed. v. 2. Brasília: Ed. Universidade de Brasília: São Paulo. Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 704: “O pensamento político liberal, tem consciência de que, para responder ao desafio do socialismo, tem que optar entre o Estado assistencial, forma modificada do velho Estado policial, que atribui a tarefa de concretizar o bem-estar ou as finalidades sociais a máquinas burocráticas, assumindo, de tal forma, em relação aos cidadãos, uma atitude paternalista, e o Estado reduzido, que responsabiliza os indivíduos – mediante o livre mercado. O Estado assistencial leva irremediavelmente a uma sociedade inteiramente administrada, onde não haveria mais lugar para o Liberalismo. Tal fato determinaria o fim do Estado liberal e o começo do Estado autoritário”.

²²³ Cf. SAMUELSON, Paul A; NORDHAUS, William. **Economia**. 12 ed. Trad. Manuel F. C. Mira Godinho. Lisboa: McGraw-Hill, 1988, p. 51-52, “[...] o mercado é um processo através do qual compradores e vendedores de um bem interagem para determinar o preço e a quantidade desse bem. Num sistema de mercado, cada mercadoria tem um preço. Mesmo os diferentes tipos de trabalho humano têm preços, ou seja, os respectivos salários. Cada um de nós recebe um rendimento pelo vende e utiliza esse rendimento para comprar o que deseja”.

²²⁴ GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 22.

realiza visando a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, admitindo, a Lei Maior, que a União intervenha na esfera da economia para suprimir ou controlar o abuso de poder econômico. Segurança denegada. Decisão indiscrepante. (STJ. MS 3351/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julgado em 14/06/1994, DJ 01/08/1994. p.18572).

b) fomentado a iniciativa privada, mediante outorga de incentivos e favores fiscais (art. 174 da CF), ou seja, com o emprego da extrafiscalidade. Nessa condição, as políticas públicas de desenvolvimento por meio de incentivos fiscais configuram meios de intervenção sobre o domínio econômico, ou seja, são intervenções indiretas;

c) atuando, ele próprio, empresarialmente no setor, mediante a criação de entes da administração indireta, nos casos excepcionais previstos no art. 173 da CF. Esses casos extraordinários são os imperativos da segurança nacional ou quando caracterizado relevante interesse coletivo. Nesse passo, o § 1º desse artigo assim dispõe: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços [...]”

Em comentário a esse artigo, Uadi Lammêngo Bulos²²⁵, assim dispõe:

O preceito de eficácia contida deverá definir os imperativos de segurança nacional e os casos de interesse coletivo, demarcando o campo de atuação empresarial. Numa palavra, a Constituição de 1988, ao agasalhar o modelo capitalista, reconheceu a excepcionalidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado.

Perfilhamos o mesmo entendimento de Uadi Lammêngo Bulos, porém entendemos que se trata de norma constitucional de eficácia limitada, declaratória de princípio institutivo ou organizativo, uma vez que contém esquemas gerais (iniciais) de estruturação das entidades, ou seja, das empresas públicas, das

²²⁵ BULOS, Uadi Lammêngo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1268.

sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Os artigos 170, 173 e 174, todos da Constituição Federal, chamam a atenção do intérprete para uma coexistência entre um capitalismo neoliberal e um intervencionismo sistemático, o que é referenciado por Uadi Lammêngo Bulos e, no âmbito da Constituição de Portugal, é enaltecido por J. J. Gomes Canotilho.

Quanto à posição do primeiro autor, destacamos o seguinte comentário:

De fato, o constituinte, de modo claro, optou por um ordenamento econômico composto. Significa que a ordem econômica da Carta de 1988 está impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora abre brechas para a harmonia de um capitalismo neoliberal, ora enfatiza o intervencionismo sistemático, aliado ao dirigismo planificador, ressaltando até elementos socializantes. Nisso tudo revela uma postura híbrida, porque consagra uma espécie de “paralelismo de princípios”²²⁶.

Nesse mesmo sentido, o magistério de Luís Pinto Ferreira²²⁷, segundo o qual podemos classificar as constituições quanto à dogmática em ortodoxas ou ecléticas. Nas primeiras, há apenas uma linha ideológica a nortear a produção do texto máximo, como foi o caso da antiga Constituição da União Soviética; já nas ecléticas, notamos a informação de ideologias conciliatórias.

No que toca à ordem econômica, o Constituinte brasileiro de 1988 foi imbuído de um norteamiento eclético, para assim selar, no Texto Magno, um compromisso entre a livre iniciativa, ainda que mediante a regulação estatal, como preceitua o parágrafo único²²⁸ do art. 170, e a valorização do trabalho humano. De tal sorte que a atuação estatal deve se pautar de forma a concretizar os objetivos relacionados nos incisos do citado artigo.

²²⁶ BULOS, Uadi Lammêngo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1258-1259.

²²⁷ FERREIRA, Luís Pinto. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1970, p. 20.

²²⁸ “Art. 170 (...). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Como já aduzimos, J. J. Gomes Canotilho²²⁹ entende que o ecletismo, antes que um defeito, é uma virtude. Nesse sentido, nos ensina que:

Numa sociedade plural e complexa, a constituição é sempre um “pacto” entre forças políticas e sociais. Através de “barganha” e de “argumentação”, de “convergências” e “diferenças”, de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um compromisso constitucional ou, se preferirmos, a vários “compromissos constitucionais”. O carácter compromissório constitucional da Constituição de 1976 representa uma força e não uma debilidade. Mesmo quando se tratava de “conflitos profundos” (*deep conflict*), houve a possibilidade de se chegar a bases normativas razoáveis. Basta referir o compromisso entre o princípio liberal e o princípio socialista, [...]

Registramos, ainda, que a intervenção *no* domínio econômico pode ocorrer por absorção e por participação, enquanto a intervenção *sobre* o domínio econômico se efetiva por indução e por direção.

Diz-se que a intervenção é por absorção, quando o Estado veda o exercício de idêntica atividade por outrem, absorvendo, portanto, aquele segmento econômico. Assim, ocorre a monopolização da atividade, com os subjacentes aspectos negativos para o regime de mercado. Desse modo, a absorção deve ser rigidamente disciplinada, porquanto só deve ser admitida em casos excepcionais, a exemplo da atuação em setores da economia que constituam relevante interesse nacional, como no caso de bens considerados estratégicos.

A intervenção por participação é aquela em que, além do Estado, outros agentes econômicos atuam numa determinada atividade. Haverá, então, apenas participação do Estado, e não absorção da atividade. Destarte, o regime jurídico aplicado ao Estado é o mesmo aplicado aos agentes privados, mantendo-o em igualdade com eles, sob pena de não ocorrer participação, mas concorrência desleal, que, a toda evidência, resultará em monopólio.

A intervenção por meio de normas de direção é aquela em que não é permitido outro comportamento que não o previsto na norma. A norma de direção

²²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 218.

vincula a determinada hipótese um único consequente. Nesse caso, seu descumprimento acarretará uma sanção jurídica. Pode-se citar como exemplo o tabelamento de preços, haja vista que, estipulado pelo Estado o preço máximo de comercialização de um bem ou de um serviço, seu descumprimento ensejará uma penalidade, que, via de regra, é uma multa.

A intervenção por direção é aquela que, no dizer de Eros Roberto Grau²³⁰, consubstancia-se por meio de:

comandos imperativos, dotados de 'cogência', impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram.

Noutro giro, a intervenção por meio de normas de indução opera-se quando o Estado não estabelece procedimentos obrigatórios a serem observados pelos agentes econômicos, mas quando o Estado privilegia certas atividades em vez de outras, induzindo, assim, os agentes a adotarem essas práticas. Nessa forma de intervenção, não há sanção jurídica pela não adoção da opção privilegiada pelo Estado, mas o agente econômico não poderá usufruir as vantagens ofertadas, caso não as adote. Por outro lado, assevera Fernando Facury Scaff que:

[...] a intervenção indutiva também poderá existir no sentido de desestimular uma atividade econômica, e não de incentivá-la. Tal hipótese ocorre quando, por exemplo, o Estado determina altas alíquotas de imposto de importação na hipótese de entrada de automóveis estrangeiros no território nacional. Tal forma desincentivaria a importação de automóveis, porém não vedaria tal atividade.

Segundo o magistério de Edilson Pereira Nobre Júnior²³¹:

²³⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 157.

²³¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade (céleres considerações). **Revista de Direito Administrativo**. v. 235. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set., 2001, p. 179-193, p. 180.

a distinção entre ambas as modalidades radica em que na atuação por direção, está-se ante comandos imperativos, notabilizados pelo caráter cogente, a impor determinados comportamentos aos agentes econômicos, por ex., disposição instituidora de tabelamento de preços, ou que determine a forma de comercialização de determinado produto, ao passo que, na atuação indutiva, contamos de forma diferente, com normas que, embora apontem uma determinada conduta ou organização a ser seguida pelo seu destinatário, não o obrigam unicamente a segui-la, situação que se tem na criação de estímulos, ou incentivos indiciadores da prática de um certo comportamento pelo administrado.

Nessa linha de diferenciação entre as modalidades de intervenção, trazemos à colação o magistério de Jorge Papier²³², como forma de destacar que essa matéria também está no rol dos interesses da doutrina estrangeira, conforme segue:

Junto a la dirección global de la economía, son también instrumentos de una gestión económica constitucionalmente encomendada y determinada en sus principales fundamentos la ortogación de subvenciones públicas y el recurso a los impuestos y contribuciones para fines no fiscales (de dirección). Todo ello presupone la económica del Estado, es decir, la dirección estatal de la economía sujeta a un plan.

Luís Eduardo Schoueri²³³ destaca que as normas de intervenção por indução caracterizam-se por serem normas dispositivas. Dessa forma, o agente econômico não se vê sem alternativas; ao contrário, recebe ele estímulos e desestímulos que, atuando no campo de sua formação da vontade, levam-no a se decidir pelo caminho proposto pelo legislador.

O Estado abre mão de seu poder de *imperium*, substituindo-o por seu poder econômico, com efeito equivalente.

Aspecto relevante quanto à intervenção por indução é que ela pressupõe um mercado atuante, motivo pelo qual é, também, denominada de incentivo baseado no mercado. Essa modalidade de intervenção se vale dos meios de convencimento cujo efeito apenas se verifica num ambiente em que o destinatário da norma pode decidir

²³² PAPIER, Jorge. *Ley Fundamenta y orden económica*. In.: **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Macial Pons, 1996, p. 571.

²³³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43-44.

pela conveniência, ou não, do ato visado pelo poder público interventor. Nesse sentido, ensina Luís Eduardo Schoueri que:

Assim, quando se cogita, por exemplo, do instrumento tributário como meio de internalizar as chamadas 'externalidades', o que se faz é transferir ao mercado, por meio do mecanismo de preço, aqueles custos, cabendo aos produtores e consumidores decidir, em última instância, sobre o sucesso ou fracasso de um produto. Do mesmo modo, o incremento da tributação de um produto poderá implicar seu menor consumo, conforme esteja ou não o mercado disposto a assumir tais custos. No sentido inverso, isenções pontuais podem induzir os consumidores em direção a determinados produtos. Em todos os casos, de qualquer modo, no lugar da decisão política, privilegia-se o mercado como centro decisório, para determinar quem vai produzir (ou consumir) e quanto será produzido (ou consumido)²³⁴.

A título de ilustração, os incentivos fiscais são espécies de norma de intervenção por indução, em que as empresas incentivadas são estimuladas a produzir determinados bens e em certa área geográfica.

Outro exemplo de norma de intervenção por indução são aquelas que viabilizam o emprego extrafiscal dos impostos sobre a importação e sobre a exportação. Em ambos os casos, essas normas não vedam as importações ou as exportações, mais induzem o comportamento dos agentes econômicos por meio de estímulos e de desestímulos.

No entanto, o legislador deve estar consciente de que os estímulos, assim como os seus desestímulos, talvez não sejam suficientes para que a decisão do agente econômico seja no sentido da indução. Assim, ao agente econômico é assegurado o direito de adotar comportamento diverso, sem que, por isso, recaia no ilícito.

Na Constituição espanhola de 1978²³⁵, assim como na Constituição portuguesa de 1976²³⁶, há dispositivos claros tanto quanto à liberdade de iniciativa,

²³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit. p. 45.

²³⁵ Disponível em: <[http:// WWW.la_moncloa.es/Espana/LeyFundamental/titulo_primer.htm](http://WWW.la_moncloa.es/Espana/LeyFundamental/titulo_primer.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2010.

²³⁶ Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Documentos/Portugal_Documentos/CRP_Revisao2005.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2010.

quanto sobre a intervenção estatal. Assim, a título de exemplo, seguem os seguintes dispositivos:

Constituição espanhola

Art. 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de planificación.

Constituição portuguesa

Art. 80º A organização económico-social assenta nos seguintes princípios:

- a) Subordinação do poder económico ao poder político.
- b) Coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista.

.....
d) Planeamento democrático do desenvolvimento económico e social.

Art. 81º Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

.....
f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolista e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;

.....
j) Criar instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planeamento democrático do desenvolvimento económico e social

No contexto desta tese, a intervenção indireta do Estado mediante normas de indução é o objeto de nosso estudo, notadamente a indução por meio das normas relativas ao ICMS.

3.4 INTERVENÇÃO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO E AS POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL: ATRIBUTOS E RELAÇÕES INTERGOVERNAMENTAIS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Conforme tese defendida por Kenich Ohame²³⁷, o Estado Nacional tornou-se paulatinamente impotente diante dos mercados globalizados e, portanto, surgiu uma regionalização internacional de onde emergem os Estados-regiões²³⁸, que, na ótica do citado autor, tornam-se mais importantes que os países, tendo em vista que aqueles se constituem em unidades econômicas, produtivas, industriais e fiscais homogêneas. Noutras palavras, vem ocorrendo um progressivo aumento da interdependência entre os mercados globais e as economias nacionais.

Nesse contexto, os governos nacionais são diuturnamente pressionados para se adequarem aos parâmetros da economia globalizada, ao tempo que têm sua autonomia limitada na seara econômica. Noutros símbolos, a capacidade de os Estados-nação adotarem políticas econômicas desatreladas de influências externas vem se tornando cada vez mais débil.

Essa situação ocorreu em diversos países, inclusive no Brasil, desde os anos 1980, tendo por principal consequência o início do desmonte do aparato estatal federal. Por outro lado, verificou-se, ainda que, timidamente, os entes subnacionais assumiram uma posição de destaque cada vez maior na economia – a intervenção estatal, notadamente, sobre o domínio econômico, passou em grande medida a ter por protagonistas os entes subnacionais. Isso porque esses entes vêm aumentando o seu poder político e sua autonomia financeira e fiscal, não raro acompanhados da assunção de encargos. Exemplos emblemáticos são os Estados e os Municípios brasileiros com o advento da Constituição Federal de 1988.

No Brasil, como em vários outros países, durante as décadas de 1940 a 1970, a intervenção estatal no domínio econômico esteve preponderantemente submetida à coordenação dos estados nacionais.

²³⁷ OHAME, Kenich. **O fim do Estado Nação**: a ascensão das economias regionais. Rio de Janeiro: Campus, 1996, *passim*.

²³⁸ Os Estados-regiões podem ser entendidos como unidades econômicas que, embora contidos nas fronteiras dos Estados-nação – ou abrangerem vários países -, o seu foco de ação não é local, haja vista que a orientação e as relações desses entes se dão com a economia global.

Não obstante, a partir dos anos 1970, a crise do modelo keynesiano de Estado intervencionista acarretou um paulatino incremento da capacidade de intervenção das esferas subnacionais, viabilizada por meio dos processos de descentralização em curso, inclusive nos países que não adotam a forma federativa.

Essa descentralização ou “divisão de trabalho”, ou seja, divisão de responsabilidades e encargos entre o ente central e os entes subnacionais, é particularmente complexa nas federações.

Nesse contexto, para a abordagem da indução por meio de normas tributárias, merece destaque a necessária e desejável articulação e coordenação entre políticas de desenvolvimento regional implementadas pelos Estados e as políticas a cargo da União. Assim, é necessária a harmonização entre as políticas regionais e nacionais, ou seja, o estabelecimento do equilíbrio entre a soberania nacional e a interdependência entre as entidades federadas, com a preservação do pacto federativo.

As teorias sobre desenvolvimento nos anos 1950 reservavam aos governos nacionais – a União nos estados federados – o papel de protagonista, pois o desenvolvimento era entendido numa perspectiva ampla, estrutural.

Posteriormente, a dimensão regional e a local foram valorizadas, por meio da ênfase nos méritos da concorrência intergovernamental, a exemplo da Teoria do Desenvolvimento Endógeno, que valoriza as dinâmicas socioeconômicas e políticas locais.

Além disso, essa teoria questiona a eficiência da União na estruturação e na execução de políticas de desenvolvimento regional. Assim, à diminuição do protagonismo da União somou-se o robustecimento da autonomia federativa, o que redundou na substituição das políticas federais de desenvolvimento por políticas estaduais com esse propósito que, embora estruturadas, padecem de falta de coordenação.

Para a Teoria do Desenvolvimento Endógeno, o desenvolvimento é um processo estrutural e de crescimento econômico, conduzido pela comunidade local, uma vez que a esta emprega o seu potencial para melhorar sua qualidade de vida.

Ademais, a sociedade empresarial local organiza os fatores produtivos locais, ao passo que tenta reforçar os valores e as instituições locais para que forneçam

alicerce para o desenvolvimento da localidade. Destarte, o magistério de Antonio Vazques Barqueiro²³⁹:

Por um sistema específico de produção capaz de assegurar aos empresários locais o uso eficiente dos fatores produtivos e a melhoria dos níveis de produtividade que lhes garantem competitividade; uma outra sociocultura, na qual os atores econômicos e sociais se integram às instituições locais e formam um denso sistema de relações, que incorpora valores da sociedade ao processo de desenvolvimento; e uma terceira é política e se materializa em iniciativas locais, possibilitando a criação de um entorno local que incentiva a produção e favorece o desenvolvimento sustentável.

Carlos Antônio Brandão²⁴⁰, ao analisar a literatura sobre o tema, chega à conclusão de que ela leva a crer que é possível um novo padrão de desenvolvimento, já que:

Sugere que estaríamos vivendo a possibilidade de consolidar um novo padrão de desenvolvimento, construído totalmente no âmbito local, dependendo apenas da força de vontade dos agentes empreendedores que mobilizariam as potências endógenas de qualquer localidade.

Assim, as localidades teriam que se adaptar para se tornarem receptivas e atraentes, caso queiram conquistar a confiança dos grandes investidores.

Nessa perspectiva, as possibilidades de desenvolvimento estão baseadas no voluntarismo dos agentes locais, que seriam os responsáveis pelos novos investimentos e pelo controle do processo de desenvolvimento.

Esse otimismo não é partilhado por Milton Santos e Maria Laura Silveira, ao analisarem os impactos da guerra fiscal nos lugares, ou seja, nos espaços onde ocorrem esses conflitos decorrentes da busca pela atração de investimentos industriais. Assim, tecem os seguintes comentários:

²³⁹ BARQUERO, Antonio Vasquez. **Desenvolvimento endógeno em tempos de globalização**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística/ Ed. UFRGS, 2001, p. 42.

²⁴⁰ BRANDÃO, Carlos Antônio. **A dimensão espacial do subdesenvolvimento**: uma agenda para os estudos urbanos e regionais. Tese de Livre-Docência apresentada ao Instituto de Economia da Unicamp. São Paulo: Mimeo., 2003, p. 7.

No período globalizado, a velocidade com que os pedaços do território são valorizados e desvalorizados, determinando mudanças de usos, é temerária. E as novas políticas das montadoras, no Brasil, parecem ser um exemplo paradigmático. Para produzir modernamente, essas indústrias convocam outros atores a participar de suas ações hegemônicas, levados desse modo, a agir segundo uma lógica subordinada à da firma global. No plano da produção, conflitos se eliminam e a modernidade se instala....à custa das empresas tributárias. Nos lugares escolhidos, o resto dos objetos, o resto das ações, e, enfim, o resto do espaço, tudo isso é, assim, chamado a colaborar na instalação da montadora; e tudo é permeado por um discurso eficaz sobre o desenvolvimento, a criação de empregos diretos e indiretos, as indústrias de autopeças, a exportação. Nada se fala da robotização do setor, a drenagem dos cofres públicos e de outras infra-estruturas, os *royalties* e o aumento da dívida externa, a importação de peças e de veículos completos. E o território passa a ser organizado e usado com a lógica exclusiva dessa produção, ou melhor, dessa possibilidade de produção, pois em muitos casos não há ainda a implantação das indústrias. [...] E, como um capital globalmente comandado não tem fidelidade ao lugar, este é continuamente extorquido. O lugar deve, a cada dia, conceder mais privilégios, criar permanentemente vantagens para reter as atividades das empresas, sob ameaça de um deslocamento²⁴¹.

3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

1. A ideia de ordem acha-se sempre ligada à de diferenciação – mais à de unidade -, por isso a existência de certos contrastes de atitudes sociopolíticas refletem divergências quanto ao valor e ao papel da diferenciação. Assim, no âmbito dessa diferenciação, estão albergados os conceitos de *ordem econômica* e de *ordem jurídica*, em que a ordem econômica na perspectiva jurídica é a sistematização dos princípios e regras que organizam e disciplinam a atividade econômica.

2. A ordem econômica enquanto especificação da ordem jurídica é uma necessidade do Estado de Direito burguês, cujo desenvolvimento das forças

²⁴¹ SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil: território e sociedade no início do século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.112-113 e 116.

produtivas reclama previsibilidade e racionalidade nas estruturas que alimentam a circulação econômica.

3. O sistema de economia de mercado tem por propósito a eficiente alocação dos recursos escassos. Não obstante, as falhas apresentadas nesse mecanismo devem ser enfrentadas – solucionadas ou abrandadas – por meio da intervenção estatal. Assim, a intervenção estatal no domínio econômico faz-se necessária para a correção das falhas de mercado, que correspondem à ausência dos pressupostos que haviam lastreado a concepção liberal na sua formulação original.

Nos mercados não suficientemente regulados pelo Estado – deixados livres à sua própria dinâmica –, a ineficiência na alocação dos recursos faz surgir distorções socialmente indesejáveis, denominadas falhas de mercado ou imperfeições no mecanismo de mercado.

4. As externalidades – positivas ou negativas – correspondem a benefícios ou custos circulando externamente ao mercado, ou seja, que não são alcançados pelo mecanismo do sistema de preços.

5. As normas tributárias indutoras têm por finalidade interferir no domínio econômico, balizando aos agentes econômicos quanto aos rumos que devem ser seguidos na economia.

6. A intervenção é a atividade *no* e *sobre* o processo econômico, em direção a um mesmo objetivo: a correção das distorções do modelo liberal, por meio da preservação da instituição básica do sistema capitalista, o mercado.

7. Quanto à intervenção do Estado no domínio econômico, entendemos que o aspecto primordial a ser considerado é: em favor de quem ele intervém ou deve intervir.

Por outro lado, a omissão estatal quanto a questões econômicas, no que pertine ao não-regramento do mercado, por exemplo, pode ser considerada como uma intervenção em favor daqueles que são proprietários dos meios de produção, em detrimento dos que não se encontram na mesma posição.

4 GUERRA FISCAL ENTRE OS ESTADOS PELA ATRAÇÃO DE INVESTIMENTOS: A GUERRA FISCAL DO ICMS

4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DE UMA PATOLOGIA NACIONAL: A GUERRA FISCAL

Ao longo do seu desenvolvimento histórico, a guerra fiscal pôde ser conceituada como um processo pelo qual os entes federativos buscam interferir no processo privado de alocação espacial dos investimentos, seja na realocação das plantas já existentes ou na alocação de uma nova planta.

A locução guerra fiscal denota uma situação de disputa econômica desenfreada entre os entes federados, titulares de competência tributária, que buscam atrair para seus respectivos territórios determinado empreendimento econômico, mediante concessão de incentivos fiscais, realização de obras de infraestrutura, capacitação de recursos humanos, oferta de crédito subsidiado etc²⁴².

Gustavo Cavalcanti Costa²⁴³ perfilha entendimento semelhante, ao afirmar que a guerra fiscal caracteriza-se como uma “descoordenada política descentralizada de atração de investimentos privados, mediante renúncia explícita do ICMS”.

Assim, a guerra fiscal é sinal maior das radicalizações e ressentimentos locais e regionais, decorrentes de políticas públicas incapazes de conter o déficit na capacidade de investimento público, assim como as desigualdades regionais gritantes, fruto da ausência de projetos de desenvolvimento pactuados nacionalmente e de posturas políticas desesperadas, de caráter nitidamente desagregador.

Portanto a locução guerra fiscal denota uma situação de conflito federativo. O ente que auferir alguma vantagem impõe, em diversas situações, uma perda a

²⁴² Cf. FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 129: “No âmbito deste conceito, cabe tanto a disputa internacional quanto a interna. Quando o Brasil incentiva a vinda de empresas estrangeiras dos setores automobilístico, de informática, de autopeças etc, participa da guerra fiscal internacional, pois outros países também procedem de forma semelhante no comércio entre nações. Já quando os Estados e Municípios concedem benesses para que as empresas se instalem em seus territórios, o choque é interno”. Cf. tb. SCAFF, Fernando Facury. Guerra fiscal, neoliberalismo e democracia. **Revista de Direito**. n. 11, jan./jul. Santa Cruz do Sul, 1999, p. 135-143, p. 135.

²⁴³ COSTA, Gustavo Cavalcanti. O conflito de competência exonerativa em matéria de ICMS: uma abordagem político-jurídica sobre a ‘guerra-fiscal’ na Federação brasileira. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: RT, n.º 42, jan./fev. 2002, p. 85-99, p. 88.

algum ou a alguns dos demais, já que a guerra raramente é um jogo de soma positiva.

A Federação – cláusula pétrea da Constituição – sai enfraquecida dessa guerra, haja vista que o federalismo cooperativo²⁴⁴ em nada se coaduna com a ausência dessa característica numa guerra fiscal. Quanto às empresas, há as que ganham, mas também as que perdem com a guerra fiscal.

A guerra fiscal está na contramão da história, uma vez que as federações, atualmente, a exemplo da alemã, buscam consolidar e aprimorar o federalismo cooperativo²⁴⁵, em que políticas são traçadas, objetivando reduzir as distorções inatas ao modelo.

²⁴⁴ Cf. ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os laços federativos brasileiros**: avanços, obstáculos e dilemas no processo de coordenação intergovernamental. São Paulo: USP, 2000 (Tese de Doutorado). Há basicamente dois modelos de articulação governamental: o competitivo e o cooperativo, os quais propõem soluções distintas para o problema da coordenação. O primeiro modelo pode ser observado nos Estados Unidos, enquanto o segundo na Alemanha, no Canadá e na Austrália. O modelo competitivo é estudado por economistas e cientistas políticos filiados a Teoria das Escolhas Públicas. Os principais pressupostos do modelo cooperativo estão presentes nas formulações da Escola do Federalismo Fiscal.

²⁴⁵ Cf. PRADO, Sérgio. **A questão fiscal na Federação Brasileira**: diagnóstico e alternativas. Documento elaborado no âmbito do Convênio CEPAL/IPEA (Projeto: Brasil: o estado de uma nação). Brasília: CEPAL, São Paulo: IPEA, 2007, p. 75-76: “A noção de federalismo cooperativo é associada à existência de sólidas instituições que organizam a atuação conjunta dos governos, tornando-se fóruns e instrumentos pelos quais a intervenção estatal é organizada através de um processo continuado de negociação intergovernamental formalizada em grandes e pequenos organismos burocráticos, conselhos intergovernamentais e órgãos colegiados. Na Alemanha, este caráter cooperativo tem sua manifestação mais importante no fato de que a legislação federal uniforme é dominante, mas os estados têm elevada participação na elaboração desta legislação através do Bundesrat, a câmara alta alemã, que é composta por delegados indicados pelos governos estaduais. [...] o Brasil não apresenta quaisquer traços que lembrem o federalismo cooperativo. Antes de tudo, a participação dos interesses estaduais na legislação federal não é técnico-executiva como no Bundesrat alemão, mas é intermediada pela estrutura política fragmentária do Congresso Nacional e por um Senado tradicional, com representantes eleitos, onde os interesses partidários tendem a filtrar e borrar a representação dos interesses estaduais”.

Conforme consta do Bundesrat website, “*The basic idea underlying the democratic and federal constitution of Germany is the division of power. In the performance of their tasks, the Federation and the Länder should work within a mutual checks-and-balance system but also practice mutual co-operation and consideration. The main difference between the German form of federalism and other federative systems when it comes to the division and execution of tasks is that the individual federal state governments participate directly in the decisions of the national state or Federation. This is done through the Bundesrat.*

Within this system of division of power and combined performance of tasks, the Bundesrat has three central functions: it defends the interests of the Länder vis-à-vis the Federation and indirectly vis-à-vis the European Union; it ensures that the political and administrative experience of the Länder is incorporated in the federation's legislation and administration and in European Union affairs; like the other constitutional organs of the Federation, the Bundesrat also bears its share of the overall responsibility for the Federal Republic of Germany. Disponível em: http://www.bundesrat.de/cln_161/nn_10940/EN/funktionen-en/funktionen-en-node.html?_nnn=true Acesso em: 28 abr. 2011.

Nesse sentido, registra Marcos Nóbrega²⁴⁶ que ocorrem situações que podem amesquinhar o ímpeto cooperativo e transitar para um ambiente de competição, “sobretudo quando há uma fragilidade institucional potencializada por uma aguda crise financeira”.

Na mesma linha de pensamento, Otávio Soares Dulci²⁴⁷ destaca que o federalismo é um sistema caracterizado pela autonomia e pela cooperação entre os entes federados. Porém, na guerra fiscal, a autonomia inerente ao federalismo comporta-se não como cooperação, mas como competição, que, por sua vez, acarreta perda para a União, os Estados e os Municípios, transformando-se numa competição predatória, pois os Estados brigam entre si para atraírem investimentos, sem mensurarem os impactos financeiros em suas economias.

A competição pode ser travada de forma vertical ou horizontal²⁴⁸. Para Andrea Lemgruber²⁴⁹, a competição vertical é relativa ao processo de transferências intergovernamentais, com o fito de minorar as distorções do sistema tributário dos entes subnacionais, porém findam, muitas vezes, por incentivar uma “preguiça fiscal”, assim os governos não têm muito incentivo para aumentar suas receitas próprias.

A competição horizontal, por sua vez, é a que mais se destaca e, por meio dela, diversos entes federados disputam recursos mediante a concessão de incentivos fiscais. Nesse cenário, a guerra fiscal entre os Estados tem posição de destaque, dada a magnitude desse conflito.

Não obstante, registramos nossa discordância com o entendimento de Andrea Lemgruber quanto ao fato de as transferências intergovernamentais contribuírem para a “preguiça fiscal”, haja vista que essa assertiva embute um desconhecimento das formas de financiamento dos entes subnacionais, estabelecidas pelo legislador constituinte, quais sejam: a outorga de competência tributária, a fim de que os entes federados possam instituir os seus próprios tributos e, por conseguinte, obter

²⁴⁶ NÓBREGA, Marcos. **Renúncia de receita, guerra fiscal e tax expenditure**: uma abordagem do art. 14 da LRF. Comisión Econômica para América Latina. Disponível em: www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/3526/MarcosNobrega1.pdf. Acesso em: 10 out. 2009.

²⁴⁷ DULCI, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba: Ed. UFMG, n° 18, jun. 2002, p. 95.

²⁴⁸ A competição vertical ocorre entre entes de diferentes níveis, como por exemplo, entre a União e os Estados ou entre os Estados e os Municípios, enquanto a competição horizontal tem lugar entre entes de mesmo nível, como entre Estados ou entre Municípios.

²⁴⁹ LEMGRUBER, Andrea. **A competição tributária em economias federativas**: aspectos teóricos, constatações empíricas e uma análise do caso brasileiro. Dissertação de Mestrado. Departamento de Economia. UNB, 1999. Disponível em: www.federativo.bndes.gov.br. Acesso em: 10 out. 2009.

receitas tributárias e a partilha de receita, mecanismo pelo qual um ente dotado de competência tributária repassa para outros entes parte do produto da arrecadação de determinados tributos, seja de forma direta, seja de forma indireta, por meio de fundos, a exemplo do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Esses mecanismos de transferências exercem o papel de buscar a equalização das necessidades de financiamento²⁵⁰ dos diversos entes da federação, considerando as bases econômicas que estão no âmbito de competência de cada um desses entes, assim como as assimetrias em termos econômicos entre eles.

A questão das transferências intergovernamentais foi estudada por Sergio Prado²⁵¹, que registra:

[...] as questões centrais do federalismo fiscal se referem à formatação de mecanismos e instituições para lidar com o que é referido, no jargão técnico, como brecha vertical, ou '*vertical gap*': As características estruturais das federações modernas, no que se refere à atribuição de receitas e encargos (tomados em sentido amplo) entre níveis de governo, resultam na relativa concentração de recursos nos governos superiores e de encargos nos GSN²⁵², tornando necessárias transferências verticais em geral de grande porte, pelas quais se define a distribuição final da capacidade de gastos entre níveis de governo.

A denominada brecha vertical (BV)²⁵³ representa a diferença entre o volume de encargos assumidos pelos GSN, determinado pelo gasto final por eles realizado, e o volume de recursos que estes entes podem obter autonomamente – mediante, por exemplo, o exercício da sua competência tributária -, a partir das bases tributárias que lhes são atribuídas, sem depender de transferências federais.

²⁵⁰ Por equalização das necessidades de financiamento, devemos entender a obtenção dos recursos financeiros necessários para fazer face aos encargos – serviços públicos em geral, custeio da máquina administrativa, investimentos etc. Esses recursos podem ser oriundos de receitas obtidas pela arrecadação dos tributos, notadamente impostos, de competência do ente federado e o restante é obtido por meio de transferências intergovernamentais.

²⁵¹ PRADO, Sérgio. **A questão fiscal na Federação Brasileira**: diagnóstico e alternativas. Documento elaborado no âmbito do Convênio CEPAL/IPEA (Projeto: Brasil: o estado de uma nação). Brasília: CEPAL, São Paulo: IPEA, 2007, p. 6-15.

²⁵² Governos sub nacionais (GSN).

²⁵³ Em geral, a brecha vertical é medida pela relação entre recursos próprios dos entes subnacionais e os gastos totais por eles realizados. Outra forma de quantificação da BV é a relação entre estes recursos próprios e os recursos a eles transferidos pelo ente nacional (governo central GC).

Considerando a crescente descentralização dos encargos, é a persistência de uma atribuição de impostos²⁵⁴ centralizada que constitui o fator determinante da BV.

Em diversas federações, ocorre uma concentração das principais bases econômicas – bases sobre as quais incidem os impostos – no ente central, sob o argumento de que os custos colocados para os agentes econômicos, quando estes têm de atender às diversas legislações, são muito elevados. Outros argumentos utilizados são a possibilidade de os GSN fazerem uso de determinados impostos com a finalidade de interferir na alocação de determinados empreendimentos, maior eficiência e menor custo administrativo da arrecadação centralizada e, via de regra, maior facilidade para a preservação da harmonização do sistema tributário²⁵⁵.

É usual que os impostos mais significativos em termos de fiscalidade, pelos motivos expostos, fiquem no âmbito da competência do ente central, porquanto eles representam - impostos²⁵⁶ sobre renda e sobre consumo – algo entre 70 e 90% das receitas tributárias da maior parte dos países. Assim, a dimensão da BV vai depender da distribuição intergovernamental dos recursos arrecadados com esses impostos, o que, no Brasil, fica desvirtuado em função de uma gama enorme de contribuições não partilhadas com Estados e Municípios. Noutras palavras, o grau em que o governo central se apropria ou controla uma parcela da arrecadação tributária estruturalmente superior aos seus próprios gastos – exceto transferências -, enquanto os GSN conseguem receita fiscal própria sistematicamente inferior aos seus gastos.

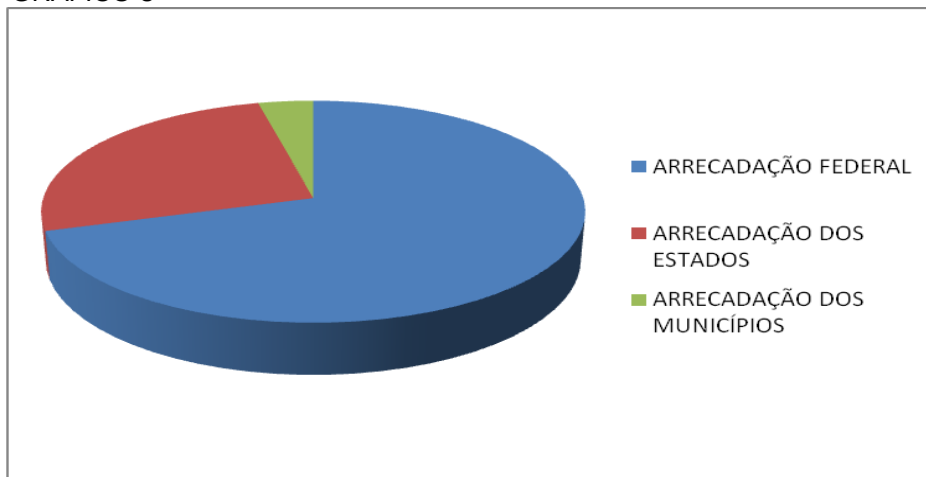
O gráfico 3 demonstra que, no Brasil, a arrecadação está fortemente concentrada na União. Por outro lado, como os encargos estão descentralizados, é natural que ocorram as transferências intergovernamentais.

²⁵⁴ No caso brasileiro, não apenas de impostos, mas, a partir de 1988, das contribuições sociais, que são espécies do gênero tributo, cujo produto da arrecadação não é partilhado com os Estados e os Municípios.

²⁵⁵ PRADO, Sérgio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo G. **A guerra fiscal no Brasil**. Brasília: IPEA, 2000, p. 11.

²⁵⁶ Não estamos considerando, nessa abordagem, a tributação sobre a folha de pagamento, que é, na maioria dos países, vinculada ao financiamento da seguridade social.

GRÁFICO 3



ARRECADAÇÃO EM 2010 (em bilhões): UNIÃO R\$ 137,13 (70,3%); ESTADOS R\$ 70,30 (26,03%); MUNICÍPIOS R\$ 7,14 (3,66%)

Elaboração própria. Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional

Portanto, as transferências intergovernamentais são parte do federalismo fiscal e essenciais ao equilíbrio da federação. Por esse motivo, contestamos a visão dessas transferências como indutoras de uma “preguiça fiscal”.

Já que a guerra fiscal é uma patologia que afeta a federação brasileira e, como tal, acarreta malefícios ao país, trazemos à colação o seguinte conceito de guerra fiscal, formulado por Sérgio Prado e Carlos Eduardo G. Cavalcanti²⁵⁷, que bem sintetiza essa anormalidade do nosso federalismo fiscal, a saber:

A guerra fiscal é um caso de uma classe geral de fenômenos que emergem quando iniciativas políticas de governos subnacionais adquirem conotações negativas e geram efeitos econômicos perversos em decorrência do caráter insuficiente ou conjunturalmente inoperante do quadro político-institucional que regula os conflitos federativos, o qual se revela incapaz de garantir um equilíbrio mínimo entre interesses locais para evitar efeitos macroeconômicos e sociais perversos. No caso em questão, essas iniciativas são o uso de benefícios e incentivos fiscais com a finalidade de induzir a alocação de investimentos nos territórios locais.

Contudo, essa concepção só é adequada se for considerado o momento histórico das disputas pelos novos investimentos, a exemplo daqueles realizados pela indústria automobilística.

²⁵⁷ PRADO, Sérgio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo G. **A guerra fiscal no Brasil**. Brasília: IPEA, 2000, p. 11.

Isso porque a guerra fiscal apresenta outro viés, que é a interferência no processo de concorrência das empresas já instaladas no Estado concedente, a fim de que estas não percam posição relativa frente a outras empresas do mesmo setor, sediadas em outros Estados²⁵⁸.

Os Estados agem dessa maneira porque têm interesse em manter o maior número possível de empresas – notadamente industriais – em seu território, não só para preservar o nível de emprego e renda, mas também devido à repercussão sobre a arrecadação.

Portanto, apesar de a guerra fiscal ser relacionada, basicamente, com o processo de decisão alocativa das empresas privadas, na verdade, também está relacionada com o processo de concorrência setorial entre empresas já instaladas. Seja porque as empresas já instaladas num determinado Estado carecem de incentivos para poder concorrer com empresas incentivadas de outros Estados ou em decorrência da busca de diferencial competitivo essas empresas pleiteiam incentivos no Estado do seu domicílio tributário.

A repercussão da guerra fiscal sobre a concorrência foi objeto de manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em resposta à Consulta nº 0038/99, formulada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE), acerca da nocividade ou não à livre concorrência da guerra fiscal travada entre os Estados. Da resposta à consulta formulada, destacamos os seguintes trechos:

3) Esse brutal favorecimento desnivela o campo em que se desenrola a dinâmica econômica, gerando diversos efeitos para a concorrência e o bem-estar da coletividade, entre os quais:

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

²⁵⁸ Incentivos fiscais afetam a concorrência, pois interferem na formação de preços. Além disso, esses incentivos mascaram o desempenho econômico, inibem a eficiência produtiva e falseiam a competição.

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.

É mais do que evidente, assim, que a guerra fiscal tem efeito altamente prejudicial ao bem-estar da coletividade. [...]

4) A Constituição apresenta uma diversidade de objetivos e princípios que devem ser aplicados da forma mais harmônica possível. A livre concorrência e o bem estar geral constituem alguns deles, a ser compatibilizados com outros, igualmente legítimos, como o da redução das desigualdades regionais.

5) A decisão de conceder incentivos é prevista e aceita na Constituição, desde que determinada de formas específicas, as quais, ao menos formalmente, asseguraram que o órgão concedente (a União ou Estados por unanimidade no CONFAZ) sopesse os diferentes interesses e princípios envolvidos, determine quais os incentivos, quais as regiões beneficiadas e montantes adequados de forma a avançar ao máximo o princípio da redução das desigualdades regionais e afastando o mínimo necessário o outro.

Contudo, o viés locacional é incontestável na guerra fiscal, haja vista que a complexidade do modelo econômico brasileiro acarreta uma concentração produtiva em determinadas regiões do país, o que faz com que essas regiões apresentem vantagens comparativas em uma proporção maior do que as regiões menos dinâmicas economicamente, o que gera uma tendência de crescente concentração econômica.

Por isso, o Estado que detém uma capacidade produtiva mais diversificada e complexa apresenta mais condições de custear uma infraestrutura capaz de receber novas plantas industriais e demais investimentos, o que possibilita um aumento contínuo de suas vantagens comparativas.

Os Estados mais desenvolvidos são capazes de receber novos projetos, que possibilitarão um aumento contínuo de suas vantagens comparativas. Assim, esses

Estados das regiões mais desenvolvidas podem atrair novos investimentos em uma proporção maior do que àqueles das regiões menos desenvolvidas. A seu turno, essa condição é reflexo, também, da maior base tributária que a região mais dinâmica possui em cotejo com as regiões menos dinâmicas²⁵⁹.

Como é natural que o capital prefira uma região que favoreça seu crescimento contínuo e, se possível, ininterrupto, os Estados das regiões menos desenvolvidas buscam compensar o fato de apresentarem menos vantagens comparativas, com a oferta de incentivos fiscais.

É importante mencionar que a guerra fiscal, além de gerar conflitos na Federação, em longo prazo, a generalização do conflito faz com que os ganhos iniciais desapareçam, pois os incentivos fiscais perdem o seu poder de estímulo e se transformam em meras renúncias de arrecadação²⁶⁰. Isso porque, numa situação de conflito generalizado como a guerra fiscal, o que se observa é uma tendência ao nivelamento das vantagens fiscais concedidas pelos diversos Estados. Como numa aplicação da lei da ação e da reação – lei da Física, aqui empregada em sentido figurado à guerra fiscal -, a cada benefício ou incentivo concedido por um Estado, outro Estado concede uma vantagem equivalente. Assim, ao longo do tempo, prevalecerão as vantagens comparativas de cada Estado.

No entanto, um determinado Estado pode criar uma base industrial em seu território, que será uma vantagem comparativa, mesmo numa situação dos incentivos fiscais chegarem ao ponto de equivalência entre os diversos programas de desenvolvimento dos Estados. Assim, o Estado que souber administrar a guerra fiscal e possuir uma estrutura administrativo-econômico-financeira equilibrada poderá tirar proveito da guerra fiscal, seja para o incremento do desenvolvimento econômico, seja para, ao cabo do período de maturação dos investimentos, obter um aumento de receita tributária. Nesse sentido, o exemplo de Pernambuco é emblemático, uma vez que podemos constatar um significativo incremento de receita dos segmentos econômicos com empresas incentivadas, em volume superior ao dos incentivos concedidos.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Luiz Guilherme. Federalismo e guerra fiscal. **Revista Pesquisa & Debate**. v. 10, n. 2(16). São Paulo, 1999, p.110-138, p. 115.

²⁶⁰ FERREIRA, Sérgio G. Reforma tributária e guerra fiscal: competição tributária ou corrida ao fundo do tacho? **Informe-se**, n° 4, jan. 2000. Disponível em: http://www.federativo.bndes.gov.br/f_informes.htm. Acesso em: 12 jan. 2009.

Contudo, os Estados que mais perdem são os mais pobres, que são os que mais concedem incentivos, haja vista apresentarem menores vantagens comparativas e, uma vez que subjacente aos investimentos atraídos para o seu território, desencadeia-se a contrapartida natural, ou seja, o aumento da demanda por serviços públicos, tais como: educação, saúde, transporte, segurança, saneamento básico, entre outras despesas provenientes do crescimento populacional e da elevação da renda *per capita*.

Enfim, a guerra fiscal pode ser entendida como um típico comportamento de *rent seeking*²⁶¹, em que a disputa por novas rendas tende a dissipar o valor da renda que se pretende obter²⁶².

Outro aspecto relevante é que, além dos instrumentos tributários – isenção, diferimento, crédito presumido etc. –, os Estados empregam na guerra fiscal recursos orçamentários, por meio da criação de fundos de financiamento, doação de terrenos e realização de obras de infraestrutura direcionadas a determinadas plantas industriais.

Ademais, verifica-se a instrumentalização de empresas estatais para esta finalidade, em que pese a redução dessa prática decorrente das privatizações.

Destacamos, no entanto, que nas décadas de 1950-1970, notadamente, o desenvolvimento nacional foi, em grande parte, induzido pela União, por meio das sociedades de economia mista.

²⁶¹ Cf. SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento econômico**. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 226-227. As atividades de *rent-seeking* distorcem a alocação de recursos. A locução *rent-seeking* denota as diversas atividades exercidas pelos indivíduos em busca de renda econômica, num contexto institucional extramercado. Essa expressão baseia-se na teoria dos grupos de interesse da economia da regulação e sua abordagem tem sido feita sob a perspectiva do bem-estar social, em função dos custos sociais envolvidos.

A compreensão do *rent-seeking* requer o conhecimento prévio dos conceitos de falhas de governo, de renda econômica e de custo de oportunidade. A renda econômica pode ser definida como a parcela percebida em excesso ao custo de oportunidade, isto é, equivale ao valor auferido acima do melhor uso alternativo do fator econômico. Representa um pagamento desnecessário para atrair o recurso para o seu melhor uso alternativo.

O custo de oportunidade de uma máquina, por exemplo, corresponde a seu valor de uso alternativo mais alto, medido pelo aluguel que ela poderia proporcionar ou pelos juros que o capital correspondente empregado poderia render no setor financeiro.

O crescimento econômico tende a produzir desequilíbrios sociais e regionais. No entanto, a excessiva intervenção do Estado pode acarretar as denominadas falhas do governo, em função das quais o nível de bem-estar da sociedade fica reduzido quando o Estado ocupa o lugar do mercado. Essa crítica parte do princípio de que o excesso de regulamentação acaba provocando perda de eficiência e corrupção, privilegiando determinados grupos, em detrimento do conjunto da sociedade, haja vista que acarreta a elevação tanto dos custos privados como dos sociais.

²⁶² DEBACO, E. S.; JORGE NETO, P. de M. **Competição entre os Estados por investimentos privados**. Centro de Estudos de Economia Regional. CAEN/UFC, 1998. 14 p. (Texto de Discussão, 180)

A partir dessas considerações, é possível constatar que a guerra fiscal pode ser considerada um processo permanente, operacionalizada mediante programas estaduais de desenvolvimento. Ela é um tipo de política pública que busca interferir no processo de alocação de novos investimentos ou na concorrência entre empresas já instaladas.

A compreensão da guerra fiscal, em sua feição atual, requer a análise do ambiente político, econômico e institucional sobre o qual os programas de incentivos são instituídos e operacionalizados.

O Estado brasileiro, historicamente, foi bastante ativo na alocação do investimento, tanto público – intervenção *no* domínio econômico – quanto privado – intervenção *sobre* o domínio econômico. Portanto, a redução dessas intervenções, especialmente a partir dos anos 1990, resultou num vácuo em relação à indução ao desenvolvimento.

A manutenção de políticas nacionais de desenvolvimento regional objetivava atender às reivindicações de maior equidade regional e federativa. Porém, a crise do modelo de financiamento do setor público nos anos 1980 e, posteriormente, a hegemonia do pensamento neoliberal no governo federal acarretaram a redução da atividade interventora da União.

Ademais, as privatizações eliminaram um dos principais instrumentos de que dispunha a União para induzir o processo produtivo em âmbito nacional, que era o setor produtivo estatal.

Some-se a isso o fato de que, a partir do final da década de 1970, os Estados e os Municípios passaram a exigir a desconcentração tributária, o que se consubstanciou com a Emenda Passos Porto e posteriormente com a Constituição de 1988.

Quanto ao aspecto institucional, padecemos de uma ausência de instituições que planejem e que operacionalizem políticas nacionais e regionais de desenvolvimento e que estimulem a cooperação horizontal, seja entre os Estados, seja entre os Municípios.

O corolário da conjugação desses fatores foi uma maior autonomia decisória dos entes subnacionais, robustecendo lideranças locais e favorecendo o advento de

decisões unilaterais no âmbito da federação. Nesse contexto, surgem as políticas estaduais de desenvolvimento e, assim, a guerra fiscal²⁶³.

Em defesa da autonomia para a instituição de políticas estaduais de desenvolvimento, os Estados alegam que a burocracia local é mais adequada para identificar os problemas na economia estadual. Assim, os Estados seriam mais aptos para formular políticas e programas voltados a suprir as necessidades locais.

De fato, essas iniciativas de intervenção levadas a efeito pelos Estados, por um dado prisma, mostram-se adequadas, na medida em que elas aproximam as políticas públicas locais das preferências e das necessidades da população e geram um ambiente propício à experimentação de diferentes formas de execução das políticas, assim como representam um mecanismo de seleção natural daquelas mais adequadas. A questão é a exacerbação dessas práticas, quando o excesso faz do “remédio” um “veneno”.

Num tempo em que é grande a mobilidade dos agentes econômicos, a possibilidade dos entes subnacionais empregarem a estrutura tributária e o gasto público como instrumentos de políticas de atração de investimentos para seus respectivos territórios cresceu substancialmente. Assim, esses entes encontraram o ambiente propício para a implementação de uma competição por investimentos e bases tributárias que causam inúmeros tipos de distorção econômica²⁶⁴.

Contudo, a realidade tem evidenciado que as formulações isoladas de políticas de desenvolvimento provocam conflitos, haja vista que resultam em medidas semelhantes nos demais Estados – lei da ação e da reação –, o que gera uma competição generalizada entre os Estados, que é a negação de um federalismo cooperativo.

Não obstante, diverso entendimento é perfilhado por Marta T. S. Arretche²⁶⁵, para quem a guerra fiscal é tão somente um efeito previsto das regras de operação

²⁶³ Conforme ficou evidenciado no ciclo de debates sobre competição fiscal do Programa Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros & Fundação Getúlio Vargas, sob a coordenação do Prof. Fernando Rezende (Cadernos Fórum Fiscal nº 2 – COMPETIÇÃO FISCAL), há estreitas conexões entre políticas de desenvolvimento, gestão tributária e competição entre jurisdições.

²⁶⁴ VARSANO, Ricardo; FERREIRA, Sérgio e AFONSO, José Roberto. Fiscal Competition: a bird's eye view. **IPEA**, Texto para discussão nº 887, 2002. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=335860. Acesso em: 5 abr. 2010.

²⁶⁵ ARRETCHÉ, Marta T. S. Descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 31 (11), julho 1996, p. 44-66. Cf. tb. ARRETCHÉ, Marta T. S. Políticas sociais no Brasil: descentralização em um estado federativo. São Paulo: UNESP, 1996. Disponível em <http://lasa.internacional.pitt.edu/LASA98/Arretche.pdf> Acesso em: 6. out. 2011.

da Federação e que a maior mobilidade de capitais é a responsável pelo aumento da capacidade de pressão das empresas sobre os governos locais.

Assim, ressalta a referida autora que “criar mecanismos para evitar a guerra fiscal suporia re(centralizar) a autoridade tributária, suprimindo (ou restringindo) a autoridade fiscal dos governos locais”. Além disso, sugere que a expansão da guerra fiscal é apenas uma manifestação virtuosa do processo de ampliação da autoridade²⁶⁶ dos entes subnacionais.

Numa posição contrária à guerra fiscal, Marilene Talarico Martins Rodrigues²⁶⁷ assevera que esse fenômeno ocorre quando um Estado concede incentivos fiscais para o ICMS sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal e sem lei complementar que discipline a matéria. O que se tem é o confronto entre interesses econômicos dos entes federados, que, mediante a concessão de benesses tributárias, procuram favorecer suas economias internas.

Embora sejam raros os esforços para uma especificação mais rigorosa dos múltiplos elementos e fatores que determinam o fenômeno guerra fiscal, Sérgio Prado²⁶⁸ e Carlos Eduardo G. Cavalcanti identificaram, entre os autores que se defrontaram com a sua análise, os seguintes pontos de interseção:

O primeiro desses pontos, sem dúvida alguma, o mais evidente, é tratar-se de uma disputa no contexto federativo. Portanto, é nessa dimensão que se deve procurar uma conceituação precisa da guerra fiscal e uma explicação para o seu acirramento.

Para esses autores, a guerra fiscal tem como condição básica de viabilidade a conjugação de determinado arranjo legal da tributação do imposto sobre valor agregado (ICMS) e a progressiva fragilização da capacidade de regulação das relações federativas por parte do governo central.

O segundo aspecto evidenciado aborda a guerra fiscal como uma forma peculiar de desenvolvimento industrial regional e envolve outro plano de interação,

²⁶⁶ Entendemos que seria mais adequado o termo competência em vez de autoridade.

²⁶⁷ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Incentivos fiscais: desenvolvimento econômico e a jurisprudência do STF para o ICMS: “guerra fiscal” entre os Estados. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). **Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP, 2007, p. 302.

²⁶⁸ PRADO, Sérgio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo G. **A guerra fiscal no Brasil**. São Paulo: Fundap: Fapesp; Brasília: Ipea, 2000, (Federalismo no Brasil), p. 9-10.

aquele entre os governos e o processo privado de alocação espacial do investimento.

A terceira dimensão é relativa aos aspectos fiscais e tributários dos instrumentos utilizados na guerra fiscal e possíveis impactos negativos dos incentivos sobre as finanças estaduais.

Diante desses fatos, é razoável supor que o abrandamento desses conflitos requer o estabelecimento de regras e limites às relações federativas, prerrogativa que só poderia ser exercida pela União.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os Estados e os Municípios passaram a dispor de maior participação da arrecadação da União, mediante o aumento dos coeficientes de distribuição do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM)²⁶⁹.

Esse fato contribuiu, na opinião de Ricardo Varsano²⁷⁰, para a redução do esforço fiscal da maioria dos Estados e contribuiu para o incremento da disputa entre os Estados para atração de investimentos e geração de empregos.

²⁶⁹ O art. 25 da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, assim dispunha:

“Art. 25. Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, a União distribuirá doze por cento na forma seguinte:

I – cinco por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios,
II – cinco por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;
III – dois por cento a Fundo Especial que terá sua aplicação regulada em lei.

.....”
Já o art. 159 da Carta Magna de 05 de outubro de 1988, com a nova redação do inciso I e a alínea ‘d’ acrescentada pela Emenda Constitucional nº 55, de 20 de setembro de 2007, assim dispõe:

“Art. 159. A União entregará:

I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

a) vinte um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

.....
d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decênio do mês de dezembro de cada ano;

.....”
Merece registro que o disposto no art. 2º da Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, que estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle dos Fundos de Participação e dá outras providências:

“Art. 2º Os recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) serão distribuídos da seguinte forma:

I – 85 % (oitenta e cinco por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste;

II – 15 % (quinze por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Sul e Sudeste.”

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp62.htm Acesso em 13.02.2011.

²⁷⁰ VERSANO, Ricardo. **A Guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde**, p. 3. Disponível em: <HTTP://www.ipea.gov.br/pub/ppp15/varsano.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2009.

Não obstante, discordamos dessa opinião, haja vista que, conforme demonstraremos a seguir, a arrecadação do ICMS tem crescido ao longo dos anos, assim como a relação FPE/ICMS tem se mantido estável, a exemplo do que acontece com o Estado de Pernambuco, inclusive com a redução desse percentual a partir do exercício de 2009, coincidindo com o deslanche de diversos empreendimentos atraídos para o Estado.

Nesse sentido, elaboramos a tabela a seguir, com a arrecadação do ICMS e a participação no FPE, ambas do Estado de Pernambuco, relativa ao período 1997-2010.

TABELA 1

Ano	Arrecadação ICMS (em 1000 R\$)	Participação FPE (em 1000 R\$)	FPE/ICMS
1997	1.616.238	676.524	42%
1998	1.719.573	640.497	37%
1999	1.793.661	709.374	39%
2000	2.143.972	840.614	39%
2001	2.394.616	989.247	41%
2002	2.865.016	1.224.276	43%
2003	3.177.688	1.273.618	40%
2004	3.667.071	1.403.883	38%
2005	4.313.803	1.757.032	41%
2006	4.864.103	1.944.539	40%
2007	5.415.683	2.208.733	41%
2008	6.208.668	2.646.260	43%
2009	6.866.445	2.498.314	36%
2010	8.411.014	2.692.740	32%

Elaboração própria, a partir de dados disponíveis em

<http://www.fazenda.gov.br/confaz/boletim/>

Por outro lado, a tabela 2, que retrata a média anual mensal da arrecadação do ICMS, relativamente ao período 2006 – 2010, demonstra um consistente incremento na arrecadação dos principais segmentos econômicos ao longo do período e, portanto, da receita total.

O gráfico 4 representa a variação de arrecadação do ICMS em diversos Estados, o que denota um esforço arrecadatário generalizado.

Esse comportamento da arrecadação do ICMS é uma prova cabal a infirmar as alegações de Ricardo Varsano, de que houve uma redução do esforço fiscal da maioria dos Estados, e de Andrea Lemgruber, de que as transferências intergovernamentais incentivam uma “preguiça fiscal”.

TABELA 2

ICMS - MÉDIA ANUAL MENSAL EM MILHÕES					
	2006	2007	2008	2009	2010
ATACADO	19,7	22,6	28,2	33,9	42,9
ATACADO DE ALIMENTOS	16,9	20,3	22,9	27,5	34,2
BEBIDAS	20,9	25,5	29,4	39,3	49,7
CIGARROS	6,7	7,5	9,0	11,3	11,7
COMBUSTÍVEL	84,7	79,6	92,1	97,6	117,2
ENERGIA	58,0	58,1	57,7	63,7	66,5
INDÚSTRIA	23,4	26,5	32,6	32,6	41,5
INDÚSTRIA DE ALIMENTOS	12,5	15,6	20,3	21,5	20,1
MATERIAL DE CONSTRUÇÃO	17,0	19,6	24,0	27,7	35,7
MEDICAMENTOS	12,4	13,6	16,1	18,4	20,6
OUTRAS ATIVIDADES	4,8	5,1	7,2	10,2	12,8
SUPERMERCADOS	12,0	13,2	14,1	18,6	24,6
TECIDOS	12,8	15,2	18,4	19,3	25,4
TELECOMUNICAÇÃO	56,6	64,1	70,2	68,9	75,0
TRANSPORTES	5,5	6,7	8,4	9,6	12,2
USINAS	1,3	1,8	2,5	3,4	3,7
VAREJO	23,6	28,9	34,0	37,3	48,0
VEÍCULOS	22,1	27,3	34,5	36,3	50,6
SEFAZ	410,8	451,2	521,6	577,1	692,4

Tabela elaborada com dados da arrecadação do Estado de Pernambuco, relativos ao período 2006-2009. Fonte: Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco.

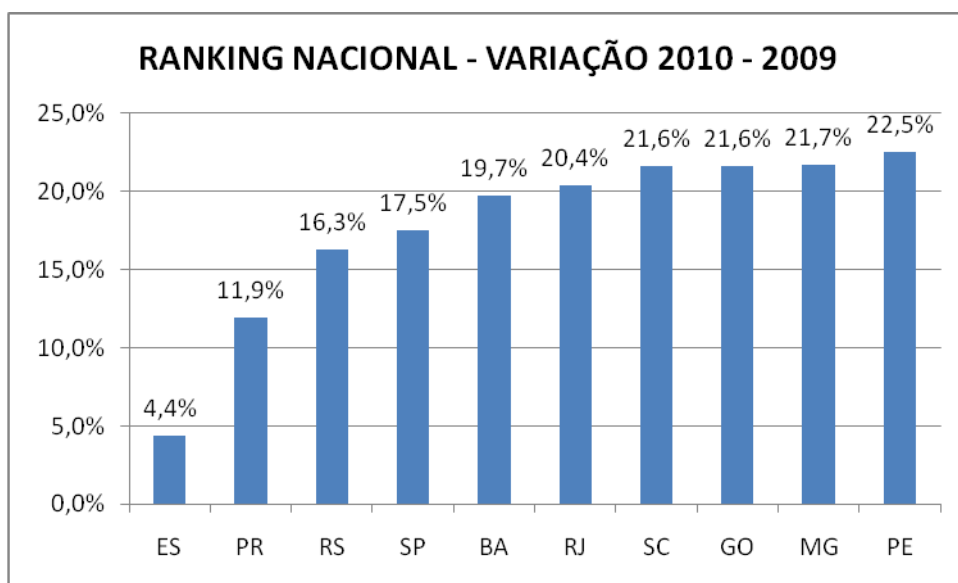


GRAFICO 4 – Fonte: Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco

Portanto, a partir da Carta Magna de 1988, ocorreu uma descentralização política e institucional, que se traduziu em deslocamento de poder em favor dos Estados e dos Municípios.

O sentido democrático da descentralização estimulou a competição entre os Estados e o Distrito Federal de poderem dispor sobre suas receitas relativas ao ICMS, gerando o cenário propício para o acirramento da guerra fiscal.

A guerra fiscal representa o esforço fiscal dos Estados, que, via de regra, ao arrepio da Constituição e da Lei Complementar²⁷¹ n° 24, de 7 de janeiro de 1975, concedem incentivos financeiro-fiscais relacionados com o ICMS.

A bem da verdade, essa “guerra” é travada também pelos Municípios, não obstante o foco deste trabalho ser a disputa entre os Estados.

²⁷¹ Lei Complementar n° 24, de 7 de janeiro de 1975.

“Art. 1º As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica:

I – à redução da base de cálculo;

II – à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III – à concessão de créditos presumidos;

II – à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

IV – a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V – às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.”

No âmbito do ICMS, é vedada qualquer concessão de incentivos ou de benefícios, salvo quando previamente previstos em convênios celebrados entre os Estados e o Distrito Federal, nas reuniões do Conselho de Política Fazendária (CONFAZ). A citada Lei Complementar determina que a aprovação de um benefício deve ocorrer por decisão unânime dos Estados e do Distrito Federal.

Na busca pelos investimentos privados, os Estados estimulam as empresas a efetuarem o que se pode denominar “leilão”, para definir o Estado que irá sediar suas plantas industriais, naquilo que Milton Santos e Maria Laura Silveira²⁷² denominaram de a “guerra dos lugares”.

A qualificação como “fiscal” deve-se ao fato de a disputa ter como instrumento de negociação a arrecadação futura de tributos, em regra, o ICMS, para os Estados e o ISS, para os Municípios. Contudo, ela não está pautada apenas em aspectos tributários, mas, também, contempla benefícios financeiros. Ademais, estas ações, enquanto beneficiam uma Unidade Federada, gera algum prejuízo para outra, de sorte que a guerra fiscal não é um Ótimo de Pareto²⁷³.

²⁷² Cf. SANTOS, Milton; SILVEIRA, María Laura. **O Brasil: território e sociedade do século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 112-3: “A mudança de localização de atividades industriais são às vezes precedidas de uma acirrada competição entre Estados e municípios pela instalação de novas fábricas e, mesmo, pela transferência das já existentes. A indústria do automóvel e das peças é emblemática de tal situação. A política territorial das corporações automobilísticas, que até recentemente buscava as benesses das localizações metropolitanas, a estas acrescenta-se hoje ações de descentralização industrial e coloniza novas porções do território.(...)”

No período da globalização, a velocidade com que os pedaços do território são valorizados e desvalorizados, determinando mudanças de usos, é temerária. (...) Para produzir modernamente, essas indústrias convocam outros atores a participar de suas ações hegemônicas, levados desse modo, a agir segundo uma lógica subordinada à da firma global. No plano da produção, conflitos se eliminam e a modernidade se instala...à custa das **empresas tributárias**. (...) Nos lugares escolhidos, o resto dos objetos, o resto das ações, e, enfim, o resto do espaço, tudo isso é, assim, chamado a colaborar na instalação da montadora. (...) Nada se fala sobre a robotização do setor, a drenagem dos cofres públicos para o subsídio das atividades, a monofuncionalidade dos portos e de outras infraestruturas, os *royalties* e o aumento da dívida externa, a importação de peças e de veículos completos. E o território passa a ser organizado e usado com a lógica dessa produção, ou melhor, dessa possibilidade de produção...Desse modo, e em função da política territorial de uma empresa e da promessa de objetos modernos que chegarão, **os lugares entram em guerra**” (grifos nossos)

²⁷³ Cf. MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. **Finanças públicas: teoria e prática**. Trad. Carlos Alberto Primo Braga. Rio de Janeiro: Campus; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1980, p.67: “(...) a utilização ótima de recursos escassos envolve duas questões básicas. Uma consiste em assegurar a eficiência na utilização desses recursos e a outra em assegurar um estado justo de distribuição. O objetivo da eficiência, que é definido segundo **o critério de Pareto – obtém-se um ganho de bem-estar quando alguém melhora de situação, sem que qualquer pessoa seja prejudicada** – não gera maiores controvérsias.” (grifos nossos). Quanto à questão da distribuição, muitos economistas entendem que é problema estranho à economia, situando-se no campo da política, da filosofia ou da poesia.

Numa esforço de síntese, Maria Abadia da Silva Alves²⁷⁴ classificou os incentivos em três tipos:

Tipo 1 – Concessões prévias para o início da atividade produtiva: doação de terrenos, obras, facilidades de infraestrutura e outras formas de dispêndio financeiro que geram benefícios parciais ou totais para a empresa.

Tipo 2 – Benefícios creditícios associados ao investimento inicial e à operação produtiva: formas diversas de crédito para capital fixo ou de giro. O crédito pode ser oferecido pelo governo estadual, antes do início das operações da empresa, de uma só vez, ou em várias parcelas, ao longo do processo de implantação e/ou operação. Os financiamentos são oferecidos pelas instituições bancárias de investimento, com recurso de fundos estaduais ou de programas de desenvolvimento regional.

Tipo 3 – Benefícios tributários²⁷⁵ relacionados à operação produtiva: a renúncia fiscal pode se dar por meio da redução ou postergação de recolhimento ou, ainda, pela isenção de impostos.

As concessões prévias ao início da atividade produtiva, como a doação de terrenos, execução de obras de infraestrutura e, eventualmente algum benefício creditício associado ao período da construção da unidade industrial, envolvem dispêndio imediato de recursos e, portanto, repercutem negativamente no orçamento estadual.

Quando o empreendimento já está em funcionamento, em que pese numa fase de operação subsidiada – período em que o empreendimento goza dos incentivos fiscais relacionados à atividade produtiva –, ele pode exercer um efeito indutor e deslocar para o Estado incentivador seus fornecedores e, também, outros empreendimentos.

Assim, poderá ocorrer um incremento na arrecadação estadual que pode, até mesmo, ser superior ao que foi despendido e/ou renunciado pelo Estado. Não

²⁷⁴ ALVES, Maria Abadia da Silva. **Guerra fiscal e finanças federativas no Brasil**: o caso do setor automotivo. 2001. 111 p. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001. Para essa autora, a guerra fiscal é um processo permanente, operacionalizado por meio de programas estaduais de desenvolvimento. É um tipo de política de interferência nos procedimentos dos agentes econômicos, ora alocando novas inversões, ora implantando a concorrência entre as empresas já instaladas ou subsidiando o ICMS.

²⁷⁵ O autor trata benefício como sinônimo de incentivo, mas, nesta tese, os conceitos são considerados distintos.

obstante, esses efeitos positivos só poderão ser verificados se os incentivos oferecidos não forem estendidos a esses novos investimentos derivados.

Merece destaque o fato de que o incentivo por meio do ICMS afeta apenas a receita incremental gerada pela empresa, o que não leva a perdas orçamentárias imediatas. De sorte que, ao receber um novo investimento, o Estado tem a receita potencial de ICMS incrementada. Mas, como essa receita adicional decorrente do novo empreendimento é diferida, a arrecadação efetiva continua a mesma, ou pode até mesmo aumentar, mesmo no período de fruição dos incentivos, caso ocorra a indução de novos investimentos não incentivados.

Diante disso, podemos dizer que, do ponto de vista da situação orçamentária corrente do Estado onde se localiza o empreendimento, este componente dos incentivos não tem repercussão. O Estado continua com o mesmo patamar de receita – na pior das hipóteses – que teria caso o investimento não houvesse sido realizado no Estado.

Após o esgotamentos de todos os incentivos, a empresa beneficiada passará a recolher o ICMS no montante normal, incrementando a receita estadual para um patamar mais elevado do que seria possível na sua ausência.

Apesar de essa postura assumida pelos Estados ser deletéria para o pacto federativo, “desde a ótica de um governo estadual, as condições propostas são quase sempre satisfeitas²⁷⁶”. Ademais, a assunção pelos Estados dessa postura deve-se à orfandade de uma política nacional de desenvolvimento, que tenha por escopo mitigar as disparidades inter-regionais quanto aos indicadores econômico-sociais.

Essa orfandade – ausência de políticas de desenvolvimento regional por parte do governo federal – contribuiu para o acirramento da guerra fiscal nas últimas décadas.

²⁷⁶ VARSANO, Ricardo. **A Guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde**, p.3. Disponível em [HTTP://www.ipea.gov.br/pub/ppp15/versano.pdf](http://www.ipea.gov.br/pub/ppp15/versano.pdf). Acesso em: 23 mar. 2009. As condições propostas são basicamente o prestígio político do governante considerado como “desenvolvimentista” e o crescimento econômico experimentado na fase inicial do processo de guerra fiscal. Cf. tb. FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 130: “[...] muitos governos estaduais passaram a se autoproclamar ‘desenvolvimentistas’, concedendo todo tipo de benesse para que as empresas ali passem a funcionar, sem um exame mais detalhado das consequências dos favores deferidos e sem atentarem que a vocação natural do ICMS (principal tributo usado como atrativo para os investimentos) é fiscal, ou seja, tem por objetivo principal a arrecadação”.

Assim, os Estados tomaram para si a responsabilidade de gerar empregos e crescimento econômico a seus cidadãos e de induzir o desenvolvimento em seus territórios.

Por outro lado, para a consecução desse propósito, o principal instrumento utilizado pelos Estados foram – e são – os incentivos fiscais, tornando a guerra fiscal “uma forma peculiar de desenvolvimento regional”²⁷⁷ ou a “expressão mais evidente das políticas estaduais autônomas de desenvolvimento”²⁷⁸.

Dessa forma, um imposto de competência estadual sobre o qual não há controle do governo central nem do Senado propicia um “potencial distorsivo”, que tende a empregar o ICMS como instrumento de política econômica regional em detrimento dos objetivos arrecadatários. Por isso, Sergio Prado²⁷⁹ afirma que esse potencial destrutivo teria sido o responsável pela exacerbação da guerra fiscal no Brasil.

Nessa linha, F. Resende²⁸⁰ assevera que:

[...] o virtual abandono, pelo governo federal, das políticas voltadas ao desenvolvimento das regiões economicamente mais atrasadas fez com que a tendência de redução das disparidades de renda entre regiões Norte e Nordeste e Sul e Sudeste se interrompesse, a partir de meados dos anos oitenta, aumentando as dificuldades dos estados localizados nas regiões mais pobres para sustentar as suas políticas no campo de atendimento às necessidades sociais.

No bojo da denominada guerra fiscal, constata-se uma deterioração das condições financeiras de alguns dos participantes e uma sensível melhora nas finanças dos Estados que lograram êxito no conflito, além do fato de que as

²⁷⁷ PRADO, Sergio. “Guerra fiscal” e políticas de desenvolvimento estadual no Brasil. Texto para Discussão, 2005.

²⁷⁸ FERREIRA, G. D. Políticas estaduais de desenvolvimento e “guerra fiscal”. Dissertação de Mestrado. Instituto de Economia. UNICAMP, 2005.

²⁷⁹ PRADO, S. Distribuição intergovernamental de recursos na Federação. In: REZENDE, F.; OLIVEIRA, F. A. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil: desafios da reforma tributária**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 41-125.

²⁸⁰ REZENDE, F. Modernização tributária e federalismo fiscal. In: REZENDE, F.; OLIVEIRA, F. A. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil: desafios da reforma tributária**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 25-40, p. 29.

renúncias fiscais perdem a capacidade de atrair investimentos, haja vista que todos findam por oferecer vantagens fiscais quase equivalentes. Ao final, os vencedores da guerra são os estados financeiramente mais poderosos, capazes de suportar o ônus das renúncias e, ainda assim, assegurar razoáveis condições de produção. Isso acontece porque a atração de investimentos, como já tivemos a oportunidade de enfatizar, depende das vantagens comparativas de cada Estado.

Registramos que, do ponto de vista operacional, o que viabiliza a guerra fiscal do ICMS é a sistemática atual de tributação das transações interestaduais, já que, conforme dispõe o art. 155²⁸¹, § 2º, da Constituição Federal, o tributo é devido ao Estado do remetente (princípio de origem ou tributação na origem), exceto quando o destinatário da mercadoria é contribuinte do ICMS. Neste caso, adota-se um sistema misto, mediante o emprego das alíquotas interestaduais, cuja diferença de alíquota cabe ao Estado de destino, se o adquirente for contribuinte do ICMS e a aquisição for para uso, consumo ou ativo fixo.

Assim, a adoção do princípio de destino seria uma medida que praticamente²⁸² eliminaria a guerra fiscal do ICMS, apesar de não assegurar que a disputa pelos investimentos não continuaria por outros meios. Essa também é a opinião do então secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda, Bernard Appy²⁸³, para quem “a guerra fiscal existe exatamente por conta dessa alíquota de origem”.

Na hora em que nós transitarmos para a tributação no destino – mesmo com a cobrança na origem -, haverá dois benefícios: um que acaba com a guerra fiscal e o

²⁸¹ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

.....
§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

.....
VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII – na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença de alíquota entre a alíquota interna e a interestadual;”

²⁸² Dissemos “praticamente” porque não há garantia de que a guerra fiscal deixe de existir pela utilização de outros instrumentos, como : financiamentos, doações de terrenos etc. No entanto, acreditamos que com essa virulência não mais existiria a guerra fiscal.

²⁸³ Cf. Notícia veiculada pela Agência Brasil, sob o título “ICMS cobrado na origem eliminará a guerra fiscal, acredita o governo”. Disponível em: [HTTP://www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br). Acesso em: 17 abr. 2009.

segundo benefício é que isso faz com que o ICMS seja de fato uma tributação do consumo e não da produção²⁸⁴.

A tributação no destino, ao fazer com que o ICMS seja efetivamente um imposto sobre o consumo, impõe efetiva restrição à eficácia dos incentivos com esse imposto. Disso decorre que, como todas as saídas de mercadorias destinadas a outros Estados, ao Distrito Federal ou ao exterior não são tributadas – posto não se tributar na origem -, não servem de base para a concessão de incentivos.

Ademais, como a Constituição Federal²⁸⁵ veda aos entes subnacionais a instituição de distinções tributárias de bens e serviços em razão da procedência ou destino, não há como os Estados e o Distrito Federal privilegiar os bens produzidos localmente.

Com essa sistemática, resta como única possibilidade de utilização do ICMS para a concessão de incentivos a redução do imposto a recolher, cujo valor, desta feita, é função do volume de vendas da empresa beneficiária no âmbito do Estado incentivador. Assim, apenas as empresas que pretendam dirigir sua produção primordialmente para esse mercado poderão ser atraídas.

Pode-se, a partir desse ponto, relacionar alguns outros aspectos positivos da adoção da tributação no destino, ou seja, no lugar onde se verifica o consumo, assim como pontos que carecem atenção em virtude do emprego dessa sistemática:

a) Hipótese em que uma empresa X, domiciliada²⁸⁶ no Estado A, tem sua produção direcionada para o exterior. Nessa situação, as saídas de suas mercadorias não são tributadas pelos ICMS (art. 155, X, “a” CF), ou seja, não geram débitos do imposto. Não obstante, as aquisições dos insumos geram créditos, os

²⁸⁴ Cf. VARSANO, Ricardo. **A guerra fiscal do ICMS**: quem ganha e quem perde: “Do ponto de vista nacional, o ICMS é hoje um imposto sobre o consumo; mas, na ótica de cada estado, é um híbrido – parte imposto sobre a produção do estado, e parte sobre o seu consumo. Como a mobilidade dos fatores de produção, especialmente a do capital, é muito maior que a dos consumidores, o imposto sobre a produção é arma muito mais poderosa na guerra fiscal que o do consumo. A minimização do estímulo para dela participar requer que se transforme o ICMS em um imposto sobre o consumo também do ponto de vista do governo estadual. Para tanto, basta adotar o princípio de destino para a tributação dos fluxos interestaduais, a exemplo do que já se faz no comércio exterior”.

²⁸⁵ “Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.”

²⁸⁶ O Código Tributário Nacional (CTN), no seu art. 27, assim dispõe: “Art. 27. Na falta de eleição pelo contribuinte ou responsável, de **domicílio tributário**, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal: I – *omissis*; II – quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que deram origem à obrigação, o de cada estabelecimento; (...)” (grifos nossos)

quais, na ausência de débitos que os compensem, precisam ser ressarcidos à empresa X. Se as aquisições forem realizadas internamente, isto é, de outras empresas domiciliadas no Estado A, o ressarcimento corresponde ao que o Estado A tem de crédito em relação aos produtores dos insumos.

Contudo, se os insumos forem adquiridos no Estado B, cabe a este o imposto relativo aos insumos, enquanto ao Estado A compete a concessão do crédito correspondente.

Assim, a exportação além de não gerar receita para o Estado A, acarreta-lhe um ônus, qual seja, ter que ressarcir o imposto sem que tenha direito ao imposto devido pelos fornecedores dos insumos. Essa situação não se verifica com a tributação no destino;

b) Diferentemente do que ocorre na sistemática atual, caso se aplique o princípio de destino, será possível a desoneração dos produtos cujo consumo representa um peso significativo no orçamento das famílias de menor poder aquisitivo - menor capacidade contributiva – sem que isso gere impacto acentuado nos Estados cuja arrecadação está alicerçada nesses produtos. Dessa forma, será possível mitigar, de forma mais efetiva e ampla, a regressividade inerente a um imposto indireto sobre o consumo, como o ICMS.

Exemplo dessa situação ocorre com os Estados em que as atividades agrícolas têm participação significativa na receita tributária. Nesse caso, esses Estados apresentam dificuldades em desonerar os produtos agrícolas – essenciais à dieta dos seus cidadãos – porque causaria um impacto negativo na arrecadação estadual. Porém, caso adotado o princípio de destino, o consumo interno desses produtos essenciais poderia ser desonerado sem acarretar uma redução significativa de receita.

É sabido que os impostos indiretos sobre o consumo apresentam como efeito colateral indesejável a regressividade. Como meio de abrandar esse efeito, utiliza-se a seletividade, de sorte que, em função da essencialidade do bem ou do serviço, a tributação deve ser reduzida e até mesmo afastada. Nesse passo, o emprego da seletividade implica uma mitigação da regressividade, porquanto os bens e os serviços, quanto mais essenciais, serão menos tributados.

Por outras palavras, enquanto a tributação indireta sobre o consumo não atentar para a capacidade contributiva de quem efetivamente arca com o ônus tributário – o consumidor ou contribuinte de fato –, a seletividade, como que a buscar a justiça fiscal, pelo menos, tenta aproximar a tributação desse ideal.

Registre-se que, se por um lado, a regressividade é uma característica de qualquer tributo indireto sobre consumo, a exemplo do Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) da União Europeia, essa característica torna-se muito mais pronunciada num país com uma péssima distribuição de renda como o Brasil, onde o gradiente entre os níveis de renda é muito grande, já que quanto pior a distribuição de renda mais pronunciada é a regressividade.

c) A adoção da tributação no destino viabilizará uma alteração na distribuição de recursos estaduais em favor dos Estados importadores líquidos em comércio interestadual.

Esses Estados são justamente os mais pobres, que, na atual sistemática, são importadores de bens e serviços dos Estados industrializados e exportadores líquidos de recursos financeiros para esses mesmos Estados.

Por outro lado, devemos reconhecer que a alteração para o princípio de destino há de ser paulatina, uma vez que os Estados cujas economias são mais dinâmicas também têm uma estrutura de financiamento baseada na atual sistemática, sendo inviável e, mesmo, indesejável, uma ruptura abrupta desse modelo.

d) A adoção do princípio de destino requer a reestruturação das administrações fazendárias estaduais, notadamente dos Estados menos desenvolvidos. No modelo atual, a arrecadação tende a ser concentrada em menor número de contribuintes, enquanto o princípio de destino acarreta a capilarização da arrecadação.

Essa concentração decorre tanto da adoção, em larga escala, da substituição tributária, como pelo fato de, a exemplo do que ocorre em Pernambuco, um número reduzido de contribuintes ser responsável pela maior parte da arrecadação²⁸⁷, considerando o ICMS de sua responsabilidade direta. Contudo, atualmente, com a adoção da Nota Fiscal Eletrônica e do Sistema Público de Escrituração Digital

²⁸⁷ Em Pernambuco, em relação a 1000 (mil) inscrições no Cadastro Nacional de Contribuintes Pessoa Jurídica(CNPJ), que correspondem a 2000 (dois mil) estabelecimentos autônomos, concentram-se 80% (oitenta por cento) da arrecadação do ICMS.

(SPEED), esse controle, mesmo com a adoção do princípio de destino, pode ser eficaz. Ademais, a adoção da tributação no destino não inviabiliza a substituição tributária.

Conforme já destacado, a guerra fiscal passa ao largo da Lei Complementar nº 24, de 1975, já que esta Lei veda as concessões de isenções e outros incentivos relacionados ao ICMS, salvo quando previsto em convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que congrega representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência do Ministro da Fazenda.

Sob o pálio da Constituição Federal de 1988, a lei complementar exerce relevante função de dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária entre os entes da Federação, bem como de estabelecer normas gerais em matéria tributária. Nesse sentido, o art. 146²⁸⁸, I e III, da Constituição Federal. A seu turno, o § 2º do art. 155, também da Carta Magna, em seu inciso XII, dispõe sobre o papel da lei complementar relativamente ao ICMS. Dessarte, o legislador estadual e distrital, ao legislar sobre o referido imposto, deve observar as disposições dessa lei complementar.

Contudo, o legislador constituinte, prevendo a desídia do Congresso Nacional, autorizou os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio, a fixarem as normas para regular provisoriamente a matéria, caso no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não fosse editada a lei complementar necessária à instituição do ICMS. É o que estabelece o art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Assim, o Convênio nº 66/88 disciplinou a matéria, até o advento da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

O projeto de lei que deu origem à Lei Complementar nº 87 tinha como propósito, além dos preconizados nos arts. 146 e 155 da Constituição, reforçar as

²⁸⁸ “Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

.....
III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

.....”

normas que coíbiam a guerra fiscal. Não obstante, como alguns governadores entendiam que a utilização de benefícios fiscais vinculados ao ICMS era necessária às suas políticas de atração de investimentos, foi gestado um acordo entre o Senado Federal e o presidente da República, pelo qual o Senado aprovaria o projeto sem alterações, e o presidente vetaria os dispositivos referentes à concessão de incentivos no âmbito do ICMS. Portanto, como os vetos retiraram integralmente os dispositivos que regulamentariam a matéria, permanece em vigor a Lei Complementar nº 24, de 1975, que, apesar de menos rigorosa que os dispositivos vetados, se obedecida, não haveria guerra fiscal com o ICMS.

4.2 PERDAS E GANHOS DA GUERRA FISCAL

Do ponto de vista nacional, a guerra fiscal é inaceitável. No entanto, determinado Estado poderá obter ganhos participando dessa guerra de dinâmica perversa, cujo aprofundamento faz com que muitos percam.

Ao analisar essa questão, Ricardo Varsano²⁸⁹ relaciona as condições que justificam a concessão de vantagens fiscais, especialmente incentivos fiscais. Para identificar essas condições, o autor parte da consideração das distorções provocadas pelas concessões de incentivos fiscais, ao considerar que:

O produto da arrecadação de um tributo nada mais é que uma transferência monetária do setor privado para o setor público. Como tal, não é um custo para a sociedade. O custo social de um imposto origina-se das distorções que causa na alocação dos recursos da economia e, em escala usualmente menor, da necessidade que cria de se alocarem recursos produtivos para, de um lado, administrá-lo e, de outro, dar cumprimento às obrigações fiscais dos contribuintes. Todos os impostos utilizados na prática, por induzirem mudanças no comportamento dos agentes econômicos, afetam a alocação de recursos e, portanto, impõem – uns mais, outros menos – custos à sociedade. Conceitualmente, a tributação justifica-se²⁹⁰ na medida

²⁸⁹ VARSANO, Ricardo. **A guerra fiscal do ICMS**: quem ganha e quem perde. Texto apresentado no Seminário Internacional Políticas Fiscais Descentralizadas. Brasília, 1996, p. 1-19, p. 7-8. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/pp15/varsano.pdf>. Acesso em: 23 mar. .2009.

²⁹⁰ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101: “A tributação tem duas funções principais. (1) Ela determina que proporção dos recursos da sociedade vai estar sob o controle do governo para ser gasta de acordo com algum procedimento de decisão coletiva, e que proporção será deixada, na qualidade de propriedade pessoal, sob o arbítrio de indivíduos particulares. Essa é a repartição entre o público e o

em que o benefício gerado pelo uso público de recursos da sociedade, possibilitado pela arrecadação, seja maior que seu custo de oportunidade, acrescido do custo criado pela tributação. Estaticamente considerada, a renúncia fiscal é sempre injustificada – se há mérito na tributação, o uso privado dos recursos é sempre uma alternativa inferior; e, se não há, não cabe a renúncia, mas, sim, a extinção do tributo.

Tendo em vista a linha de argumentação de Ricardo Varsano, o incentivo fiscal pode ser considerado como uma eliminação marginal do tributo, haja vista que, numa determinada situação, o uso privado dos recursos da sociedade pode acarretar mais benefícios que o uso público desses recursos. Nesse sentido, seria cabível a concessão de incentivos fiscais somente quando houvesse a oportunidade de uso privado dos recursos que:

1. não seriam aproveitados em qualquer ponto do território da unidade considerada caso o incentivo não fosse concedido;
2. sejam efetivamente novos, isto é, uma adição ao investimento na unidade;
3. cujos benefícios sejam, pelo menos parcialmente, apropriados por residentes da unidade, os quais, a menos de externalidades interjurisdicionais (*spillovers*)²⁹¹, são os que perdem com a redução da provisão pública de bens; e que a parte apropriada supere os benefícios gerados pelo anterior uso público dos recursos.

Em comento às condições acima relacionadas, destacamos que a concessão de qualquer incentivo fiscal – uso de recursos públicos por particulares com o fim de estimular investimentos – só se justifica quando, em decorrência da existência de alguma externalidade²⁹², haja uma divergência entre custos – ou benefícios sociais e

privado. (2) ela é um dos principais fatores que determinam de que modo o produto social é dividido entre os diversos indivíduos, tanto sob a forma de propriedade privada quanto sob a forma de benefícios fornecidos pela ação pública. Essa é a distribuição.”

²⁹¹ Cf. MELO, Luzia Maria Cavalcante de; SIMÕES, Rodrigo. Desigualdade econômica regional e *spillovers* estaduais: evidências para o Nordeste do Brasil. **Texto para Discussão nº 364**. Belo Horizonte: UFMG/Gedeplar, 2009, p. 19, 21p: “Segundo teóricos do desenvolvimento desigual, o capital amplia sua área de ocupação por meio de efeitos de transbordamento (*spillovers* espaciais) para áreas vizinhas. Com isso, regiões periféricas são incorporadas por regiões centrais, e outras regiões, que estavam fora da economia de mercado, são inseridas no processo de acumulação do capital, tornando-se assim novas áreas periféricas.”

²⁹² Nesse caso, a intervenção estatal *sobre* o domínio econômico, mediante a concessão do incentivo fiscal, dar-se-á com o propósito de corrigir essa falha de mercado (a externalidade).

privados. Isto é, quando se verifiquem maiores benefícios sociais com o uso privado dos recursos públicos do que aqueles que seriam gerados pelo uso público.

Noutras palavras, o respeito à eficiência requer que não sejam empregados recursos públicos se o uso privado der melhores resultados, e vice-versa; o ideal é que os limites entre os dois sejam determinados de modo a igualar o valor marginal dos gastos públicos e privados, estimado esse valor segundo uma medida apropriada.

Contudo, se a distribuição privada que serve de alternativa para os gastos públicos for injusta, o cotejamento ficará distorcido. Assim, o montante dos gastos públicos será comparado com o valor de gastos privados não verdadeiros.

No entanto, o que desejamos, numa situação ideal, é poder comparar os gastos públicos e privados relativamente a uma sistemática de distribuição justa entre os indivíduos²⁹³.

Outro aspecto relevante dessa análise é que as condições segunda e terceira implicam que a concessão de incentivos fiscais deverá assegurar um incremento no bem-estar da população da unidade da federação concedente do benefício. Portanto, o uso dos recursos públicos para estimular investimentos deve gerar uma adição – que não existiria na ausência do incentivo – à renda futura da referida população, que seja maior que o valor por elas atribuído ao bem cuja provisão pública se reduziu ou deixou de existir²⁹⁴.

A partir das considerações tecidas, constatamos que raramente um empreendimento incentivado, na perspectiva nacional, deve receber incentivo estadual, o que significa dizer que escassos são os casos em que uma batalha da guerra fiscal resulte num ganho líquido para o país.

Como exemplos de concessão de incentivos fiscais com o ICMS, que, do ponto de vista nacional, constitui desperdício de recursos públicos, podemos citar²⁹⁵:

²⁹³ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 102-103.

²⁹⁴ VARSANO, Ricardo. **A guerra fiscal do ICMS**: quem ganha e quem perde. Texto apresentado no Seminário Internacional Políticas Fiscais Descentralizadas. Brasília, 1996, p. 1-19, p. 9. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/pp15/varsano.pdf>. Acesso em: 23 mar. .2009.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 10-11.

1. a atração para o território de determinado Estado de empreendimento situado em outro Estado da federação – realocização do empreendimento. Para esse fim, são empregados recursos públicos para gerar um lucro adicional para a empresa incentivada, lucro este desnecessário para assegurar sua existência ou permanência no país. Mais deletéria é essa prática quando a localização original tenha sido corretamente escolhida, ou seja, quando foram considerados os diversos fatores que devem ser observados para definição do local em que o empreendimento deva ser localizado: proximidade do mercado consumidor e das fontes de matérias primas e insumos, disponibilidade de mão de obra qualificada, sinergia com as demais unidades produtivas da região etc. Nessa hipótese, os recursos públicos renunciados serão, em parte, consumidos pela ineficiência alocativa²⁹⁶ decorrente de uma localização inadequada;

2. a concessão de incentivos fiscais a empreendimentos de empresas multinacionais que se instalariam no país, ainda que em outro Estado, mesmo que não houvesse o incentivo. Essa situação representa desperdício de recursos públicos, que poderiam ser empregados em ações que melhorariam a qualidade de vida da população. Portanto, numa perspectiva nacional, os incentivos só seriam legítimos caso a empresa não viesse a se instalar em qualquer ponto do país sem os referidos incentivos²⁹⁷;

3. tratando-se de empreendimentos a serem realizados com capital nacional, há uma restrição adicional importante para que se possa caracterizar como legítima

²⁹⁶ A ineficiência alocativa acarreta uma ineficiência econômica. Cf. NASCIMENTO, Sidney Pereira do. Guerra fiscal: uma avaliação comparativa entre alguns Estados participantes. **Economia Aplicada**, Ribeirão Preto, v. 12, n° 14, dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-8050200800040007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 24 mar. 2009, “Em termos gerais, a ineficiência econômica é o resultado de uma ação individual que afeta, diretamente, o nível de satisfação de outro agente. Quando na escolha de um comportamento que consideram ótimo, indivíduos não internalizam o ‘mal’ que causam ao vizinho, o resultado da ação não será ótimo do ponto de vista social (embora possa ser do ponto de vista individual). Dado que a decisão pela alíquota de ICMS ótima não leva em conta o prejuízo que sua imposição gerará no Estado vizinho, esta alíquota será fixada em nível diferente do que seria eficiente. Isso implica, dentre outros efeitos, uma oferta de bens públicos abaixo do socialmente desejável”. Destacamos que seria mais apropriado o autor referir-se ao ônus do imposto e não à alíquota.

²⁹⁷ Cf. TRAMONTINI, Odair. **Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 124: “No Brasil, é dramática a experiência quando se trata de aferição de eficiência dos atos concessivos de benefícios fiscais. Não há uma preocupação com o binômio custo-benefício para a sociedade. Muitas vezes, o custo de cada emprego gerado é elevado e os impostos que deixam de ir para os cofres por conta do incentivo também são consideráveis, sendo que, numa aferição séria, pode constatar-se que, dificilmente, o empreendimento tem o retorno social apregoadado”.

a concessão de incentivo fiscal. O ingresso no país de capital externo acarreta uma adição ao investimento no país, restando apenas verificar se o mesmo ocorreria ou não na ausência do incentivo. Quanto ao capital nacional, é necessário saber qual seria o uso alternativo dos recursos, ou seja, qual seria a aplicação dos recursos privados caso fosse inviável o empreendimento pela falta de incentivo, se esses recursos privados seriam destinados a consumo ou a investimento no exterior. Assim, só haveria justificativa para a concessão de incentivos fiscais com o propósito de se evitar que os recursos privados fossem destinados ao exterior.

Em relação aos aspectos negativos da guerra fiscal, podemos ainda relacionar:

- a) perda da capacidade de planejamento e de controle efetivo dos poderes públicos sobre as estratégias de desenvolvimento;
- b) importações incentivadas em detrimento da produção nacional;
- c) ineficiência econômica decorrente do deslocamento improdutivo de mercadorias entre os Estados.

Esses deslocamentos derivam, em grande medida, da distorção alocativa do empreendimento incentivado.

Por causa da não otimização da localização do empreendimento, encontramos situações em que o mercado fornecedor de insumos e de matérias primas está distante, assim como o mercado consumidor, o que resulta num “passeio” dessas mercadorias pelas estradas brasileiras, acarretando o desgaste prematuro da malha rodoviária e todos os demais inconvenientes de um fluxo intenso de veículos, tais como: elevado consumo de óleo diesel, desgaste de pneus, piora da qualidade do ar etc. Tudo isso provoca aumento do custo final ao consumidor e perda da competitividade mercado internacional.

Um dos aspectos centrais de quaisquer políticas de desenvolvimento lastreadas na concessão de incentivos fiscais é a geração e manutenção de postos de trabalho. Portanto, é indispensável que o gestor público busque o melhor resultado entre os possíveis – em termos de quantidade e qualidade dos postos de trabalho. Assim, quando da concessão dos incentivos, o ente concedente deve avaliar os resultados – desenvolvimento econômico *versus* renúncia fiscal – que deveriam ser alcançados pelo empreendimento incentivado, ou no dizer de Odair

Tramontini²⁹⁸, deve substituir “a ótica privada de avaliação de custos e resultados (lucros) por uma abordagem que revele os custos e os benefícios sociais resultantes do projeto apresentado pelo particular”.

Aspecto relevante da guerra fiscal é o incremento da regressividade da estrutura tributária, tendo em vista que os Estados procuram atrair fatores móveis por meio de redução do ônus tributário. Ao mesmo tempo, para manter o orçamento proximoamente equilibrado, incrementam a carga tributária sobre os fatores menos móveis. Contudo, como o capital é mais volátil do que o trabalho, a carga tributária tende a onerar mais o trabalhador-consumidor, notadamente aquele menos qualificado²⁹⁹.

Os incentivos fiscais com base no ICMS são os principais mecanismos de fomento da guerra fiscal, mas esses não são os únicos instrumentos utilizados. Além dos incentivos de natureza tributária, são concedidos incentivos financeiros, a exemplo dos financiamentos com taxas de juros nulas ou inferiores às taxas praticadas pelo mercado e correção monetária nula ou parcial, o que, num primeiro exame, pode levar à conclusão de grande perda de recursos para os Estados, especialmente se for levada em conta a inflação, que, embora atualmente reduzida, não pode ser desconsiderada em virtude do longo período para amortização desses financiamentos.

Por outro lado, só considerar esses enfoques é amesquinhar a análise que o problema requer. Sem dúvida, há um considerável custo fiscal relacionado a esses investimentos, mas é preciso estabelecer a diferença entre o custo fiscal do Estado que sedia o investimento e o custo fiscal do país. Assim, faz-se necessário considerar três fases ou etapas do investimento incentivado para avaliar se é vantagem ou não para o Estado a concessão dos incentivos. Assim, destacamos as seguintes fases:

1. fase de implantação da unidade produtiva: é curta relativamente ao período de vigência da maioria dos incentivos. Corresponde ao período de construção civil e da aquisição das máquinas e dos equipamentos. Nessa fase, é que se verifica a doação de terrenos, a realização de obras de infraestrutura e a concessão de

²⁹⁸ Cf. TRAMONTINI, Odair. **Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 123.

²⁹⁹ NASCIMENTO, Sidney Pereira do. Op. cit., p. 683.

créditos subsidiados. Portanto, nessa etapa, ocorrem dispêndios no curto prazo que causam impactos orçamentários negativos;

2. fase de operação com incentivo: é a etapa em que a empresa está operando, porém goza de algum incentivo. É a mais importante para análise em curso, haja vista envolver o maior período de fruição dos incentivos. Nela, ainda podem ocorrer perdas orçamentárias, mas a empresa incentivada pode exercer um efeito indutor ao deslocar para o Estado seus fornecedores – a exemplo dos sistemistas³⁰⁰ da indústria automobilística – além de outros investimentos, provocando um incremento na arrecadação estadual, que pode superar o que foi renunciado/gasto pelo Estado. O problema está na extensão dos incentivos aos investimentos derivados, apesar do fato de o incentivo por meio do ICMS repercutir apenas na receita incremental gerada pela empresa incentivada, evitando redução do atual patamar de arrecadação. Portanto, como a receita incremental diferida decorre de novo investimento, a arrecadação atual permanece inalterada ou até mesmo pode crescer, ainda nessa fase;

3. fase pós-incentivos: é a etapa em que findaram todos os incentivos. Nela a empresa incentivada passa a recolher normalmente o ICMS, sem reduções ou postergações, o que implica uma elevação no patamar da arrecadação.

Do exposto, destacamos que as etapas 1 e 2 são consideradas fases em que há um comprometimento do Estado para com a empresa subsidiada, sendo, portanto, as de maior relevância para a análise dos custos suportados pelo Estado em decorrência de sua política de incentivos.

No âmbito estadual, a guerra fiscal traz como benefício o fato de que a atração de investimentos produz efeitos indutores sobre novos investimentos de fornecedores e prestadores de serviços. Desde que o Estado não subsidie também esses setores, deve ocorrer, até mesmo, elevação da arrecadação em relação àquela existente antes do empreendimento incentivado.

Por oportuno, destacamos que esse poder de atração relativamente às empresas fornecedoras e prestadoras de serviço está condicionado à diversidade da

³⁰⁰ Nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei estadual nº 13.484, de 29 de junho de 2008, que institui o Programa de Desenvolvimento do Setor Automotivo do Estado de Pernambuco, “Considera-se empresa sistemista, para fins da presente Lei, o estabelecimento industrial que fornece conjuntos de componentes, relacionados em decreto do Poder Executivo, diretamente para o estabelecimento industrial de veículos beneficiário desta Lei”.

estrutura industrial do Estado. Nesse sentido, pode ocorrer que Estados menos desenvolvidos tenham dificuldades para atrair a rede de fornecedores dos segmentos de mercado atraídos por sua política de incentivos fiscais.

Outro aspecto favorável ao Estado que tem uma política de incentivos fiscais é o aumento do emprego e da renda no seu território. Esses efeitos, por sua vez, acarretam o aumento da demanda local, que gerará aumento na arrecadação do ICMS.

Glenda Dantas Ferreira³⁰¹ destaca que a competição acarreta um maior desenvolvimento de mecanismos institucionais locais de apoio e interação entre Estado e iniciativa privada, o que amplia a eficiência da atuação integrada entre governos estaduais e municipais. Não obstante, a referida autora não comprova com evidências empíricas o alegado.

4.3 A GLOSA DE CRÉDITO DO ICMS A QUE FAZ JUS O CONTRIBUINTE DESTINATÁRIO: A REAÇÃO DO ESTADO PRETENSAMENTE PREJUDICADO COM O INCENTIVO CONCEDIDO UNILATERALMENTE

Um corolário da guerra fiscal é a glosa dos créditos fiscais decorrentes de operações interestaduais, em que o contribuinte remetente goza de incentivos fiscais concedidos pelo Estado do seu domicílio tributário, concedidos à revelia do estabelecido na Constituição Federal.

Nesse sentido, vislumbrando a perversão da guerra fiscal. De forma contundente, Júlio M. de Oliveira esclarece o que segue:

A denominação “guerra fiscal”, a nosso ver se apresenta inadequada, pois o embate travado entre as Unidades da Federação, aí incluído o Distrito Federal, não acarreta qualquer

³⁰¹ FERREIRA, Glenda Dantas. **Políticas estaduais de desenvolvimento e guerra fiscal**. 2005. Dissertação (Mestrado em Economia). Universidade Estadual de Campinas, 2005.

penalidade aos entes federados, mas apenas aos contribuintes neles sediados. É uma cômoda guerra onde os exércitos que sofrem baixas não são aqueles que adotam a conduta belicosa.

Trata-se, na verdade, de autêntico terrorismo de Estado, no qual os entes federados estimulam os cidadãos a adotarem condutas baseadas em legislação local em confronto com a legislação constitucional e nacional complementar. Há um nítido choque de legislações. O Estado induz os cidadãos a descumprirem as normas da Federação oferecendo benefícios do ICMS contrários ao ordenamento jurídico. Há, portanto, uma quebra do pacto federativo, minando aquilo que é o esteio da Federação: a base econômica que viabiliza a manutenção da autonomia de cada ente federado³⁰².

Acrescentamos a essas considerações a imprevisibilidade da conduta estatal no trato com a matéria tributária e o desrespeito aos limites constitucionais postos, o que induz os demais sujeitos da relação jurídica ao desprezo do sistema tributário.

Ademais, os diplomas legais concessivos dos incentivos fiscais constituem normas integrativas do ordenamento jurídico e, assim, projetam seus peculiares efeitos jurídicos, em razão do que seus mandamentos devem ser observados pelos respectivos destinatários.

Portanto, só após a eventual declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, e por intermédio da suspensão da execução pelo Senado Federal³⁰³, é que a norma jurídica considera-se retirada do ordenamento e perde sua eficácia³⁰⁴.

O enfrentamento dos incentivos concedidos unilateralmente está previsto na própria Constituição Federal, em seu art. 102, I, “a” – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN). De sorte que não há amparo jurídico no procedimento do Poder Executivo estadual em “sustar unilateralmente a aplicabilidade de normas jurídicas concessivas de incentivos e benefícios, sob o suposto de tratar-se de preceitos inquinados de inconstitucionais”³⁰⁵.

³⁰² OLIVEIRA, Júlio M. de. ICMS e guerra fiscal: origem, destino, natureza e extinção do direito de crédito. In: **Direito Tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 917-932, p. 918.

³⁰³ Art. 52, X da Constituição Federal:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....
X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

³⁰⁴ MELO, José Eduardo Soares de. **Direito Tributário Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 374.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 374.

Não desconhecemos, no entanto, os diversos artifícios empregados pelos Estados concedentes dos incentivos para burlar o controle da constitucionalidade dos seus diplomas legais, a exemplo de: revogação da lei cuja constitucionalidade foi contestada, fazendo com que a ADIN perca o seu objeto; edição de norma que dispõe de forma equivalente, porém por meio diverso, quando julgada a ação etc.

Some-se a isso o lapso temporal necessário ao processamento e ao julgamento dessas ADINs, o que permite que os incentivos inconstitucionais produzam efeitos durante um longo período. Porém, isso não justifica que um erro seja combatido com outro.

Ademais, o princípio da separação dos poderes, inerente às Constituições Republicanas, é incompatível com qualquer juízo arbitrário que possa atribuir ao Poder Executivo o prerrogativa inerente aos órgãos jurisdicionais³⁰⁶. Nesse sentido, o magistério de Alfredo Buzaid³⁰⁷, que assim assevera:

Todos os destinatários da norma jurídica sejam particulares ou funcionários públicos, têm o dever de cumpri-la. Mas o juiz, diferentemente dos demais, é dotado do poder de negar aplicação à lei, verificar que ela é adversa a Constituição, ou a outra lei hierarquicamente superior.

O poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, no Brasil, compete privativamente ao Judiciário. Não o pode exercer o Legislativo, porque lhe é vedado ser juiz em causa própria; aliás a sua função consiste em elaborar ou revogar leis, não em apreciar a sua validade. Também não o pode exercer o Executivo, pois o tornaria superior ao Congresso.

[...] a função de apreciar a inconstitucionalidade privativa do Poder Judiciário, não pode ser exercida concomitantemente pelo Poder Executivo, sob pena de se confundirem as suas atribuições.

A lição de Alfredo Buzaid, apesar de ministrada há mais de cinquenta anos e sob o pálio da Constituição de 1946, permanece atual e compatível com a vigente ordem jurídica.

³⁰⁶ MELO, José Eduardo Soares de. **Direito Tributário Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 374.

³⁰⁷ BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 36, 41-42 e 46.

A segurança jurídica requer a observância das normas do ordenamento jurídico e constitui uma exigência objetiva de regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico, por meio de suas normas e instituições. Como decorrência, sob o prisma subjetivo, a segurança jurídica manifesta-se como a certeza do direito, isto é, como projeção das situações pessoais. Dessarte, decorre de sua publicidade que o sujeito de determinado ordenamento jurídico possa saber, previamente e com clareza, aquilo que é ordenado, permitido ou proibido³⁰⁸.

Assim, os contribuintes têm o direito à segurança jurídica, consubstanciada na observância das normas do ordenamento jurídico ao qual estão submetidos, inclusive quanto às disposições necessárias à dinâmica da não cumulatividade inerente ao ICMS. Portanto, a glosa dos créditos do ICMS a que têm direito os adquirentes de mercadorias cujos fornecedores são incentivados constitui uma ruptura da segurança jurídica e afronta ao princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, Diva Malerbi³⁰⁹ ressalta que só é possível a efetiva segurança jurídica quando os contribuintes tenham prévio conhecimento das exigências (ou dos benefícios fiscais, financeiro etc.) que lhes permita planejar, organizar e exercer suas atividades particulares ou profissionais. Esse conhecimento prévio dos gravames tributários ou das desonerações fiscais possibilita ao empresário mensurar suas obrigações com cautela e de forma organizada.

Quanto ao fundamento constitucional do princípio da segurança jurídica à previsibilidade e à proteção das expectativas legitimamente constituídas, trazemos à colação o seguinte escólio de Humberto Ávila³¹⁰:

O princípio da segurança jurídica é constituído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º). Em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, nomeadamente as de proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e das regras da legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), da irretroatividade (art. 1150, II, “a”) e da anterioridade (art. 150, III, “b”). Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente

³⁰⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel Derecho, 1991, p. 21-22.

³⁰⁹ MALERBI, Diva. Segurança jurídica e tributária. *Revista de Direito Tributário*, nº 47. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 203-211.

³¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 295.

constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal.

Ressaltamos, quanto à segurança jurídica, o aspecto da previsibilidade, apontado tanto por Humberto Ávila, no escólio retrotranscrito, quanto por Hugo de Brito Machado³¹¹, na seguinte passagem:

Não há dúvida de que justiça e segurança jurídica são inerentes à idéia de Direito, e de que estão sempre intimamente relacionadas uma com a outra. A ideia de segurança pode manifestar-se de várias formas, mas a previsibilidade é certamente aquela mais expressiva. A previsibilidade é, sem dúvida alguma, fundamental na ordem jurídica, como fator de realização da ideia de segurança. E a previsibilidade exige que se faça efetivo, tanto quanto possível, o princípio da irretroatividade das normas jurídicas.

Nos termos do art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal, compete à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. Como sabemos, a Lei Complementar n.º 24, de 7 de janeiro de 1975³¹², foi recepcionada³¹³ pela Constituição Federal de 1988 e assim dispõe:

³¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13.

³¹² BRASIL. Lei Complementar n.º 24, de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm. Acesso em: 5 mai. 2010.

³¹³ Tendo em vista o disposto no art. 34, §§ 3º e 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Contudo, há controvérsias com a relação à extensão dessa recepção, se total ou parcial, notadamente, quanto ao art. 8º da referida Lei Complementar. Cf. MELO, José Eduardo Soares de. **Direito Tributário Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.380: “Evidente que o artigo 8º, inciso I, segunda parte, da Lei Complementar n.º 24/75, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que somente não concede o direito ao crédito em casos de desoneração total do ICMS (isenção ou não-incidência). Jamais poderá ocorrer qualquer vedação ao crédito em operações tributadas pelo ICMS (redução de base de cálculo, créditos outorgados etc.)”. Cf. tb. BRAGA, Waldir Luiz; MORENO, César. ICMS: direito a crédito pelo contribuinte destinatário: princípio constitucional da não-cumulatividade: guerra fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n.º 56. São Paulo: Dialética, 2000, maio, p. 116-125, p. 121: “A lei complementar não pode, sob pena de exceder a competência que lhe foi outorgada pelo artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição e, assim, ofender o princípio constitucional da não-cumulatividade, vedar direito a crédito por parte do contribuinte”.

Art. 1º As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei:

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica:

I – à redução da base de cálculo;

II – à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III – à concessão de créditos presumidos;

IV – a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiros-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V – às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

.....

Art. 8º A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I – a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

II – a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

.....

Não obstante o disposto na referida Lei Complementar, incentivos e benefícios fiscais são concedidos de forma unilateral, motivo pelo qual damos como exemplo para ilustrar a glosa de créditos a seguinte situação: o Estado A concede um incentivo fiscal ao Contribuinte CA³¹⁴, de sorte que o ICMS devido por este, ao fim do período de apuração, apresente uma redução em seu montante – em virtude da redução da base de cálculo ou da concessão de um crédito presumido.

O contribuinte CB do Estado B adquire mercadorias de CA e, por esse motivo, faz jus ao ICMS destacado nas respectivas notas fiscais.

Contudo, o Estado B, com fundamento no art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal, bem como nos arts. 1º e 8º da Lei Complementar nº 24, de 1975, edita norma determinando a glosa dos créditos apropriados por CB, naquilo

³¹⁴ Adotaremos a seguinte legenda: CA: contribuinte com domicílio tributário no Estado A e CB: contribuinte com domicílio tributário no Estado B.

que corresponder à vantagem fiscal de CA – imposto não recolhido ou financiado – no Estado A.

A medida adotada pelo Estado B, numa abordagem perfunctória, parece justa, tendo em vista que busca neutralizar não propriamente a ilegalidade praticada pelo Estado A, mas o seu pretenso efeito colateral: o incremento das vendas dos seus contribuintes beneficiários/incentivados aos contribuintes do Estado B.

No entanto, a vantagem instituída pelo Estado A não é afetada – em sua existência/validade/eficácia – pela norma de vedação ao crédito editada pelo Estado B³¹⁵.

Para reputarmos justa a sanção consistente na glosa dos créditos de CB, é necessário que seja injusta a ação que essa glosa visa obstar. No caso vertente, a ação é: adquirir mercadoria de CA – o qual, em seu Estado, goza de vantagens fiscais atinentes à apuração do ICMS devido.

Chama atenção o descompasso entre os antecedentes e as consequências inerentes à norma sancionadora.

O Estado A concedeu vantagem fiscal de modo inadequado. Essa norma, ao conferir vantagem fiscal a CA, permite-lhe praticar preços mais baixos, enfim ser mais competitivo.

A transação entre CA e CB ocorre de forma regular – com observância das leis vigentes, inclusive com o destaque do ICMS devido na operação de circulação de mercadoria.

A seu turno, CB arcou com o custo da operação em que o ICMS integra a sua própria base de cálculo. Assim, independentemente da vantagem fiscal auferida por CA, CB arca com o ônus da operação, do qual faz parte o ônus tributário – CB é o contribuinte de fato.

Noutras palavras, ao cabo do período de apuração, a sistemática relativa ao benefício ou ao incentivo concedido pelo Estado A acarreta uma redução do imposto a recolher por CA. Porém, para CB, o imposto destacado na nota fiscal de venda

³¹⁵ GRANATO, Marcelo de Azevedo. ICMS, guerra fiscal e glosa de crédito concedido sem base em convênio. **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 156, set. São Paulo: Dialética, 2008, p. 80-84, p. 81.

corresponde ao preço efetivo que CB pagou a CA e, assim, o imposto que integra a operação foi, de fato, suportado por CB.

A perversão da norma editada pelo Estado B consiste no fato de ela não produzir efeitos contra a sistemática instituída pelo Estado A - que permanece vigente e eficaz -, mas se volta contra o seu próprio contribuinte CB.

Portanto, se a concessão da vantagem fiscal pelo Estado A foi unilateral, a retaliação adotada pelo Estado B também afronta o ordenamento jurídico pátrio e, o pior, não atinge o produtor da norma contestada (Estado A) ou o seu beneficiário (CA).

Ressaltamos que CB nada ganha do ponto de vista jurídico-tributário. Não há que se confundir a ação praticada pelo Estado A – conceder benefícios e incentivos de forma inadequada –, com a ação praticada por CB - adquirir mercadorias cujo vendedor goza de benefícios e/ou incentivos fiscais, em seu Estado, não previstos em Convênio celebrado no âmbito do CONFAZ.

Tanto isso é verdade que, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade do benefício e/ou incentivo pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a relação entre comprador (destinatário) e vendedor (remetente) não é alcançada.

O Poder Executivo pode, então, tomar as medidas que entender necessárias à proteção da economia do Estado B sempre que outro Estado ou o Distrito Federal conceder benefícios e/ou incentivos fiscais irregularmente, como propor a competente medida judicial contra o Estado faltoso.

No entanto, dentre essas medidas, não pode estar qualquer restrição ao crédito por parte do contribuinte, pois são inconstitucionais³¹⁶ os incisos I e II do art. 8º da

³¹⁶ As disposições contidas nos incisos I e II do art. 8º da Lei Complementar nº 24, de 1975, são inconstitucionais, uma vez que excedem a competência prescrita pelo art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição e, assim, violam o princípio constitucional da não cumulatividade, insculpido no art. 155, § 1º, da Carta Magna. Ademais, Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ICMS e o regime jurídico de incentivos financeiros outorgados pelos Estados e o Comunicado CAT nº 36/04 de São Paulo: distinção entre incentivos financeiros e fiscais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. nº 112. São Paulo: Dialética, 2005, p. 134-144. Neste artigo, o autor afirma que o art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição só cuidou de incentivos fiscais (no caso, tributários), portanto os incentivos financeiros a que se refere a Lei Complementar não estão incluídos na restrição constitucional. Além disso, faz o seguinte comentário: “[...] depois que o tributo ingressou nos cofres da entidade federativa, pode ela tudo fazer, inclusive devolver quantia correspondente ao valor do tributo, que, de rigor, já não é mais tributo. A própria expressão ‘devolução do tributo’ é de absoluta injuridicidade. Aquilo que ingressa nos cofres estatais é tributo. O que sai dos cofres estatais não é tributo. Se foi recolhido indevidamente, já não era tributo antes, pois não há tributo ilegal. Se foi recolhido devidamente,

Lei Complementar nº 24, de 1975. Em caso contrário, restará violado o princípio constitucional da não cumulatividade.

4.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

1. Como a competição – em que pese não se negue a existência de cooperação – é inerente à federação e tendo em vista que os entes federados possuem um grau razoável de autonomia, parece impossível evitar a maior parte dos efeitos negativos oriundos da dinâmica competitiva sem que alguma forma de autoridade central regule as iniciativas isoladas de cada unidade e, por conseguinte, iniba/mitigue a guerra fiscal.

Na nossa opinião, esse papel deveria ser exercido pelo Senado Federal, enquanto Casa da Federação. Porém, um “novo” Senado com traços do *Bunderssat* alemão.

2. As políticas públicas dos Estados, bem como dos Municípios, são direcionadas prioritariamente à satisfação de uma guerra de lugares, enquanto a intervenção e a regulação de conflitos dos extratos sociais mais marginalizados ficam relegados a um segundo plano. Exemplo desse descaso com as questões sociais são os conflitos dos trabalhadores dos canteiros de obras do Complexo Industrial Portuário de Suape, que retratam a situação em que as grandes empresas se apropriam dos frutos do crescimento econômico fomentado com recursos públicos, enquanto os trabalhadores são excluídos da “partilha do bolo”.

3. A guerra fiscal provoca diversas distorções na economia nacional. No entanto, seu abastardamento poderá fazer com que os futuros investimentos retornem maciçamente às regiões de maior desenvolvimento econômico. Se os Estados menos desenvolvidos não tiverem a possibilidade de oferecer vantagens fiscais, os Estados mais desenvolvidos voltarão a concentrar, ainda mais, os investimentos, tendo em vista que nesses há maior possibilidade de retornos financeiros mais volumosos.

extingue-se a relação jurídica tributária e a quantia que ingressou nos cofres estatais pode ter o destino que se pretende outorgar-lhe.”

4. Em que pese a guerra fiscal estar relacionada basicamente ao processo de decisão alocativa das empresas privadas, na verdade, também está relacionada ao processo de concorrência setorial entre empresas já instaladas.

5. A tributação se justifica na medida em que o benefício gerado pelo uso público dos recursos da sociedade, possibilitado pela arrecadação, for maior que o seu custo de oportunidade, acrescido do custo inerente à arrecadação. Assim, o incentivo fiscal só é cabível quando a utilização privada do recurso público for mais proveitosa em termos sociais que o emprego público dos recursos, ou seja, quando o uso privado dos recursos da sociedade acarretar mais benefícios que o uso público desses recursos.

As diversas políticas públicas de indução do desenvolvimento mediante instrumentos tributários – normas tributárias indutoras – apresentam como deficiência a não valorização dos benefícios sociais que deveriam ser gerados em decorrência dessas políticas.

6. Tendo em vista que o desenvolvimento regional e a reversão das disparidades são objetivos da federação brasileira, é, pois, atribuição indelegável do governo central – União – atuar como regulador e mediador dos conflitos, função não desempenhada até o momento, ensejando um processo desordenado de competição.

Nesse sentido, devem ser encontradas formas de regulação e articulação dos interesses dos Estados sem comprometer o desenvolvimento nacional e, também, que os entes subnacionais não sacrifiquem parcela significativa de sua autonomia.

7. A competição fiscal pode erodir, consideravelmente, o poder redistributivo das ações governamentais.

Assim, faz-se necessário evitar ou reduzir os efeitos indesejáveis da competição fiscal, preservando, ao mesmo tempo, parte dos seus benefícios. Portanto, transferências intergovernamentais e harmonização da tributação e de outras políticas fiscais são instrumentos promissores para lidar com a questão.

8. Devido à redução generalizada do ônus tributário, as empresas passaram a escolher sua localização, notadamente em função das condições de mercado e de

produção, que incluem a qualidade da infraestrutura e dos serviços públicos oferecidos.

Em contrapartida, os Estados menos desenvolvidos perderam a capacidade de prover os serviços e a infraestrutura de que as empresas necessitam para produzir e escoar a produção.

9. Pelo prisma nacional, o ICMS, atualmente, é um imposto sobre o consumo. Porém, na perspectiva de cada Estado, isoladamente, é um híbrido – parte sobre a produção do Estado e parte sobre o seu consumo.

No entanto, como a mobilidade dos fatores de produção, notadamente do capital, é bem maior que a dos consumidores, o imposto sobre a produção constitui o principal instrumento na guerra fiscal em relação ao consumo.

Nesse cenário, o desestímulo à guerra fiscal requer a transmutação do ICMS em um imposto sobre o consumo, também do ponto de vista estadual. Para tanto, necessário se faz que a tributação das operações interestaduais ocorra no destino, a exemplo do que já ocorre com o comércio exterior.

10. A guerra fiscal é um fenômeno que se estabelece no âmbito das iniciativas estaduais em busca da ampliação de seus parques industriais, visando alavancar o desenvolvimento regional. Com esse propósito, o ICMS é empregado como instrumento de atração de investimentos, o que acarreta efeitos perversos sobre a principal base de financiamento estadual.

11. Na ausência de qualquer forma de coordenação das políticas estaduais de desenvolvimento, surge um processo de competição em que o maior ganhador é o setor privado, dado que ele consegue, quase sempre, maximizar o volume de incentivos fiscais que, em princípio, viabiliza o investimento, comandando um processo de leilão entre os Estados.

12. Um dos aspectos mais deletérios da guerra fiscal é o fato de os Estados fazerem o ordenamento jurídico de tabula rasa, ou seja, assumirem posturas nitidamente inconstitucionais, em afronta aos princípios informadores da Administração Pública, insculpidos no *caput* do art. 37 da Carta Magna. Não só o Poder Executivo, de forma explícita, contundente, assume essa postura, mas, também, o Poder Legislativo, ao transformar em lei projetos de lei que, sabidamente, afrontam a Constituição.

A seu turno, o Ministério Público e os Tribunais de Contas pecam por omissão; enquanto o Poder Judiciário, via de regra, queda-se inerte, pois só age mediante provocação.

13. As empresas privadas, e também as públicas, promovem um “leilão” entre os Estados, em que pese realizarem minudentes análises de localização que indicam diferentes lugares para destino de suas inversões financeiras – onde o item incentivo fiscal é apenas um dos fatores locacionais e, não raro, um dos menos relevantes.

Porém, ao agir dessa maneira, insuflam a guerra fiscal, a fim de obter a maior vantagem econômico-financeira possível. Contudo, esse “leilão” só é viável em virtude da desarticulação entre os Estados, que acabam manipulados pelas empresas.

14. Quatro fatores podem ser considerados explicativos do processo de dinamização das políticas estaduais de desenvolvimento a partir dos anos 1980, quais sejam:

- a) a crise do setor público brasileiro, em geral, e a fragilização das empresas estatais, em particular;
- b) a interrupção do processo de desconcentração produtiva e o início de um certo movimento de reconcentração industrial;
- c) a retomada dos fluxos de investimentos produtivos a partir de 1994;
- d) a descentralização político-administrativa e tributária.

15. A glosa de créditos pelos Estados do domicílio fiscal dos contribuintes adquirentes de mercadorias em operações interestaduais de fornecedores incentivados ou beneficiados, nos seus respectivos Estados, constitui um autêntico terrorismo de Estado. Isso porque o embate travado entre as Unidades da Federação, aí incluído o Distrito Federal, não acarreta qualquer penalidade aos entes federados, mas apenas aos contribuintes neles sediados.

16. O não reconhecimento do direito de crédito do ICMS, sob o argumento de que se considera “imposto cobrado” nas operações anteriores o valor efetivamente pago e/ou recolhido ao Estado de origem, não considera como valor cobrado o valor

destacado na nota fiscal. Esse procedimento é violador do princípio da segurança jurídica, o qual requer a observância das normas do ordenamento jurídico.

17. Os benefícios e os incentivos concedidos no bojo da guerra fiscal violam o princípio da livre concorrência, apesar de contribuírem, em algumas situações, para mitigar as desigualdades regionais. Ademais provocam insegurança jurídica, inibindo ou desestimulando os investimentos das empresas que não gozem de vantagens fiscais, dado que a concessão sem previsibilidade de benefícios e/ou incentivos fiscais altera radicalmente o mercado e pode inviabilizar inversões realizadas após cuidadoso planejamento.

18. Aspecto negativo da guerra fiscal é que os incentivos são concedidos sem que as empresas incentivadas assumam compromissos com objetivos e com metas ou parâmetros ambientais, como níveis de emissão de gases, logística reversa, qualidade dos efluentes etc.

Assim, no âmbito nacional, corremos o risco de estarmos atraindo para o Brasil as chamadas “indústrias sujas”, ou seja, aquelas que, em decorrência do seu elevado impacto negativo sobre o meio ambiente, encontram restrições muito rigorosas nos países desenvolvidos. Portanto, estamos, em diversas situações, incentivando indústrias rejeitadas nos países centrais e que têm todo interesse em encontrar espaço nos países dispostos a recebê-las. Nesses casos, essas indústrias é que deveriam se mostrar atrativas e não os Estados por meio de suas políticas de incentivos.

19. As diversas políticas de incentivos fiscais pecam pela falta de transparência, o que acarreta um grande problema: as empresas incentivadas nas suas cartas de intenções assumem compromissos vagos, o que dificulta a fiscalização pelos órgãos de controle, a exemplo dos Tribunais de Contas; dos órgãos de controle ambiental; dos sindicatos de trabalhadores, neste caso quanto à efetividade do número de postos de trabalho, padrão salarial, capacitação profissional etc.

20. Entendemos que a utilização de políticas tributárias, tanto em seu aspecto fiscal quanto extrafiscal, visando o cumprimento das funções do Estado, notadamente a sua função social, é legítima e essencial em qualquer das esferas da Federação brasileira.

Nesse sentido, a intervenção estatal pode constituir-se não só em instrumento do desenvolvimento, mas, também, de sua democratização, quando promover a distribuição de seus recursos.

21. Por meio da guerra fiscal, cada unidade federada que dela participa busca soluções apenas para a sua área de jurisdição, pouco se importando com o custo social que essa ação gera nas demais unidades.

Isso ocorre pela omissão da União em coordenar as ações indutoras do desenvolvimento, conforme previsto no parágrafo único do art. 23 e no § 1º do art. 174, ambos, da Constituição Federal. Portanto, essa omissão é inconstitucional.

5 PERFIL DO ICMS E PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES

5.1 ABORDAGEM HISTÓRICA DO ICMS

A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, dispôs sobre a Reforma do Sistema Tributário, levada a cabo em 1965-1966 e incorporada³¹⁷ pela Constituição Federal de 1967. Tal Reforma permitiu ao Brasil dispor sobre o Imposto sobre operações de Circulação de Mercadorias (ICM), imposto racional e livre de incidência em cascata, como ocorria anteriormente com o Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC).

Sob o pálio da Constituição de 1967, o ICM apresentava duas características básicas: a primeira, ser um imposto nacional com alíquotas intra e interestaduais fixadas pelo Senado Federal, e a segunda, ser um imposto sobre produto, com presumida neutralidade fiscal³¹⁸. Entretanto, ao longo de sua implantação, o ICM foi sendo transmutado em seu princípio básico de neutralidade fiscal e nos seus métodos de cobrança³¹⁹.

Sob a égide da Constituição Federal de 1967³²⁰, o ICM não era um imposto seletivo, porquanto, à época, apenas o IPI o era, em função da essencialidade dos produtos (art. 21, § 3º). Conforme dispunha o art. 23, II, § 5º, daquela Constituição, o ICM ostentava caráter eminentemente fiscal, cujas alíquotas eram as mesmas para todas as mercadorias, nos termos assim dispostos:

Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II – operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por produtores, industriais e comerciantes, imposto que não será cumulativo e do qual se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo

³¹⁷ Cf. BALEEIRO, Aliomar. In: **Constituições Brasileiras: 1967**. Themístocles Brandão Cavalcanti, Luiz Navarro de Brito e Aliomar Baleeiro. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 58 (Coleção Constituições Brasileiras, vol. VI): “...em matéria financeira, a Constituição de 1967 repete 98% do que está na Emenda nº 18”.

³¹⁸ Neutralidade em relação ao contribuinte de direito – aquele que integra a relação jurídico-tributária – já que não incidindo propriamente sobre mercadorias, mas sim transitoriamente sobre operações mercantis e prestação de serviços, até recair definitivamente sobre o consumidor final, ou seja, o contribuinte de fato – que não integra a relação jurídico-tributária. Nesse sentido, Cf. MATTOS, Aroldo Gomes de. **ICMS: comentários à legislação nacional**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 53.

³¹⁹ VARSANO, Ricardo. Um método para as reformas. In: **O Brasil no fim do século: desafios e propostas para ação governamental**. Rio de Janeiro: IPEA, 1994.

³²⁰ Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

mesmo ou por outro Estado. A isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes. (redação decorrente da Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983)³²¹

.....
 § 5º A alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, bem como nas interestaduais realizadas com consumidor final; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para cada uma dessas operações e para as de exportação³²². (redação decorrente da Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983)

O sucessor do ICM, o Imposto sobre operações de Circulação de Mercadorias e sobre a prestação de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações (ICMS), alberga as hipóteses de incidência do seu antecessor, assim como situações anteriormente tributadas pela União, como energia elétrica, combustíveis³²³, minerais, comunicação e transporte.

Essa ampliação da base tributária do antigo ICM, assim como da base tributária do ISS³²⁴, foi decorrente da pressão dos Estados e dos Municípios por maior autonomia financeira.

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), duas importantes tendências se destacaram dentre as demais e foram decisivas para o sistema tributário e a federação. Uma foi a mencionada pressão dos Estados e dos Municípios por autonomia financeira, indispensável para concretizar a autonomia política readquirida nas fases derradeiras da transição do regime militar para a normalidade institucional, cujo marco foram as eleições diretas para governadores em 1982. A outra foi a pressão dos movimentos sociais em prol da universalização

³²¹ Emenda Passos Porto. Para uma análise do contexto histórico, político e jurídico. FEITOSA, Raymundo Julyano. **Política tributária no Brasil: 1966/1984**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006, p. 87-93.

³²² Com o advento da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, as exportações ficaram imunes ao ICMS.

³²³ Merece registro a seguinte observação de VARSANO, Ricardo. Por uma reforma tributária modelo 2004. (Nota Técnica). **Boletim de Conjuntura**. Rio de Janeiro: Ipea, set, 2003, n. 62, p. 69-78, p. 71: "Instituída em 2001, a contribuição de intervenção no domínio econômico (Cide) nada mais é do que a volta sorradeira do imposto único sobre combustíveis. O §3º do artigo 155 da Constituição foi alterado para que a sua letra não fosse contrariada pela criação dessa contribuição sobre combustíveis. Mas seu espírito, reservar bases tributárias exclusivas para os estados, ressaltados os impostos sobre o comércio exterior, foi obviamente burlado. Perderam os estados? Não. Perderam os contribuintes, agora mais tributados; e foi prejudicada a competitividade da produção nacional, gravada com imposto adicional sobre insumo importantíssimo."

³²⁴ No âmbito municipal, verificou-se a ampliação da lista de serviços tributáveis pelo ISS.

da educação e da seguridade social – como forma de reverter a exclusão social. Nesse passo, o ICMS é fruto dessas demandas por autonomia financeira, as quais foram atendidas por meio da ampliação das bases tributárias de Estados e Municípios, assim como pelo incremento das porcentagens do IPI e do IR repartidas com esses entes federados, mediante o Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM)³²⁵.

A ampliação das bases tributárias do ICMS e do ISS veio atender aos Estados mais desenvolvidos e aos Municípios de maior porte, enquanto a ampliação das porcentagens do IR e do IPI, repartidas, via FPE e FPM, com esses entes federados, garantiu aportes significativos de receita tributária aos Estados menos desenvolvidos e aos Municípios de menor porte.

Por outro lado, como decorrência da universalização dos direitos sociais, surgiu a necessidade de diversificar as fontes de financiamento da seguridade social, a fim de evitar a dependência de contribuições sobre a folha de salários, mais sensível aos ciclos econômicos e inibidora da contratação de mão-de-obra. Assim, o art. 195 da Constituição Federal criou novas fontes de financiamento e instituiu a figura do Orçamento da Seguridade Social, tendo em vista a preocupação de evitar o desvio de recursos da previdência, como ocorreu quando da construção de Brasília e da hidroelétrica de Itaipu.

A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, ao regulamentar o ICMS, conforme estabelecido no art. 146, III, da Constituição Federal, introduziu importantes alterações nas características econômicas desse imposto, a saber:

1. aproximou-o do conceito teórico de imposto sobre o valor adicionado (IVA), ao estabelecer que todos os insumos produtivos gerarão crédito do imposto pago anteriormente pelo adquirente;

2. transformou o ICMS, que era um IVA tipo produto bruto, em um IVA tipo consumo, ao permitir que os contribuintes se creditassem do imposto sobre os bens que incorporarem seus ativos permanentes;

³²⁵ Anteriormente, com a Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983 (Emenda Passos Porto), ocorreu o aumento na participação do FPE de 11% para 14%, e do FPM de 11% para 16%, ao passo que, com a Constituição de 1988, verificou-se a ampliação do FPE para 21,5% e o FPM para 22,5%. Com o advento da Emenda Constitucional nº 55, de 20 de setembro de 2007, a União repassará 1% ao FPM, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano. As referidas porcentagens são aplicadas sobre o produto da arrecadação do IR e do IPI.

3. adotou o princípio de destino no comércio exterior, ao desonerar as exportações de produtos primários e industrializados semielaborados, assegurando o aproveitamento dos créditos do imposto que o exportador vier a acumular.

Os itens 1 e 2 representam a opção pelo regime de crédito financeiro em substituição ao sistema de crédito físico, enquanto o item 3 configura a adoção de uma postura adotada por quase todos os países relativamente ao comércio exterior, consubstanciada no seguinte: desonerar as exportações e onerar as importações. Registramos, no entanto, que a Lei Complementar nº 87, de 1996, foi sucessivamente alterada, entre outros motivos, para restringir a utilização de créditos fiscais referentes às aquisições de insumos e de bens de capital.

5.2 IMPOSTO POR DENTRO: O IMPOSTO INTEGRA A SUA BASE DE CÁLCULO, TRANSLADA PARA FRENTE O RESPECTIVO ÔNUS FINANCEIRO E MODELA O PREÇO DA MERCADORIA, DE CONFORMIDADE COM A CARGA TRIBUTÁRIA NELE EMBUTIDA

O ICMS, assim como o seu antecessor, o ICM, é considerado como um imposto por dentro³²⁶, conforme a legislação de regência.

À época do ICM, o Decreto-lei³²⁷ nº 406, de 31 de dezembro de 1968, assim dispunha a esse respeito:

Art. 2º A base de cálculo do imposto é:

.....
§ 7º O montante do Imposto de Circulação de Mercadorias integra a base de cálculo a que se refere este artigo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

³²⁶ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. IV. Os tributos na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 261: “O ICMS é calculado ‘por dentro’ do preço de venda da mercadoria. [...] A regra vem desde o início do sistema do ICM e visa a compatibilizar a incidência do tributo estadual com o IPI, que incide ‘por fora’. Alguns doutrinadores consideram-na inconstitucional, mas inexistente registro de declaração judicial de ilegitimidade constitucional”.

³²⁷ A ementa desse Decreto-lei assim dispunha; “Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e da outras providências.”

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Convênio ICM nº 66/88³²⁸, repetindo a mesma orientação do referido Decreto-lei, estabeleceu:

Art. 14. O montante do imposto integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Assim como o Decreto-lei nº 406/68 e o Convênio ICM nº 66/88, a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, também dispôs sobre esse aspecto, nos seguintes termos:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

.....
§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo:

I – o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle
.....

Conforme o estabelecido nas disposições legais transcritas, assim como era o ICM, o ICMS, determinado pela aplicação da alíquota sobre a respectiva base de cálculo, já está contido na sua própria base de cálculo. Dessarte, se uma mercadoria for vendida por R\$ 100,00, sendo esse o valor da base de cálculo do imposto (se esse for o valor da operação de circulação), o ICMS, no montante de R\$ 17,00, resultante da aplicação da alíquota de 17% sobre a referida base de cálculo, já está contido no valor de R\$ 100,00, de sorte que o preço da mercadoria será esse valor e não R\$ 117,00.

Essa característica, denominada de imposto por dentro³²⁹, acarreta consequências que devem ser evidenciadas, haja vista serem pouco conhecidas. A primeira delas é quanto à determinação do preço de venda, ou melhor, para a formação do preço final de cada fase da circulação, haja vista que o alienante deve verificar se esse preço (valor bruto VB) é tal que, após o recolhimento do imposto

³²⁸ O Convênio ICM 66, de 14 de dezembro de 1988, tendo em vista o disposto no art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Transitórias Constitucionais da Constituição Federal de 1988 e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, aprovou as normas destinadas a regular provisoriamente o ICMS. Esse Convênio perdeu a eficácia, em virtude da edição da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

³²⁹ CARIBÉ, Luiz Lustosa Roriz. **ICMS teoria e prática**: creditamento pela diferença das alíquotas; creditamento relativo à operação não tributada e tributação simplificada. São Paulo: LegisBancos, 1995, p. 8-10.

(aplicação da alíquota A% sobre VB), o residual (valor líquido da mercadoria VL) corresponda ao valor líquido por ele desejado.

$$VL = VB - A\% VB$$

$$VL = VB (1 - A\%)$$

$$100 VL = VB (100 - A)$$

$$VB = 100 VL / (100 - A)$$

Nesse passo, se o alienante pretender um valor líquido de R\$ 166,00, com a tributação a uma alíquota de 17%, deverá vender a sua mercadoria por R\$ 200,00.

A segunda consequência ou efeito de ser o ICMS um imposto por dentro é que, estando embutido no preço da mercadoria, via de regra, translada para frente o respectivo ônus financeiro. Exemplificando: o alienante da mercadoria recebe do adquirente o valor de R\$ 200,00 (VB), recolhe ao Estado R\$ 34,00 (valor do ICMS relativo à operação, admitindo que não haja crédito a compensar) e fica com R\$ 166,00 (VL). Portanto, o adquirente é que arca com esse ônus financeiro, mas que, na operação subsequente, repassa-o para o adquirente, até exaurir-se no consumidor final (se esse não for contribuinte do ICMS, ou, mesmo sendo contribuinte, haja restrições ao aproveitamento do crédito). Por esse motivo, é importante que não haja restrições à não cumulatividade, a exemplo das limitações ao creditamento dos bens do ativo fixo.

O terceiro efeito tem como propósito modelar o preço da mercadoria, de acordo com a carga tributária nele embutida (alíquota aplicável), ainda que o seu preço líquido (preço sem considerar o imposto ou VL) mantenha-se constante. Disso decorre que, quanto maior a alíquota, maior será o preço final do produto e vice-versa. Exemplificando: para um valor líquido de R\$ 150,00, temos os seguintes valores brutos:

a) para alíquota de 18% (alíquota efetiva de 21,95%)

$$VB = 100 \times 150 / 100 - 18$$

$$VB = 182,93$$

b) para alíquota de 17% (alíquota efetiva de 20,48%)

$$VB = 100 \times 150 / 100 - 17$$

$$VB = 180,72$$

c) para alíquota de 12% (alíquota efetiva de 13,63%)

$$VB = 100 \times 150 / 100 - 12$$

$$VB = 170,45$$

d) para alíquota de 7% (alíquota efetiva de 7,53%)

$$VB = 100 \times 150 / 100 - 7$$

$$VB = 161,29$$

Assim, o alienante poderá reduzir o preço de venda (VB) à medida que a operação seja tributada com uma alíquota menor. No entanto, se o alienante não reduz o preço proporcionalmente à carga tributária nele embutida, a ocorrência é alheia ao Direito Tributário.

Por outro lado, devemos ressaltar que o fato de o ICMS integrar a sua base de cálculo implica alíquotas efetivas mais elevadas do que as nominais.

5.3 A NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS E OS SEUS ATRIBUTOS

A não cumulatividade do ICMS, conforme previsão constitucional, apresenta vários desdobramentos financeiros, que não podem ficar à margem da análise relativa à concessão de incentivos fiscais.

Entre os doutrinadores, muito se discute sobre a natureza da não cumulatividade, se é um princípio ou uma técnica. Para evidenciar essas perspectivas, trazemos à colação as posições de Hugo de Brito Machado³³⁰ e de Ricardo Lobo Torres³³¹. Para o primeiro autor, a não cumulatividade pode ser vista como princípio e também como técnica. Assim, explica que:

É um princípio, quando enunciada de forma genérica, como está na Constituição, em dispositivo a dizer que o imposto 'será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro estado ou Distrito Federal'. Em tal

³³⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos fundamentais do ICMS**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 130-131.

³³¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. IV. Os tributos na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 298-299.

enunciado, não se estabelece exaustivamente o modo pelo qual será efetivada a não cumulatividade. Não se estabelece a técnica. [...] A técnica da não cumulatividade, a seu turno, é o modo pelo qual se realiza o princípio.

[...] A técnica, portanto, é o que define o regime jurídico do princípio da não cumulatividade do imposto, regime jurídico este que se define em duas espécies, a saber, o regime do crédito financeiro e o regime do crédito físico, ou ainda por uma terceira espécie, na qual são albergados elementos de um e do outro daqueles dois regimes jurídicos.

Ricardo Lobo Torres³³² entende que a não cumulatividade é um subprincípio, conforme o seguinte escólio:

A não cumulatividade é um subprincípio dos diversos princípios de justiça que governam os impostos sobre o valor acrescido: repercussão legal obrigatória, neutralidade econômica, país de destino e capacidade contributiva. Não é um verdadeiro princípio jurídico porque lhe faltam as suas características básicas, a saber: a) a imbricação com os princípios morais; b) a dimensão de peso, que permite a ponderação de interesses. A não cumulatividade contém características de regra. Cumpre-lhe operacionalizar, mediante técnica desenvolvida pela Ciência das Finanças, a concretização de todos os princípios de justiça que informam os impostos sobre valor acrescido [...]

A técnica referida pelos citados autores define o regime jurídico da não cumulatividade do ICMS, regime jurídico esse que apresenta três espécies, a saber: regime do crédito financeiro, regime do crédito físico e regime que contempla elementos dos regimes financeiro e físico.

Conforme disposto no art. 155, 2º, “c”, da Constituição Federal, cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do ICMS. Portanto, pode o legislador complementar adotar o regime de crédito financeiro, ou o regime de crédito físico, assim como adotar um regime com característica de um e do outro.

Para Hugo de Brito Machado³³³, a adoção do regime de crédito financeiro implica um regime de não cumulatividade absoluta, haja vista que fica assegurado o

³³² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. IV. Os tributos na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 299.

crédito do imposto pago em todas as operações de circulação de mercadorias, e em todas as prestações de serviços tributados pelo ICMS, que constituam custo do estabelecimento. Com a adoção do crédito financeiro, não importa se o bem, ou o serviço, compõem o bem a ser comercializado. O que é relevante é “que o bem vendido teve como custo aquele bem, ou aquele serviço, já tributado anteriormente³³⁴”.

Diversamente, o regime de crédito físico é um regime de não cumulatividade relativa. Nesse sistema, só o imposto relativo à aquisição de mercadorias que são vendidas pelo estabelecimento, ou que, no caso da indústria, integram fisicamente o produto industrializado a ser vendido, enseja crédito para compensação como imposto devido em virtude das saídas das mercadorias.

Sob o pálio da Constituição Federal de 1967, era adotado o regime de crédito físico, reproduzido pelo Decreto-Lei nº 406, de 1968, segundo o qual gerava crédito o ICM cobrado ou incidido nas entradas das mercadorias que viessem, posteriormente, a sair do estabelecimento do contribuinte com sua incidência. Portanto, não geravam crédito as aquisições de bens destinados ao uso e consumo do próprio contribuinte, além dos bens destinados ao ativo permanente³³⁵.

Assim, conforme registra Ricardo Lobo Torres³³⁶, “se o ICM seguia o sistema do crédito físico, indubitável que qualquer crédito financeiro que viesse a ser autorizado por lei teria a natureza de incentivo fiscal”.

Não obstante, a Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, assim dispunha:

Art. 26. (...)

.....
§ 2º As indústrias consumidoras de minerais do País poderão abater o imposto a que se refere o item IX do art. 21 do imposto sobre a circulação de mercadorias e do imposto sobre produtos industrializados, na proporção de noventa por cento e dez por cento, respectivamente³³⁷.

³³³ MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos fundamentais do ICMS**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 143-144.

³³⁴ *Ibidem*, p. 143.

³³⁵ MATTOS, Aroldo Gomes de. **ICMS: comentários à legislação nacional**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 290.

³³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. IV. Os tributos na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 303.

³³⁷ Esse tipo de incentivo é o que denominamos, nesta tese, de incentivo cruzado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, observamos a inclusão dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação no âmbito de incidência do ICMS, assim como uma transmutação na sistemática para viabilizar a não cumulatividade, com a adoção do regime de créditos financeiros. Por isso, Aroldo Gomes de Matos traz o seguinte exemplo:

[...] o caso da energia elétrica, bem imaterial equiparado a coisa móvel pelo Direito Penal, quando tipifica o delito de furto, considerado mercadoria para fins de ICMS, que “entra” no estabelecimento e não “sai”, já que nele é consumida. Assim, o ICMS que incidiu nessa operação há de fazer parte do “montante cobrado” nas operações anteriores, para fins de compensação com os débitos do imposto³³⁸.

Em síntese, podemos afirmar que o ICM tributava a circulação de mercadorias pelo regime de crédito físico, em que a apuração do imposto a recolher era feita por meio do abatimento apenas em relação às entradas das mercadorias que iriam, posteriormente, sair fisicamente do estabelecimento, ainda, que integradas a outras mercadorias.

O crédito do imposto, desse modo, só poderia acontecer se as mercadorias entrassem fisicamente no estabelecimento do contribuinte. Nesse sentido, o critério adotado pelo ICM não pode ser aplicado ao ICMS, por ser este um imposto decorrente da fusão de seis tributos, cujo campo de incidência contempla a circulação de mercadorias, a prestação de serviços de transporte e de comunicação e os extintos impostos únicos sobre energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos e os minerais, que passaram a ser tributados como mercadorias. Nesse sentido, o magistério de Aroldo Gomes de Mattos³³⁹:

Ora, segundo a estrutura do princípio da não cumulatividade, o critério do crédito financeiro é racional, simples e um só, não mais perdurando o restrito e superado confronto entre imposto incidente sobre as “entradas x saídas”, e sim o do cotejo global entre “débitos pelas operações e prestações de saídas x montante dos créditos pelas operações e prestações anteriores”, que é feito num determinado período de apuração.

³³⁸ MATTOS, Aroldo Gomes de. **ICMS**: comentários à legislação nacional. São Paulo: Dialética, 2006 p. 291.

³³⁹ *Ibidem*, p. 291.

Em decorrência dessa técnica da não cumulatividade do ICMS – para alguns, princípio -, deve ser paga, em cada etapa de circulação, apenas a diferença entre a tributação da fase atual e da anterior.

A partir dessa dinâmica, Luiz Lustosa Roriz Caribé³⁴⁰ destaca os seguintes atributos da não cumulatividade do ICMS: relação entre o somatório do imposto devido e o débito fiscal da última fase; assunção do encargo financeiro; descapitalização do contribuinte adquirente; inalterabilidade do somatório das parcelas do ICMS e a neutralidade do tributo.

5.3.1 RELAÇÃO ENTRE O SOMATÓRIO DO IMPOSTO DEVIDO E O DÉBITO FISCAL DA ÚLTIMA FASE

Em decorrência do instituto da não cumulatividade, o contribuinte deve pagar, em cada operação ou prestação, a diferença entre o valor do imposto desta operação ou prestação e o da anterior. Portanto, o somatório do ICMS de cada fase deve ser igual ao débito da última, isto é, igual ao imposto decorrente da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo da última fase. Essa regra deve ser observada até mesmo nas operações interestaduais, onde a alíquota aplicável é inferior à interna.

Se o somatório for maior, o contribuinte, em alguma etapa, pagou mais do que o devido. Se menor, pagou menos, exceto na hipótese de outorga de incentivo fiscal.

A importância dessa observação, no contexto desse estudo, está relacionada com as distorções que alguns incentivos podem acarretar num imposto plurifásico como o ICMS, em que seu ônus deve ser repassado em cada etapa ao adquirente e, por conseguinte, ao consumidor final.

5.3.2 ASSUNÇÃO DO ENCARGO FINANCEIRO PELO ADQUIRENTE DA MERCADORIA OU PELO TOMADOR DO SERVIÇO

O ICMS é um tributo que, incorporado ao preço da mercadoria – imposto por dentro -, translada-se para frente, para o comprador, até estabilizar-se, definitivamente, no consumidor final, conforme destacado no subitem 5.3.1.

Para exemplificar, descrevemos a seguinte situação: O contribuinte A vende uma mercadoria para o contribuinte B e este a revende para o contribuinte C, que, por sua vez, vende-a para o consumidor final CF, respectivamente, por R\$ 100,00, R\$ 130,00 e R\$ 150,00. “B”, ao adquirir a mercadoria de “A” por R\$ 100,00, paga, embutido no preço – decorrência do fato de o ICMS integrar a sua própria base de cálculo, o imposto no valor de R\$ 17,00. Destarte “B”, no ato da aquisição, assume o ônus financeiro da tributação desta operação. Porém, ao revender a mercadoria, recebe de “C” o valor de R\$ 22,10, contido no preço da venda – R\$ 130,00 -, mas recolhe ao Estado apenas a diferença de R\$ 5,10, ressarcindo-se dos R\$ 17,00 que pagou a “A”. Dessa forma, “B” transfere para “C” todo o encargo financeiro do imposto correspondente às operações até então realizadas. Portanto, “C”, ao adquirir o ônus de “B”, transferirá-lo-á ao consumidor final “CF”, ao vender a mercadoria por R\$ 150,00, com R\$ 25,50 de ICMS embutidos no preço. Assim, “C” irá recolher, apenas, R\$ 3,40 ao Estado, ressarcindo-se dos R\$ 22,10, anteriormente suportados.

Em síntese:

1. quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte suporta o ônus financeiro do imposto contido no preço da mercadoria. Porém, na saída subsequente, também embutido no preço da mercadoria, o contribuinte transfere para o adquirente seguinte o encargo financeiro da tributação respectiva. Portanto, o contribuinte assume o ônus do imposto temporariamente, durante o período que medeia a aquisição e a revenda da mercadoria para integrar o processo de comercialização ou de industrialização, em definitivo, quando a mercadoria for adquirida para uso, consumo ou ativo fixo, se não houver o aproveitamento integral do crédito;

³⁴⁰ CARIBÉ, Luiz Lustosa Roriz. Op. cit., p. 11-18.

2. como a não cumulatividade translada para frente o ônus do imposto sobre cada etapa da circulação, de sorte que cada uma delas acumula o montante do imposto incidente sobre as etapas anteriores, é possível afirmar que o contribuinte de fato é o consumidor final, uma vez que assume todo o ônus financeiro das diversas etapas. Destacamos, no entanto, que o contribuinte de direito é aquele que integra a relação jurídico-tributária, o que não ocorre com o contribuinte de fato.

5.3.3 DESCAPITALIZAÇÃO DO CONTRIBUINTE ADQUIRENTE

Esse efeito da não cumulatividade do ICMS é mais um argumento contrário à glosa de créditos da qual tratamos no capítulo anterior. Isso porque o adquirente suporta o ônus do tributo, pelo menos até o momento em que consiga transladar o referido valor.

Noutras palavras, o crédito fiscal do contribuinte corresponde ao valor embutido no preço da mercadoria adquirida. Assim, a não cumulatividade demanda que o crédito fiscal imponha ao contribuinte adquirente, exceto na hipótese de incentivo fiscal – incentivo fiscal gozado pelo adquirente e não pelo alienante -, a descapitalização correspondente à tributação incidente na aquisição da mercadoria ou do serviço. O valor compensável do imposto é desembolsado³⁴¹ pelo adquirente.

Por esse motivo que, quanto menor for o crédito fiscal, menor também será o desembolso do contribuinte, no ato da aquisição da mercadoria.

A título de exemplo, analisemos a seguinte tabela:

Alíquota/valor	17%	12%	7%	isenção
Valor bruto (VB)	100,00	94,32	89,25	83,00
ICMS	17,00	11,32	6,25	zero
Valor líquido	83,00	83,00	83,00	83,00

³⁴¹ Em que pese esse valor seja contabilizado no ativo circulante, na conta créditos, em impostos a recuperar ou a compensar.

Classificam-se no ativo circulante as disponibilidades, os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, os estoques e as aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte. Os créditos representam os direitos realizáveis até o final do exercício social subsequente.

Dessa tabela, depreendemos que o adquirente paga o valor bruto proporcionalmente à carga tributária do produto, o que evidencia a redução do desembolso em função da alíquota aplicada (e, portanto, do ônus tributário).

5.3.4 INALTERABILIDADE DO SOMATÓRIO DAS PARCELAS DO ICMS

O somatório do imposto devido em cada operação deve ser igual ao débito fiscal relativo à última etapa.

Desse modo, há uma proporção inversa entre o imposto relativo a uma operação e o da operação seguinte.

Isso posto, o somatório do imposto devido em cada etapa de uma circulação de mercadoria não se altera se houver variação de alíquota nas aquisições. De sorte que, é constante, para o mesmo ciclo, o somatório dos valores cobrados nas suas fases.

Para demonstrar o alegado, utilizamos os seguintes exemplos:

Exemplo 1: o contribuinte B adquire mercadoria e a revende com alíquota de 17%

	Contribuinte A	Contribuinte B
Mercadoria	R\$ 100,00	R\$ 150,00
Débito do ICMS	R\$ 17,00	R\$ 25,50
Crédito do ICMS	ZERO	R\$ 17,00
ICMS devido	R\$ 17,00	R\$ 8,50

Exemplo 2: o contribuinte B adquire mercadoria com alíquota de 12% e a revende com alíquota de 17%

	Contribuinte A	Contribuinte B
Mercadoria	R\$ 94,32	R\$ 150,00
Débito de ICMS	R\$ 11,32	R\$ 25,50
Crédito de ICMS	ZERO	R\$ 11,32
ICMS devido	R\$ 11,32	R\$ 14,18

Como podemos constatar, em ambos os exemplos o somatório do imposto devido nas diversas etapas da circulação apresenta o mesmo valor:

Exemplo 1: R\$ 17,00 + R\$ 8,50 = R\$ 25,20

Exemplo 2: R\$ 11,32 + R\$ 14,18 = R\$ 25,50

5.3.5 NEUTRALIDADE DO TRIBUTO

Para uma abordagem da neutralidade do ICMS, partimos de uma perspectiva ampla para, então, tratarmos da neutralidade desse imposto. Com esse propósito, trazemos à baila o magistério de Luís Roberto Barroso³⁴², para quem:

A ideia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existente na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades etc. Ora bem: tais distribuições, isto é, o *status quo* – não são fruto do frequentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque de instrumento de perenização da injustiça. Veja-se que o problema não está só na neutralidade em si, mas em qual ponto de referência do que seja neutro. [...] Idealmente, o intérprete, o aplicador do direito, o juiz, deve ser neutro.

No âmbito tributário, dois aspectos devem ser destacados, relativamente à neutralidade:

1. que, do ponto de vista da organização empresarial, não deve favorecer a integração vertical, ou seja, não deve criar mecanismos que induzam à

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 288-289.

desaconselhável união de empresas dedicadas a fases diferentes do processo de circulação e produção³⁴³. A tributação não deveria intervir nas condições de mercado, mas manter o status próprio dos movimentos econômicos e sociais³⁴⁴;

2. sob a perspectiva do processo de circulação de riqueza, o tributo não deve distorcer a formação de preços, pois, independentemente do número de operações, o imposto final será igual à multiplicação da alíquota pelo valor da última operação. Não obstante, a rigor, nenhum tributo pode ser considerado neutro, porque terá sempre influência sobre a atividade econômica.

Com relação à influência dos tributos na atividade econômica, notadamente dos impostos, trazemos à colação o entendimento de Ives Gandra da Silva Martins e de Fátima Fernandes Rodrigues de Souza³⁴⁵, como segue:

[...] é importante ter presente que todos os tributos produzem repercussões econômicas, quer sobre o patrimônio (diminuindo-o), em se tratando de tributos diretos, quer sobre bens e serviços (onerando-os), sendo o caso de tributação indireta.

Os conceitos de cumulatividade e de não cumulatividade não se referem a esse aspecto, e sim à cumulação ou não do ônus de um tributo incidente em uma operação, na base de cálculo da operação seguinte, produzindo ou evitando que se produza o efeito cascata.

Hugo de Brito Machado³⁴⁶ perfilha entendimento convergente com o dos autores retrotranscritos, ao asseverar que:

Diversamente do que pode parecer à primeira vista, a introdução da não cumulatividade no regime jurídico de um imposto não tem por objetivo a redução do ônus que esse imposto que esse imposto representa sobre o preço do produto, embora, em algumas situações, isto possa ocorrer. O maior ou menor ônus resulta dos elementos materiais

³⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 316.

³⁴⁴ ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Org.). **Incentivos fiscais**: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. São Paulo: MP, 2007, p. 37-66, p. 58.

³⁴⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. A não-cumulatividade das contribuições: PIS/Pasep e Cofins. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). **Não-cumulatividade do PIS/Pasep e da Cofins**. São Paulo: IET/Thomson-IOB, 2004, p. 15 -32, p. 17.

³⁴⁶ MACHADO, Hugo de Brito. A não-cumulatividade no Sistema Tributário Brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Não-cumulatividade tributária**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2009, p. 190-216, p. 196-197.

quantificadores do imposto, em especial de sua alíquota. O verdadeiro objetivo da não cumulatividade é tornar conhecido o ônus decorrente do imposto, independentemente do número de operações realizadas com a mercadoria desde a sua produção até o consumo.

Quanto ao aspecto da neutralidade, entendemos oportuno o magistério de Ricardo Lobo Torres³⁴⁷, para quem:

o princípio da neutralidade é mais de natureza econômica do que propriamente um princípio constitucional tributário. E, assim mesmo, existe grande desconfiança entre os economistas no definir o neutralismo da incidência fiscal, porque é inevitável a influência do imposto sobre a composição dos preços. Rubens Gomes de Souza recomendava que “temos de nos guardar da falácia de que existem impostos neutros, ou seja, impostos que geram receita sem produzir outros efeitos econômicos paralelos”. [...] Não há dúvida de que a CF adotou o princípio da neutralidade do ICMS, ao admitir o efeito de recuperação nos casos de isenção, que é inerente à não cumulatividade, ou seja, ao declarar que “a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores” (art. 155, § 2º, II, CF).

Como decorrência das características da transladação para frente dos encargos financeiros e da invariabilidade do somatório dos impostos devidos nas diversas fases da circulação da mercadoria, sobrevém o efeito da neutralidade do imposto.

Porém, registramos que essa neutralidade é considerada em relação ao ganho mercantil do contribuinte. Essa é a regra geral, cuja exceção decorre de condições de mercado que inviabilizam a transferência do ônus do tributo para o adquirente.

Sob o prisma financeiro, o contribuinte de direito é – ou melhor, deve ser – um mero intermediário entre o contribuinte de fato e o Estado.

Assim, o lucro do contribuinte não se altera – não deve se alterar – se a operação for ou não tributada.

³⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 316.

Por outros símbolos, o lucro do contribuinte não poderá ser reduzido ou majorado em decorrência da não cumulatividade, exceto, nessa última hipótese, se o contribuinte gozar de um benefício ou de um incentivo fiscal, a exemplo de um crédito presumido.

Ressaltamos que o lucro³⁴⁸ do contribuinte, para o propósito de demonstrar a neutralidade tributária, é apurado em relação ao valor líquido da mercadoria – valor da mercadoria expurgado o ICMS.

Para demonstrarmos o que foi anteriormente alegado, seguem três exemplos:

1. Se a mercadoria não for tributada pelo ICMS

O contribuinte A vende a mercadoria ao contribuinte B por R\$ 83,00. No entanto, a mercadoria não é tributada pelo ICMS, temos que $VB=VL$.

Caso o contribuinte B pretenda obter um lucro de 30% do valor da aquisição (30% de R\$ 83,00 = R\$ 24,90), ele deverá revender a referida mercadoria por R\$ 107,90.

2. Caso a mercadoria do exemplo anterior fosse tributada pelo ICMS, com uma alíquota de 17%, teríamos a seguinte situação:

Contribuinte A

Mercadoria vendida por (VB).....	R\$ 100,00
ICMS incluído no preço.....	R\$ 17,00
Valor líquido (VL).....	R\$ 83,00

Contribuinte B

Mercadoria revendida por (VB).....	R\$ 130,00
ICMS incluído no preço.....	R\$ 22,10
Valor líquido (VL).....	R\$ 107,90

Conta corrente do ICMS

Débito.....	R\$ 22,10
-------------	-----------

³⁴⁸ Nessa análise, o efeito da inflação não é considerado, ou seja, a inflação é considerada zero.

Crédito.....R\$ 17,00
 ICMS líquido.....R\$ 5,10

Caixa

Recebimento.....R\$ 130,00

Pagamentos

Mercadoria.....R\$ 130,00

ICMS.....R\$ 5,10.....R\$ 105,10

Lucro.....R\$ 24,90

Portanto, nos dois exemplos anteriores, verificamos que o contribuinte B mantém o mesmo lucro (R\$ 24,90), independentemente da carga tributária que onere a mercadoria, o que demonstra a neutralidade do ICMS sobre o lucro bruto da empresa relativamente à operação considerada.

Por óbvio que isso só se verifica quando os preços, independentemente de outros fatores, variam proporcionalmente à carga tributária neles embutida. Portanto, reiteramos que a neutralidade não se refere à formação de preços, haja vista que o imposto não é neutro quanto a esse aspecto, mas em relação ao fato de permitir a dedução do imposto que incidir nas operações anteriores sobre os respectivos insumos.

Assim, a neutralidade não afasta a repercussão econômica sobre os preços das mercadorias e serviços.

3. Admitindo que haja isenção do imposto na primeira operação – e, portanto, que o valor do ICMS seja expurgado do preço praticado pelo contribuinte A -, teríamos a seguinte situação:

Contribuinte A

Mercadoria vendida por (VB=VL).....R\$ 83,00

ICMS.....ZERO

Contribuinte B

Mercadoria revendida por (VB).....R\$ 130,00

Débito fiscal.....R\$ 22,10

Crédito fiscal.....	ZERO
ICMS devido.....	R\$ 22,10
Caixa	
Recebimento.....	R\$ 130,00
Pagamentos	
Mercadoria.....	R\$ 83,00
ICMS.....	R\$ 22,10.....R\$ 105,10
Lucro.....	R\$ 24,90

5.4 PROPOSTA DE ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DE DESTINO COM COBRANÇA NO DESTINO

Atualmente, a Constituição Federal adota, em relação ao ICMS, o princípio de origem restrito, haja vista que, com ele, convive o sistema misto, no caso das operações interestaduais entre contribuintes, o princípio de destino, no caso das exportações, assim como o princípio de origem puro, nas operações interestaduais quando o destinatário não é contribuinte do ICMS.

Contudo, tendo em vista que o ICMS é um imposto sobre consumo – ou pelo menos deveria ser -, é importante que seja implantado o princípio de destino com a cobrança, também, no destino.

Cobrar o imposto no destino evita que o Estado titular da receita fique na dependência de repasses do Estado arrecadador, enquanto a atribuição dos recursos ao Estado de destino evita a transferência de recursos do Estado destinatário para o Estado remetente.

Ademais, a cobrança na origem requer a adoção de mecanismos complexos e pouco confiáveis para a redistribuição oriundas das operações interestaduais, a exemplo de fundo para redistribuição de receitas ou de um sistema de compensação das notas fiscais relativas às operações interestaduais.

Ademais, a única forma de desonerar completamente as exportações e os bens de capital sem que ocorra redistribuição injusta de recursos entre as unidades da Federação é a adoção do princípio de destino pleno no comércio interestadual.

Nesse sentido, propomos que:

1. Dada sua natureza de imposto sobre o consumo, em sua arrecadação, deve ser adotado o princípio de destino, com a arrecadação integral para o Estado onde se localiza o consumidor final.

A adoção do princípio de destino busca, também, contribuir para mitigar a concentração da arrecadação do ICMS em apenas cinco Estados (São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Paraná), conforme podemos observar na tabela a seguir:

Tabela 3

Arrecadação do ICMS em 2010 (valores correntes em R\$ bilhões)

Estados	ICMS	% do total	% acumulado
São Paulo	92,3	34,11	34,11
Minas Gerais	27,2	10,05	44,15
Rio de Janeiro	23,0	8,50	52,65
Rio Grande do Sul	17,9	6,61	59,26
Paraná	13,8	5,12	64,38
Demais Estados	96,4	35,62	100
Total Brasil	270,6	100,00	(...)

Fonte: CONFAZ/COTEPE/ICMS Obs. 25% do ICMS pertencem aos Municípios

Os cinco Estados concentraram 64,38% da arrecadação do ICMS, enquanto os demais vinte e dois – computando o Distrito Federal – ficaram com apenas 35,62%. Essa concentração reflete a base industrial desses cinco Estados, onde estão 51,4% da população brasileira. Ademais, podemos inferir que o consumo é mais descentralizado que a produção.

Essa concentração é um estímulo para os Estados menos industrializados participarem da guerra fiscal.

2. O ICMS seja seletivo em função da essencialidade dos produtos e serviços, para mitigar o efeito regressivo de sua incidência. Noutras palavras, o ICMS deverá incidir de maneira mais gravosa sobre as mercadorias consideradas

supérfluas, e, em contrapartida, deverá ter uma incidência moderada quando tratar da tributação de produtos considerados de primeira necessidade.

Isso porque, segundo o magistério de Sylvio César Afonso:

A seletividade significa discriminação ou sistema de alíquotas diferenciadas por espécies de mercadorias, como adequação do produto à vida do maior número dos habitantes do país. As mercadorias essenciais à existência civilizada deles devem ser tratadas mais suavemente, ao passo que as maiores alíquotas devem ser reservadas aos produtos de consumo restrito, isto é, supérfluo das classes de maior poder aquisitivo³⁴⁹.

A observância da capacidade contributiva está intimamente relacionada, num imposto indireto sobre o consumo como o ICMS, com a seletividade. Nesse passo, a seletividade pode ser um critério de diferenciação entre contribuintes sem que seja afrontada a Constituição Federal. Nessa linha de argumentação, trazemos à colação o seguinte escólio de Humberto Ávila:

Quando os tributos destinam-se a atingir uma finalidade fiscal, enquanto instituídos com o fim preponderante de obter receitas dos particulares, e o ordenamento constitucional permitir a eleição dessa medida de comparação, será a capacidade contributiva a medida de diferenciação entre contribuintes. O § 1º do art. 145 da Constituição determina que os impostos ‘terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte’. Isso importa dizer que a medida de aplicação da igualdade entre os contribuintes com a finalidade de pagar impostos é a sua própria capacidade contributiva. Como a distinção entre os contribuintes é feita com base em elementos residentes neles próprios e a finalidade da tributação é a própria distribuição igualitária da carga tributária, critério e finalidade, antes de se afastarem, aproximam-se, para consubstanciar uma só equação: a imposição deve corresponder à capacidade contributiva³⁵⁰.

3. O ICMS deverá ter alíquotas máximas e mínimas por produto em todo o país. Isso representará uma importante medida contra a denominada guerra fiscal, uma vez que inibe a atração de investimentos mediante o mecanismo de redução de alíquotas internas.

³⁴⁹ AFONSO, Sylvio César. Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços. In: **Direito Tributário**: impostos estaduais. MARTINS, Ives Gandra da; BRITO, Edvaldo Pereira de (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 941-962, p. 961. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4)

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 160-161.

Por outro lado, devemos observar que a adoção de alíquotas uniformes por produtos em todo o país desconsidera as especificidades regionais.

Ressaltamos que a necessidade de simplificação do ICMS pela uniformização das alíquotas por produto em todo território nacional não se justifica com a cobrança no destino. Isso porque as empresas trabalharão sempre com uma alíquota por produto, qual seja, a alíquota interna do Estado do seu domicílio tributário. Além disso, como as operações interestaduais serão sempre tributadas no destino, não haverá incidência do ICMS nessas operações.

4. A aplicação da alíquota do ICMS deverá ser “por fora”, situação em que o valor do imposto não se confunde com o da mercadoria ou do serviço³⁵¹.

Essa medida apresenta três aspectos de grande relevância:

- a) acarreta um aumento no nível de consciência da população quanto à cobrança do imposto e do quanto está sendo cobrado;
- b) faz com que haja uma coincidência entre a alíquota nominal e a efetiva;
- c) faz com que a base cálculo de um tributo tenha congruência com a hipótese de incidência tributária, ou seja, guarda correlação lógica – conexão, relação de inerência – com a hipótese de incidência do tributo.

Portanto, se o tributo é sobre a renda, sua base de cálculo, necessariamente, deve estar relacionada com uma medida da renda – por exemplo, a renda líquida -; se o tributo é sobre a propriedade, sua base de cálculo deve considerar uma medida da propriedade – por exemplo, o valor venal da propriedade etc. Assim, o legislador, ao definir a base de cálculo dos tributos, não pode manejar grandezas alheias ao aspecto material da hipótese de incidência dos mesmos³⁵².

Nessa linha de raciocínio, o próprio imposto é uma grandeza alheia ao aspecto material da sua hipótese de incidência, motivo pelo qual não deve integrar sua própria base de cálculo.

5. Deverá ser adotado o regime de crédito financeiro em relação ao adotado, atualmente, que podemos classificar como um misto entre os regimes de crédito

³⁵¹ Ressaltamos que não questionamos a constitucionalidade do ICMS integrar a sua base de cálculo. Apenas entendemos que o cálculo por fora é mais adequado. Por oportuno, registamos que o Plenário do Supremo Tribunal Federal ratificou, em 18 de maio de 2011, por maioria de votos, a jurisprudência firmada em 1999, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 212209, sobre a inclusão do ICMS na sua base de cálculo. A decisão foi tomada no julgamento do RE nº 582461. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp>. Acesso em: 28 jun. 2011.

físico e de crédito financeiro, dada as limitações impostas à apropriação dos créditos relativos à energia elétrica, bens de uso e consumo e do ativo fixo.

Sob a égide da Constituição Federal de 1967, vigia o regime de crédito físico, reproduzido pelo Decreto-Lei nº 406, de 1968, em que era admitido o aproveitamento do crédito do ICM cobrado ou incidido nas entradas de mercadorias que viessem, subsequentemente, a sair do estabelecimento do contribuinte com sua incidência. Por essa razão, não geravam créditos as aquisições de produtos ou mercadorias destinados ao uso e consumo do próprio contribuinte, além dos bens destinados ao ativo permanente.

Com o advento da Constituição de 1988, em que ocorreu a inclusão, em sua hipótese de incidência, os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, além da incidência sobre energia elétrica, minerais e combustíveis, operou-se uma transformação do regime de crédito físico para o de crédito financeiro. Essa mudança deveu-se ao tratamento constitucional que foi dado à não cumulatividade.

Para maior clareza do exposto, transcrevemos o seguinte trecho da obra de José Cassiano Borges e Maria Lúcia Sá Motta dos Reis:

O ICM tributava a circulação de mercadorias e a sistemática utilizada para a apuração do imposto a recolher era a do abatimento, vinculado ao 'crédito físico' que permitia a dedução do imposto apenas em relação a entradas de mercadorias que iriam, posteriormente, sair fisicamente do estabelecimento, ainda que integradas a outras mercadorias. O crédito do imposto, desse modo, só poderia acontecer se as mercadorias entrassem fisicamente, mesmo que estas fossem agregadas a outras mercadorias no estabelecimento do contribuinte. O crédito adotado pelo antigo imposto não pode ser aplicado ao ICMS por ser este um conglomerado de seis tributos, cujo campo de incidência abarca a circulação de mercadorias, a prestação de serviços de transporte e de comunicação e os extintos impostos únicos sobre energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos e os minerais, agora tributados como mercadoria³⁵³.

O regime de crédito financeiro é fundamental para a implantação de políticas estaduais de incentivos fiscais, sem que estas contribuam para fomentar a guerra

³⁵² CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 10. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 241-246.

³⁵³ BORGES, José Cassiano; REIS, Maria Lúcia Sá Motta Américo dos. **Impostos, estudos e pareceres** (IPI-ICMS-ISS). Rio de Janeiro: Esplanada, 1995, p. 97.

fiscal, conforme veremos adiante. Mas, antes, entendemos oportuna a distinção, no âmbito do ICMS, entre benefícios fiscais e incentivos fiscais.

5.5 DISTINÇÃO ENTRE BENEFÍCIO FISCAL E INCENTIVO FISCAL

Ao abordar a intervenção estatal por meio de instrumentos de natureza tributária, entendemos que é de fundamental importância distinguir benefício fiscal de incentivo fiscal, uma vez que essa distinção apresenta relevância tanto prática quanto teórica, conforme ficará evidenciado neste tópico.

Essa distinção deve ser elaborada a partir das regras previstas nas normas tributárias para a fruição de cada uma dessas vantagens fiscais³⁵⁴ e, para fins dessa exposição, é basicamente direcionada ao ICMS. Com o propósito de fundamentar a mencionada distinção, destacamos o disposto no § 1º do art. 81 da Lei nº 10.259, de 27 de janeiro de 1989 – Lei que instituiu o ICMS no Estado de Pernambuco -, *in verbis*:

Art. 81. Os Estados e o Distrito Federal deliberarão, mediante acordo, celebrado nos termos da legislação específica, sobre a concessão ou revogação de incentivos fiscais e benefícios fiscais e sobre as alíquotas internas, aplicáveis às operações e prestações, quando inferiores às fixadas pelo Senado Federal para as operações e prestações interestaduais.

§ 1º Consideram-se incentivos e benefícios fiscais todo tratamento tributário que resulte em devolução, diminuição, eliminação ou qualquer outra **vantagem**, relativamente ao imposto e seus acréscimos, ressalvada a política de fixação de alíquotas seletivas.

§ 2º Considera-se também benefício fiscal a concessão de prazo de pagamento superior ao limite fixado em convênio. (grifamos)

Considerando o disposto no § 1º, incentivo fiscal e benefício fiscal são espécies do gênero vantagem fiscal, ao passo que cada uma dessas espécies

³⁵⁴ Empregamos a expressão vantagem fiscal como o gênero a que pertencem as espécies benefício fiscal e incentivo fiscal.

apresenta subespécies. Assim, destacamos as seguintes características do incentivo fiscal que não estão presentes no benefício fiscal:

a) necessidade de ato concessório específico da Administração Pública³⁵⁵ para que o contribuinte possa usufruí-lo. O incentivo fiscal é um tratamento tributário concedido de forma individualizada, após uma fase de habilitação, na qual é verificada se o contribuinte atende aos requisitos para a sua fruição;

b) exigência legal de uma “contrapartida” por parte do contribuinte – instalação de uma planta industrial ou sua ampliação; produção de determinado produto; atingir determinado faturamento, no caso das centrais de distribuição etc. – para obter o incentivo fiscal. A concessão do incentivo é condicionada à prática de atos por parte do contribuinte, que poderá ser entendida de duas formas: o contribuinte para usufruir terá de fazer algo ou, se o contribuinte fizer algo, poderá usufruir.

Ao contrário do incentivo fiscal, o gozo do benefício fiscal independe de ato concessório da Administração Pública ou de uma “contrapartida” do contribuinte, assim como sua concessão não é feita de forma individualizada. Necessário, apenas, que o contribuinte preencha os requisitos previstos na legislação de regência para fruir o benefício fiscal referente a determinados produtos ou a determinadas atividades econômicas – comerciais ou industriais.

Entendimento convergente, no âmbito do sistema jurídico moçambicano, apresenta José Carlos Gomes Santos³⁵⁶, ao destacar que:

Ainda que, numa visão mais jurisdicista ou tradicional, sejam frequentemente associados ou subsumidos no conceito de “benefícios fiscais”, deles se distinguem, quanto a nós, por pressuporem como o próprio nome indica, uma “ação-reação” por parte dos respectivos destinatários. Sob pena de, a não

³⁵⁵ À guisa de exemplo de ato concessivo, trazemos à colação o disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.675, de 11 de outubro de 1999: “Art. 1º O Programa de Desenvolvimento do Estado de Pernambuco – PRODEPE, com a finalidade de atrair e fomentar investimentos na atividade industrial e no comércio atacadista de Pernambuco, mediante a concessão de incentivos fiscais e financeiros, passa a vigorar nos termos previstos na presente Lei.

.....
§ 2º A concessão dos incentivos fiscais e financeiros será **autorizada por decreto** do Poder Executivo, após prévia habilitação dos interessados, observadas as condições e requisitos estabelecidos nesta Lei e nos demais atos regulamentares destinados à sua execução.” (grifamos)

³⁵⁶ SANTOS, José Carlos Gomes. **Incentivos fiscais ao investimento em contexto de subdesenvolvimento e competição regional**: o caso moçambicano. Coimbra: Almedina, 2005, p. 22.

acontecer tal alteração, se transformar em instrumentos inócuos ou em “privilégios”, em qualquer dos casos indesejáveis, quer em termos de eficiência ou eficácia, quer de equidade.

A partir do exposto, fica evidenciado que incentivo fiscal e benefício fiscal não são expressões sinônimas, apesar de haver entre elas o fato de representarem tratamentos tributários que resultam em vantagem para o contribuinte. Contudo, registramos que, se essa distinção é hialina em relação ao ICMS, não é tão precisa no âmbito dos demais impostos, a exemplo do Imposto de Renda das Pessoas Físicas.

À guisa de exemplo, citamos as deduções e as reduções previstas na legislação do Imposto de Renda das Pessoas Físicas. As deduções estão relacionadas com os recursos despendidos pelo contribuinte para atendimento de suas necessidades pessoais e de sua família, como as deduções de despesas médicas, ou profissionais (as despesas registradas no livro caixa). Por outro lado, as reduções³⁵⁷ do imposto calculado³⁵⁸ são permitidas em decorrência dos recursos empregados, pelo cidadão, para atendimento de interesses da coletividade. Nesse passo, as reduções seriam benefícios fiscais, na medida em que não necessitam de ato concessivo para a sua fruição mas, por carecerem de uma contrapartida, poderiam ser considerados como incentivos fiscais.

Feitas essas considerações, reiteramos que, para fins da análise do ICMS como instrumento de atração de investimentos, mediante seu emprego extrafiscal, a distinção entre incentivos fiscais e benefícios fiscais é necessária, motivo pelo qual a

³⁵⁷ Cf BORBA, Bruna Estima. **Imposto de Renda das Pessoas Físicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 99. As reduções configuram-se como verdadeiros incentivos fiscais para as pessoas físicas.

³⁵⁸ As deduções diminuem a base de cálculo do IRPF, enquanto as reduções diminuem o imposto calculado. As reduções são computadas quando da apuração anual do Imposto de Renda e seu somatório é limitado a 6% (seis por cento) do valor do imposto calculado. Mesmo que haja direito à restituição, é possível reduzir os valores relativos às doações para as finalidades previstas na legislação desse imposto (contribuições para apoio às crianças e aos adolescentes; contribuições para apoio à cultura; contribuições para apoio às atividades audiovisuais; contribuições para apoio ao desporto e ao paradesporto; contribuição patronal ao INSS, relativa ao empregado doméstico). Cf. PENHA, José Ribamar Barros Penha. **Imposto de Renda Pessoa Física**: norma, doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: MP, 2010, p. 267: “A legislação do Imposto de Renda aplicável às pessoas físicas permite deduções do rendimento bruto para determinação da base de cálculo do imposto a ser recolhido mensalmente e do imposto devido apurado na Declaração de Ajuste Anual, quando apresentada no modelo completo. As deduções legais têm por finalidade, dentre outras, aproximar os rendimentos tributáveis à realidade da efetiva renda e proventos de qualquer natureza conforme é a definição do fato gerador do imposto. As deduções referem-se a gastos do contribuinte consigo e com os dependentes informados na Declaração de Ajuste Anual.”

fizemos neste texto. Para demonstrar a repercussão prática da mencionada distinção, apresentamos o seguinte exemplo:

1. a empresa X, com domicílio tributário no Estado de Pernambuco, importou margarina pelo Porto de Suape. A margarina é um produto que integra a cesta básica, assim sua tributação é favorecida mediante a redução da base de cálculo nas operações de circulação dessa mercadoria, inclusive nas operações de importação;

2. a referida empresa é beneficiária dos incentivos do Programa de Desenvolvimento do Estado de Pernambuco – PRODEPE, cuja legislação apresenta a seguinte vedação:

Lei nº 11. 675, de 11 de outubro de 1999

Art. 8º As atividades portuárias e aeroportuárias poderão ser estimuladas mediante a concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS, na modalidade de implantação ou de ampliação de empreendimento, abrangendo a importação de mercadorias do exterior.

Art. 9º Os incentivos fiscais de que trata o art. 8º terão as seguintes características:

I - quando da importação da mercadoria do exterior, diferimento do ICMS, incidente sobre a operação, para a saída subsequente promovida pelo importador;

II – concessão de crédito presumido, quando da saída subsequente, limitado:

a) em se tratando de operações internas, aos seguintes percentuais máximos **do valor da operação de importação**:

1. 3,5% (três e meio por cento), quando a carga tributária aplicável for inferior a 7% (sete por cento);
2. 6% (seis por cento), quando a carga tributária aplicável for superior a 7% (sete por cento) e inferior a 12% (doze por cento);
3. 8% (oito por cento), quando a carga tributária aplicável for superior a 12% (doze por cento) e inferior ou igual a 17% (dezessete por cento);
4. 10% (dez por cento), quando a carga tributária aplicável for superior a 17% (dezessete por cento);

b) em se tratando de operações interestaduais, ao valor correspondente a, no máximo, 47,5% (quarenta e sete vírgula cinco por cento) do imposto apurado;

Art. 15 Para efeito de habilitação ao PRODEPE, as empresas beneficiárias deverão preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

.....
 III – não se encontrar usufruindo incentivo financeiro ou fiscal, relativamente ao mesmo produto ou empreendimento a ser incentivado;”(grifamos)

Nos termos do art. 9º, acima transcrito, o crédito presumido é calculado pela aplicação de um dos percentuais relacionados sobre o valor da operação e não sobre o valor da operação considerando a base de cálculo reduzida de que são beneficiários os produtos da cesta básica, a exemplo da margarina. Assim, no exemplo dado, há uma cumulação do incentivo fiscal relativo à redução da base de cálculo da margarina para o fim de determinar o ICMS relativo à operação de importação. Além disso, o importador terá esse ICMS importação diferido para o momento da saída subsequente, quando fará jus a um crédito presumido, que, como visto, será calculado sem considerar a redução base de cálculo, o que faz com que o crédito presumido seja maior do aquele que levasse em consideração essa redução, quando da sua determinação.

Assim, é possível o importador cumular o benefício da redução da base de cálculo com os incentivos do diferimento e do crédito presumido.

5.6 POLÍTICAS DE INCENTIVOS FISCAIS

Neste capítulo abordamos as características do ICMS, propusemos alterações e destacamos uma distinção entre incentivos fiscais e benefícios fiscais.

Todas essas etapas foram traçadas para que pudéssemos melhor explicar nossa posição sobre os incentivos fiscais concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, quer os incentivos concedidos nos termos do art. 155, § 2º, XII, “g” da Constituição Federal, quer aqueles concedidos unilateralmente.

Entendemos que, na ausência de uma política nacional de desenvolvimento, são legítimos os incentivos fiscais concedidos pelos Estados na busca do seu

desenvolvimento, que, como vimos no capítulo 2, é um direito fundamental dos povos e dos cidadãos de cada país isoladamente considerado.

Some-se a isso a necessária autonomia dos Estados e do Distrito Federal, que devem ter suas respectivas políticas de desenvolvimento, associadas com uma política nacional.

Portanto, entendemos que, se de um lado a ausência da União na questão do desenvolvimento regional contribuiu para o acirramento da guerra fiscal, por outro os Estados não devem abdicar de ter suas próprias políticas de desenvolvimento, que são espécies do gênero políticas tributárias, nas quais, via de regra, são empregados benefícios e incentivos fiscais, ao passo que as políticas de desenvolvimento são levadas a efeito, basicamente, com incentivos fiscais.

Com a adoção do princípio de destino, todos os incentivos serão concedidos e suportados pelo Estado de destino, tendo em vista que, nessa sistemática, as operações interestaduais não são tributadas pelo ICMS.

Assim, os incentivos serão concedidos relativamente às operações internas – o que fica limitado pelo mercado interno do Estado – e, mediante a apropriação acelerada dos créditos decorrentes das aquisições de bens de capital e dos materiais necessários à construção e ampliação de instalações.

Esse segundo tipo de incentivo tem a vantagem de que só é incentivado o que realmente foi investido pelo contribuinte, o que contribui para mitigar eventuais distorções na fruição de incentivos fiscais.

No caso de uma política consorciada de desenvolvimento – por exemplo, que envolvesse a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – poderíamos ter aquilo que denominamos de benefícios cruzados, no qual a concessão ou a manutenção dos incentivos fiscais ficam condicionadas ao cumprimento das metas estabelecidas num termo de compromisso celebrado entre os entes federados envolvidos e a empresa.

Exemplo: determinado empreendimento industrial localizado num polo industrial receberia isenção do IPTU do Município da sua localização durante o período de sua implantação, mas, durante o período de operação, essa isenção fica condicionada ao cumprimento das metas estabelecidas de produção, faturamento, geração de empregos, níveis de emissões de poluentes etc.

5.7 CONCLUSÕES PARCIAIS

1. Os impostos não cumulativos podem adotar o sistema de crédito físico, em que se deduzem do imposto a pagar as quantias correspondentes aos tributos que anteriormente incidiram sobre as mercadorias empregadas fisicamente na industrialização ou comercialização; ou do crédito financeiro, em que se deduzem todas as despesas necessárias à produção dos bens.

Noutras palavras, no sistema do crédito físico, deduzem-se do valor da produção apenas os bens ou mercadorias que se incorporam fisicamente ao bem obtido, excluindo-se todos aqueles gastos que, embora indispensáveis à produção do bem gravado, não se exteriorizam fisicamente no bem produzido, como energia, publicidade, instalações, transporte etc. Onde se observa a inadequação do sistema de crédito físico ao ICMS, haja vista o seu âmbito de incidência.

2. Dizer que um tributo é não cumulativo não significa que seu ônus não seja somado ao de outros tributos na redução do patrimônio do contribuinte, ou no aumento do preço do bem, ou serviço sobre o qual incide.

3. Devemos ter sempre em mente que o ICMS é um imposto de característica fiscal, sendo o emprego extrafiscal, notadamente nos incentivos fiscais, um instrumento de indução do desenvolvimento regional.

4. As alterações que forem eventualmente introduzidas no âmbito constitucional ou no infraconstitucional não devem mudar as características desse imposto, como, por exemplo, a neutralidade e a não cumulatividade.

5. Entendemos que a adoção do princípio de destino contribuirá para uma melhor apropriação dos recursos decorrentes da arrecadação do ICMS, além de provocar uma desconcentração do parque industrial nacional. Por outro lado, a cobrança no destino mais se coaduna com a necessária autonomia dos Estados.

6. No bojo de uma política tributária, devemos distinguir os objetivos a serem alcançados por meio da concessão de benefícios fiscais daqueles propósitos de indução do desenvolvimento, pelo emprego de incentivos fiscais.

CONCLUSÕES

A guerra fiscal não justifica que os Estados percam a competência tributária relativamente ao ICMS, tendo em vista a importância desse imposto para assegurar a autonomia financeira desses entes subnacionais.

No entanto, entendemos que medidas devem ser adotadas para o fortalecimento do federalismo fiscal brasileiro, tornando-o mais eficaz e justo. Nesse sentido, propusemos algumas alterações em relação ao ICMS nas operações interestaduais, como a adoção do princípio de destino – titularidade da receita do Estado de destino – e, também, a cobrança do imposto no destino.

Essas medidas se justificam, pois o princípio de destino evita a transferência de recursos dos Estados importadores internos, via de regra, àqueles com economias menos dinâmicas, para os Estados mais desenvolvidos. Some-se a isso o fato de que a adoção do princípio de destino permite que os Estados adotem políticas de incentivos fiscais em que o ônus desses incentivos sejam suportados pelos Estados concedentes e que apresentem maior eficácia, haja vista que os incentivos serão direcionados para as inversões efetivamente realizadas e não para a comercialização dos produtos.

A seu turno, a cobrança no destino, além de evitar o emprego de complexos e pouco confiáveis sistemas de apuração e controle dos recursos arrecadados pelos Estados de origem das mercadorias transacionadas e dos serviços prestados, evita que os Estados “arrecadadores” retenham recursos devidos aos Estados “destinatários”, assumindo uma posição de primazia, incompatível com o federalismo.

Defendemos a competência dos Estados para adoção de políticas de incentivos fiscais, pois entendemos que essas políticas são importantes para a redução das desigualdades inter-regionais e para estimular a desconcentração industrial no território nacional.

Apesar disso, entendemos que essa competência estadual deve ser melhor exercida, para que os recursos públicos sejam empregados de forma mais eficiente e eficaz. Para isso, propomos uma posição mais ativa do Senado Federal, assumindo de fato o papel de “Casa da Federação”.

Ressaltamos que esse entendimento está baseado, por um lado, no efeito positivo que a tributação indutora pode acarretar, mas, também, na consciência que

temos de que uma competição fiscal deletéria pode erodir o poder redistributivo das ações governamentais. Esse caráter redistributivo está, fundamentalmente, baseado nas políticas sociais e na prestação de serviços públicos. Isso porque, devemos ter por objetivo um desenvolvimento como transformação social. Dessarte, as políticas públicas de indução ao desenvolvimento, notadamente aquelas que empregam normas tributárias indutoras devem estar direcionadas à concretização dos objetos da República Federativa do Brasil.

Nesse ponto, reiteramos que o desenvolvimento, enquanto núcleo axiológico de proteção jurídica, é o produto da ação estatal, mediante a adoção de políticas públicas regidas por uma ética que preserve os direitos humanos, numa perspectiva ambiental e economicamente sustentável.

Outro aspecto que devemos dar atenção é para o impacto dos incentivos fiscais na concorrência setorial entre as empresas já instaladas. Com frequência, as empresas já instaladas num determinado Estado pleiteiam a concessão de incentivos fiscais para a “manutenção do poder competitivo”. Esses incentivos são prejudiciais para as finanças públicas, pois constituem renúncias de receitas atuais e não de receitas futuras.

Portanto, mais uma vez evidenciamos a vantagem da tributação no destino, pois, nesse caso, podemos adotar uma política de incentivos lastreada, essencialmente, nos investimentos realizados pelas empresas, evitando, assim, a extensão desses incentivos para as empresas já instaladas, se essas empresas não realizarem novos investimentos.

O percurso que percorremos, desde a análise da contribuição das concepções da CEPAL relativas à superação do subdesenvolvimento até o estudo do direito ao desenvolvimento e da intervenção estatal *no e sobre* o domínio econômico, constituíram elementos indispensáveis para a compreensão da importância da mitigação das desigualdades inter-regionais e da utilização de normas tributárias indutoras por meio de políticas públicas de indução do desenvolvimento.

A partir da análise da perspectiva cepalina de solucionar problemas socioeconômicos por meio da industrialização, evidenciamos que essa solução tinha como um dos grandes obstáculos a ser superado a questão fundiária. Isso porque o latifúndio primário-exportador impedia a ampliação dos mercados internos dos países da América Latina, haja vista ser concentrador de renda. Assim, sem um

mercado interno desenvolvido não havia demanda para os produtos industrializados nacionais. Além do diminuto mercado interno, esses produtos industrializados enfrentavam a concorrência dos produtos industrializados produzidos nos países centrais, com economia de escala, acesso facilitado aos mercados e protegidos por barreiras tarifárias, por subsídios, além de, em geral, apresentarem melhor qualidade em decorrência do domínio tecnológico.

Por outro lado, o modelo primário-exportador demandava constantes desvalorizações cambiais para sua viabilização, com os subjacentes surtos inflacionários.

Digno de destaque, é a constatação de que a crise do Estado keynesiano evidenciou que o modelo industrializante apresentava – e apresenta – enormes limitações, e que não era suficiente para a superação da condição de dependência. As políticas de atração de investimentos, notadamente industriais, que dão ensejo a guerra fiscal são lastreadas nessa concepção keynesiana. Nesse diapasão, devemos estar conscientes de que a industrialização, por si só, não representa a redenção nem dos países subdesenvolvidos, nem das regiões menos desenvolvidas de um determinado país. Porém, o processo de industrialização, ainda é o meio mais rápido de crescimento econômico.

Não obstante, assim como a industrialização decorrente do processo de substituição das importações não viabilizou uma apropriação de renda pela classe trabalhadora, mas a mimetização do padrão de consumo dos grupos urbanos e da tecnoburocracia em relação aos países centrais, atualmente observamos que, guardadas as devidas proporções, o mesmo ocorre de forma subjacente à industrialização induzida pela guerra fiscal.

O estudo do processo de substituição das importações foi uma restrição ao acesso dos produtos nacionais ao mercado exterior, por meio da tentativa de replicar a experiência de industrialização dos países desenvolvidos. Contudo, os novos setores dinâmicos da economia nacional não lograram êxito no mercado externo, motivo pelo qual sua expansão ocorreu no âmbito do limitado mercado interno. De igual modo, devemos envidar esforços para ampliação do mercado interno e do Mercado Comum do Cone Sul – Mercosul, como forma de garantirmos a demanda para a oferta decorrente das novas unidades industriais sob pena de presenciarmos o estrangulamento da indústria nacional.

Registramos, ainda, que as políticas de incentivos fiscais adotadas pelos Estados brasileiros, notadamente, por meio do ICMS, apesar de serem baseadas no pensamento cepalino, no que se refere à opção pela industrialização, dele se afasta por não contemplarem a industrialização numa perspectiva nacional. Desse modo, os esforços desses entes subnacionais perdem em eficiência, haja vista que permitem uma espécie de leilão às avessas, para atração de investimentos, sem que haja uma sinergia dos esforços desenvolvimentistas.

Assim, na guerra fiscal, cada unidade federada que dela participa busca soluções apenas para a sua área de jurisdição, pouco se importando com o custo social que essa ação gera nas demais unidades. Isso ocorre pela omissão da União em coordenar as ações indutoras do desenvolvimento, conforme previsto no parágrafo único do art. 23 e no § 1º do art. 174, ambos, da Constituição Federal. Portanto, essa omissão é inconstitucional.

Como a competição – em que pese não se negue a existência de cooperação – é inerente à federação e tendo em vista que os entes federados possuem um grau razoável de autonomia, parece impossível evitar a maior parte dos efeitos negativos oriundos da dinâmica competitiva sem que alguma forma de autoridade central regule as iniciativas isoladas de cada unidade e, por conseguinte, iniba/mitigue a guerra fiscal.

Na nossa opinião, esse papel deveria ser exercido pelo Senado Federal, enquanto Casa da Federação. Porém, um “novo” Senado com traços do *Bunderssat* alemão.

Tendo em vista que o desenvolvimento regional e a reversão das disparidades são objetivos da federação brasileira, é, pois, atribuição indelegável do governo central – União – atuar como regulador e mediador dos conflitos, função não desempenhada até o momento, ensejando um processo desordenado de competição.

Nesse sentido, devem ser encontradas formas de regulação e articulação dos interesses dos Estados sem comprometer o desenvolvimento nacional e, também, que os entes subnacionais não sacrifiquem parcela significativa de sua autonomia.

Aspecto negativo da guerra fiscal é que os incentivos são concedidos sem que as empresas incentivadas assumam compromissos com objetivos e com metas ou

parâmetros ambientais, como níveis de emissão de gases, logística reversa, qualidade dos efluentes etc.

Assim, no âmbito nacional, corremos o risco de estarmos atraindo para o Brasil as chamadas “indústrias sujas”, ou seja, aquelas que, em decorrência do seu elevado impacto negativo sobre o meio ambiente, encontram restrições muito rigorosas nos países desenvolvidos. Portanto, estamos, em diversas situações, incentivando indústrias rejeitadas nos países centrais e que têm todo interesse em encontrar espaço nos países dispostos a recebê-las. Nesses casos, essas indústrias é que deveriam se mostrar atrativas e não os Estados por meio de suas políticas de incentivos.

As diversas políticas de incentivos fiscais pecam pela falta de transparência, o que acarreta um grande problema: as empresas incentivadas nas suas cartas de intenções assumem compromissos vagos, o que dificulta a fiscalização pelos órgãos de controle, a exemplo dos Tribunais de Contas; dos órgãos de controle ambiental; dos sindicatos de trabalhadores, neste caso quanto à efetividade do número de postos de trabalho, padrão salarial, capacitação profissional etc.

Entendemos que a utilização de políticas tributárias, tanto em seu aspecto fiscal quanto extrafiscal, visando o cumprimento das funções do Estado, notadamente a sua função social, é legítima e essencial em qualquer das esferas da Federação brasileira.

Nesse sentido, a intervenção estatal pode constituir-se não só em instrumento do desenvolvimento, mas, também, de sua democratização, quando promover a distribuição de seus recursos.

Registramos que a ideia de ordem acha-se ligada à de diferenciação e de unidade. No âmbito dessa diferenciação são elaborados os conceitos de ordem econômica e de ordem jurídica, em que a ordem econômica na perspectiva jurídica é a sistematização dos princípios e regras que organizam e disciplinam a atividade econômica.

Historicamente considerada, a ordem econômica – enquanto especificação da ordem jurídica – é uma necessidade do Estado de Direito burguês, cujo desenvolvimento das forças produtivas carece de previsibilidade e de racionalidade nas estruturas que alimentam a circulação econômica.

A seu turno, a intervenção é a atividade *no* e *sobre* o processo econômico, objetivando a correção das distorções do modelo liberal, por meio da preservação da instituição básica do sistema capitalista, o mercado.

Nesse contexto, as normas tributárias indutoras têm por finalidade interferir sobre o domínio econômico quanto aos rumos que devem ser seguidos na economia.

Alertamos para a necessidade da adoção de um novo paradigma de desenvolvimento. Para esse fim, os Relatórios de Desenvolvimento Humano ((RDHs), publicados anualmente para o Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD), a partir de 1980, têm contribuído para a elaboração desse novo paradigma de desenvolvimento, a partir da Abordagem de Desenvolvimento Humano (ADH).

A superação das principais fontes de privação da liberdade e a preservação ambiental constitui o eixo central dessa nova concepção de desenvolvimento. Assim, fatores que implicam privação da liberdade, como pobreza extrema, carência de oportunidades econômicas, precariedade de serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos, devem ser superados para a consecução do desenvolvimento.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem e devem subsidiar suas escolhas públicas quanto às políticas de desenvolvimento na Abordagem de Desenvolvimento Humano (ADH), pois o desenvolvimento enquanto ampliação das capacidades humanas é o ponto central da ADH. Portanto, nessa perspectiva, o objetivo do desenvolvimento é a melhoria da qualidade de vida da população, por meio da expansão das possibilidades de ser e de fazer do indivíduo.

Chamamos atenção para o fato de que o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é mais apropriado para aquilatar o desenvolvimento do que o Produto Interno Bruto (PIB), ou mesmo o PIB *per capita*, haja vista que o IDH reflete a qualidade de pessoas de determinado país ou de determinada região.

Além disso, tivemos a oportunidade de evidenciar a importância da intervenção estatal para corrigir as falhas de mercado e a falácia da autorregulação do mercado, se presumirmos essa capacidade de autorregulação como absoluta, haja vista que o mercado depende da regulação estatal. Esse aspecto ficou evidenciado no capítulo 3 desta tese.

Na compreensão, sistematização e proposição de algumas medidas para o aprimoramento do emprego da tributação indutora reside a contribuição deste trabalho.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os laços federativos brasileiros**: avanços, obstáculos e dilemas no processo de coordenação intergovernamental. São Paulo: USP, 2000 (Tese de Doutorado).
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- ALVES, J. A. Lindgreen. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- ALVES, Maria Abadia da Silva. **Guerra fiscal e finanças federativas no Brasil**: o caso do setor automotivo. 2001. 111 p. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001.
- ARRETCHE, Marta T. S. Descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 31 (11), julho 1996, p. 44-66.
- _____. Políticas sociais no Brasil: descentralização em um estado federativo. São Paulo: UNESP, 1996. Disponível em <http://lasa.internacional.pitt.edu/LASA98/Arretche.pdf> Acesso em 06.10.2011.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BALEEIRO, Aliomar. In: **Constituições Brasileiras**: 1967. Themístocles Brandão Cavalcanti, Luiz Navarro de Brito e Aliomar Baleeiro. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 58 (Coleção Constituições Brasileiras, vol. VI).
- BARQUERO, Antonio Vasquez. **Desenvolvimento endógeno em tempos de globalização**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística/ Ed. UFRGS, 2001.
- BARRAL, Welber. Desenvolvimento na Rodada Doha da OMC. In: CHEREM, Mônica Teresa Costa Souza; Di SENA JÚNIOR, Roberto (Orgs.). **Comércio internacional e desenvolvimento**: perspectiva brasileira. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 128 -145.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEZERRA, Paulo César Santos. **A produção do direito no Brasil**: a dissociação entre o direito e a realidade social e o direito de acesso à justiça. Ilhéus: Editus, 2003.

_____. **Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. Cinquenta anos de pensamento na CEPAL – uma resenha. In: **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. V. 1. Org. Ricardo Bielschowsky. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2000, p 13-68.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5 ed. v. 2. Brasília: Ed. Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORBA, Bruna Estima. **Imposto de Renda das Pessoas Físicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BORDO, Michael D. **Padrão-ouro**. In: Enciclopédia de economia. HENDERSON, David R.; NEVES, João César das. (Coord.). 2. ed. Cascais :Principia, p. 419-423.

BORGES, José Cassiano; REIS, Maria Lúcia Sá Motta Américo dos. **Impostos, estudos e pareceres** (IPI-ICMS-ISS). Rio de Janeiro: Esplanada, 1995.

BRAGA, Waldir Luiz; MORENO, César. ICMS: direito a crédito pelo contribuinte destinatário: princípio constitucional da não-cumulatividade: guerra fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. nº 56. São Paulo: Dialética, 2000, maio, p. 116-125.

BRANDÃO, Carlos Antônio. **A dimensão espacial do subdesenvolvimento**: uma agenda para os estudos urbanos e regionais. Tese de Livre-Docência apresentada ao Instituto de Economia da Unicamp. São Paulo: Mimeo., 2003.

Brasil. Convênio ICM 66, de 14 de dezembro de 1988. Disponível em <http://www.confaz.gov.br> Acesso em 20 mar 2011.

Brasil. Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983 (Emenda Passos Porto). Disponível em <http://www.senado.gov.br> Acesso em 23 abr 2011.

Brasil. Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em <http://www.senado.gov.br> Acesso em 23 abr 2011.

BRASIL. Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm. Acesso em: 05 mai. 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, que estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle dos Fundos de Participação e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp62.htm Acesso em 13.02.2011.

Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 10.02.2011.

Brasil. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Lei das Sociedades por Ações. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404compilada.htm Acesso em 16 abr 2011.

Brasil. Projeto de Lei do Senado nº 207, de 2009 – Complementar, que institui o Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 173 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.senado.gov.br> Acesso em 22 fev 2011.

BRUCE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. 6 ed. Trad. Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Pioneira Thomas Learning, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêngo. Constituição Federal anotada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Controle de mercado por via de tabelamento. **Revista da Universidade Mackenzie**. ano 6, n. 6. São Paulo: Ed. Universidade Mackenzie, 1992, p. 23-27.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste, 2002.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARDIA, Fernando Antônio Amaral. Uma breve introdução à questão do desenvolvimento como tema de direito internacional. *In*: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). **Direito internacional e desenvolvimento**. Barueri: Manole, 2005, p. 63-64.

CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**: ensaio de interpretação sociológica. 8 ed. ver. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARIBÉ, Luiz Lustosa Roriz. **ICMS teoria e prática**: creditamento pela diferença das alíquotas; creditamento relativo à operação não tributada e tributação simplificada. São Paulo: LegisBancos, 1995.

CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**. 13. ed. Campinas: Papirus, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 10. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do Estado frente a atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 20. São Paulo: Malheiros, 1997.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: UNESP, 2004.

_____. **Maus samaritanos**: o mito do livre-comércio e a história secreta do capitalismo. Trad. Celine Martins Ramalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Coleção Constituições Brasileiras).

COSTA, Gustavo Cavalcanti. O conflito de competência exonerativa em matéria de ICMS: uma abordagem político-jurídica sobre a 'guerra-fiscal' na Federação brasileira. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: RT, nº 42, jan./fev. 2002, p. 85-99.

CREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudnei. **Economia brasileira contemporânea**. 7. ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

DEBACO, E. S.; JORGE NETO, P. de M. **Competição entre os Estados por investimentos privados**. Centro de Estudos de Economia Regional. CAEN/UFC, 1998. 14 p. (Texto de Discussão, 180).

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DERANI, Cristiani. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Jean Carlos. O direito ao desenvolvimento e o princípio da capacidade contributiva. In: **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Org. Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 169-182.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. Coord. George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 118-136.

_____. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2009.

DULCI, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba: Ed. UFMG, n° 18, jun 2002.

ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Org.). **Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP, 2007, p. 37-66.

ESPANHA. Constituição espanhola. Disponível em <http://WWW.la_moncloa.es/Espana/LeyFundamental/titulo_primer.htm>. Acesso em 12.12.2010

FABRI, Andréa Queiroz. Falhas de mercado: por uma nova visão do planejamento econômico. In: **Direito econômico: evolução e institutos: obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca**. Coord. Amanda Flávio de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 53-64

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FEITOSA, Raymundo Juliano. A ordenação da atividade financeira e tributária do Estado. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito**. Recife, n° 12, 2002.

_____. Tendências fiscais nos países de capitalismo avançado. **Revista Tributação & Desenvolvimento**. Ano 4. n. 1. Recife: Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, julho, 2002.

_____. **Política tributária no Brasil: 1966/1984**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006, p. 87-93.

FERNANDEZ, Eusebio. **Teoria de La justicia y derechos humanos**. Madrid: Editoria Debate, 1991.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio _____. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, o justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, G. D. Políticas estaduais de desenvolvimento e “guerra fiscal”. Dissertação de Mestrado. Instituto de Economia. UNICAMP, 2005.

FERREIRA, Glenda Dantas. **Políticas estaduais de desenvolvimento e guerra fiscal**. 2005. Dissertação (Mestrado em Economia). Universidade Estadual de Campinas, 2005.

FERREIRA, Luís Pinto. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1970.

FERREIRA, Sergio D’Andrea. O incentivo fiscal como instrumento de Direito Econômico. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, jan./mar., 1998, p. 31-46.

FERREIRA, Sérgio G. Reforma tributária e guerra fiscal: competição tributária ou corrida ao fundo do tacho? **Informe-se**, nº 4, jan. 2000. Disponível em: http://www.federativo.bndes.gov.br/f_informes.htm. Acesso em 12 jan. 2009.

FERRER, Jordi. **Las normas de competencia**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico**. São Paulo: MP Ed., 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FUKUDA-PARR, Sakiko. Operacionalizando as ideias de Amartya sobre capacidades. Disponível em [HTTP://soo.sdr.sc.gov.br/index.php?option=com_content&id=108&temid=206](http://soo.sdr.sc.gov.br/index.php?option=com_content&id=108&temid=206), acesso em 13.11.2010.

FURTADO, Celso. **A fantasia organizada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

_____. **O capitalismo global**. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

_____. **Teoria e política do desenvolvimento econômico.** 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Transformação e crise na economia mundial.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Formação econômica do Brasil.** Edição comemorativa: 50 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. **A fantasia desfeita.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de intervenção no domínio econômico.** São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no Direito Tributário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRACIOLLI, Edilson José; DUARTE, Pedro Henrique Evangelista. **A nova CEPAL à luz da teoria marxista da dependência.** Disponível em: http://www.sep.org.br/artigo/1663_c16f55f53c78a2f460ea4ed46545d9.pdf. Acesso em: 22 out. 2010.

GRANATO, Marcelo de Azevedo. ICMS, guerra fiscal e glosa de crédito concedido sem base em convênio. **Revista Dialética de Direito Tributário.** n° 156, set. São Paulo: Dialética, 2008, p. 80-84.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

HORVATH, Estevão. **Contribuições de intervenção no domínio econômico.** São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 115-136.

_____. **Curso de direito administrativo.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. **A Constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 9. ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEFORT, Claude. **As forças da história**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

LEMGRUBER, Andrea. **A competição tributária em economias federativas: aspectos teóricos, constatações empíricas e uma análise do caso brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Departamento de Economia. UNB, 1999. Disponível em: www.federativo.bndes.gov.br. Acesso em 10 out. 2009.

LOVE, Joseph L. Raúl Prebisch and the origins of the doctrine of unequal exchange. **Latin American Research Review**., v. XV, n. 3, 180, p. 45-72.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: 1980.

LUÑO, Antonio E. Perez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel Derecho, 1991.

_____. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1991.

MACEDO, Bernardo Gouthier. **As ideias de Raúl Prebisch sobre a industrialização periférica (1949-1954)**. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito. A não-cumulatividade no Sistema Tributário Brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Não-cumulatividade tributária**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2009, p. 190-216.

_____. **Aspectos fundamentais do ICMS**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009.

MALERBI, Diva. Segurança jurídica e tributária. **Revista de Direito Tributário**. Nº 47. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 203-211.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1988.

MARIE, Jean-Bernard. Direitos humanos. In: **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Jean André Arnaud (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 273.

MARINI, Ruy Mauro. Desenvolvimento e dependência. In: TRASPADINI, Roberta; STEDILE, João Pedro (Orgs.). **Ruy Mauro Marini: vida e obra**. São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 221-235.

_____. ***Dialéctica de la dependencia***. 10 ed. Era: México, 1990.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ICMS e o regime jurídico de incentivos financeiros outorgados pelos Estados e o Comunicado CAT nº 36/04 de São Paulo: distinção entre incentivos financeiros e fiscais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. nº 112. São Paulo: Dialética, 2005, p. 134-144.

_____; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. A não-cumulatividade das contribuições: PIS/Pasep e Cofins. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). **Não-cumulatividade do PIS/Pasep e da Cofins**. São Paulo: IET/Thomson-IOB, 2004, p. 15 -32.

_____; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. A não-cumulatividade das contribuições: PIS/Pasep e Cofins. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). **Não-cumulatividade do PIS/Pasep e da Cofins**. São Paulo: IET/Thomson-IOB, 2004, p. 15 -32.

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. Trad. Edgard Malagodi. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1996. (Coleção os Pensadores).

MATTOS, Aroldo Gomes de. **ICMS: comentários à legislação nacional**. São Paulo: Dialética, 2006.

MBAYA, Etienne-Richard. La constitution eu égard aux droits de l'homme des troisièmemet quatrième generations. In: **Direito Constitucional**. DINIZ, José Janguié Bezerra (Coord.). Brasília: Consulex, 1998, p. 301-333.

MEDEIROS, L. Rodrigo. Teoria econômica e desenvolvimento na América Latina: revisitando o estruturalismo. **Revista Intellectus**. Ano 5. V. I, 2006, p. 2. Disponível em www2.uerj.br/~intellectus.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficiência das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15 ed. rev. e ampl. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2010.

MELO, José Eduardo Soares de. **Direito Tributário Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MELO, Luzia Maria Cavalcante de; SIMÕES, Rodrigo. Desigualdade econômica regional e *spillovers* estaduais: evidências para o Nordeste do Brasil. **Texto para Discussão nº 364**. Belo Horizonte: UFMG/Gedeplar, 2009.

MILONE, Paulo César. Crescimento e desenvolvimento econômico: teorias e evidências empíricas. In: PINHO, Diva Benevides; Vasconcelos, Marco Antonio S. de. (Orgs.) **Manual de economia**. 5 ed. 7 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 483-499.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: MIRANDA, Jorge Coimbra Editora, t. 4, 2000.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed., t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

MONCADA, Luís S. Cabral de _____. **Direito Econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Direito Econômico**. 3 ed. ver. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. **Finanças públicas**: teoria e prática. Trad. Carlos Alberto Primo Braga. Rio de Janeiro: Campus; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1980.

NABAIS, José Casalta. **Direito fiscal**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

NASCIMENTO, Sidney Pereira do. Guerra fiscal: uma avaliação comparativa entre alguns Estados participantes. **Economia Aplicada**, Ribeirão Preto, v. 12, nº 14, dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-8050200800040007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 24 mar. 2009.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade (céleres considerações). **Revista de Direito Administrativo**. v. 235. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set., 2001, p. 179-193.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**. n. 1. São Paulo: MP, 2010, p. 123-141, p. 126-128.

_____. **Renúncia de receita, guerra fiscal e tax expenditure**: uma abordagem do art. 14 da LRF. Comisión Económica para América Latina. Disponível em: www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/3526/MarcosNobrega1.pdf. Acesso em 10 out. 2009.

Notícia veiculada pela Agência Brasil, sob o título “ICMS cobrado na origem eliminará a guerra fiscal, acredita o governo”, disponível em [HTTP://www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br), acesso em 17/4/2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao Direito Econômico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OHAME, Kenich. **O fim do Estado Nação**: a ascensão das economias regionais. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

OLIVEIRA, F. A. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**: desafios da reforma tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 25-40

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parceria Público-Privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 22 de abril de 2009.

OLIVEIRA, Júlio M. de. ICMS e guerra fiscal: origem, destino, natureza e extinção do direito de crédito. In: **Direito Tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho.

SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 917-932

OLIVEIRA, Luiz Guilherme. Federalismo e guerra fiscal. **Revista Pesquisa & Debate**. v. 10, n. 2(16). São Paulo, 1999, p.110-138.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAPIER, Jorge. *Ley Fundamenta y orden económica*. In.: **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Macial Pons, 1996.

PARKER, Selwyn. **O crash de 1929**: as lições que ficaram da grande depressão. São Paulo: Knipel, p. 2009.

PASSERON, Jean-Claude. **O raciocínio sociológico**: o espaço não-popperiano do raciocínio natural. Petrópolis: Vozes, 1994.

PASSOS, Carlos Roberto Martins; NOGAMI, Otto. **Princípios de economia**. 5. ed. rev. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

PENHA, José Ribamar Barros Penha. **Imposto de Renda Pessoa Física**: norma, doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: MP, 2010.

PERES, Úrsula Dias. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. **RBGN**, São Paulo, v. 9, n. 24, p. 15-30, mai./ago., 2007.

PERNAMBUCO. Lei estadual nº 13.484, de 29 de junho de 2008, que institui o Programa de Desenvolvimento do Setor Automotivo do Estado de Pernambuco. Disponível em <http://www.sefaz.pe.gov.br>. Acesso em 13.02.2011.

Pernambuco. Lei nº 11.675, de 11 de outubro de 1999. Consolida e altera o Programa de Desenvolvimento de Pernambuco – PRODEPE. Disponível em <http://www.sefaz.pe.gov.br> Acesso em 16 abr 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

POLLOCK, David H. “La actitud de los EUA hacia la Cepal”. **Revista de la Cepal**, n. 6, 2º sem. Santiago, 1978, p. 59-86.

PORTUGAL. Constituição portuguesa. Disponível em< http://www.portugal.gov.pt/Documentos/Portugal_Documentos/CRP_Revisao2005.pdf>. Acesso em 12.12.2010

POSNER, Richard A. The economic approach to Law. **Texas Law Review**. V. 53, n. 4, 1975.

PRADO, Sergio. Distribuição intergovernamental de recursos na Federação. In: REZENDE, F; OLIVEIRA, F. A. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil: desafios da reforma tributária**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 41-125.

_____. “Guerra fiscal” e políticas de desenvolvimento estadual no Brasil. Texto para Discussão, 2005.

_____. **A questão fiscal na Federação Brasileira**: diagnóstico e alternativas. Documento elaborado no âmbito do Convênio CEPAL/IPEA (Projeto: Brasil: o estado de uma nação). Brasília: CEPAL, São Paulo: IPEA, 2007.

_____. **A questão fiscal na Federação Brasileira**: diagnóstico e alternativas. Documento elaborado no âmbito do Convênio CEPAL/IPEA (Projeto: Brasil: o estado de uma nação). Brasília: CEPAL, São Paulo: IPEA, 2007, p. 6-15.

_____; CAVALCANTI, Carlos Eduardo G. **A guerra fiscal no Brasil**. Brasília: IPEA, 2000.

PREBISCH, Raúl. Cinco etapas de mi pensamiento sobre el desarrollo. **El trimestre Económico**, n. 198, abr/jun, 1983, p. 1077-1096.

_____. Crecimiento, desequilíbrio y disparidades: interpretación del proceso de desarrollo económico. In: GURRIERI, Adolfo (Org.). **La obra de Prebissch en la CEPAL**. México: Fondo de Cultura Económica, 1982, v.1, p. 156-247.

_____. El desarrollo econômico de la América Latina y algunos de sus principales problemas. In: GURRIERI, Adolfo (Org.). **La obra de Prebisch en la CEPAL**. México: Fondo de Cultura Económica, 1982, v.1, p. 99-155.

_____. Hacia uma dinâmica Del desarrollo latinoamericano. GURRIERI, Adolfo (Org.). **La obra de Prebisch en la CEPAL**. México: Fondo de Cultura Económica, 1982, v.2, p. 137-227.

_____. **Introducción a Keynes**. 5. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

_____. **El desarrollo economico de la America Latina y algunos de sus principales problemas**. Santiago: CEPAL, 1949, disponível em http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/11/RECP_017_300.pdf

Programa Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros & Fundação Getúlio Vargas, sob a coordenação do Prof. Fernando Rezende (Cadernos Fórum Fiscal nº 2 – COMPETIÇÃO FISCAL)

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Recurso Extraordinário (RE) nº 212209, sobre a inclusão do ICMS na sua base de cálculo. A decisão foi tomada no julgamento do RE nº 582461. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp>. Acesso em 28 jun. 2011.

Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. NACIONES UNIDAS. **Resolución 41/128: Declaración sobre El Derecho al Desarrollo**. Disponível em <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/502/78/IMG/NR050278.pdf?Openelement>. Acesso em 16 abr. 2009.

Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. NACIONES UNIDAS. **Resolución 41/128: Declaración sobre El Derecho al Desarrollo**. Disponível em <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/502/78/IMG/NR050278.pdf?Openelement>. Acesso em 16 abr. 2009.

REZENDE, F. Modernização tributária e federalismo fiscal. In: REZENDE, F.;

RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação**. Trad. Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

ROBERTS, Bryan R. A dimensão social da cidadania. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 3, ano 12, fev. 1997, p. 5-22.

RODRIGUES DE SOUZA, Fátima Fernandes; GARCIA, Patrícia Fernandes de Souza. **Nova amplitude do conceito de “domínio econômico”**: contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins. São Paulo: Dialética, 2001.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Incentivos fiscais: desenvolvimento econômico e a jurisprudência do STF para o ICMS: “guerra fiscal” entre os Estados. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). **Incentivos fiscais**: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. São Paulo: MP, 2007, p. 299-325.

RODRIGUEZ, Alberto Gago; VILLOT, Xavier Labandeira. **La reforma fiscal verde**: teoría y práctica de los impuestos ambientales. Madrid: Mundi-Prensa Libros, 1999.

RODRIGUEZ, Octávio. **Teoria do subdesenvolvimento da CEPAL**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981.

ROSTOW, Walt Whitman. **Etapas do desenvolvimento econômico**: um manifesto não comunista. Trad. Octávio Alves Velho. Coleção Biblioteca de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1961.

ROSTOW, W. W. **Etapas do desenvolvimento econômico**. Trad. Otávio Alves Velho. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALDANHA, Nelson. **Pela preservação do humano**. Recife: FUNDARPE, 1993.

_____. **Ordem e hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social. **Revista de Direito Público da Economia**. a. 1, n. 1. Belo Horizonte, 2003, p. 15-44, jan/mar, p. 25-26.

SALVIANO Jr., Cleofas. **O discurso cepalino**: ensaio de análise retórica. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 1993, mimeo.

SAMUELSON, Paul A; NORDHAUS, Willian. **Economia**. 12 ed. Trad. Manuel F. C. Mira Godinho. Lisboa: McGraw-Hill, 1988.

SANTOS, José Carlos Gomes. **Incentivos fiscais ao investimento em contexto de subdesenvolvimento e competição regional**: o caso moçambicano. Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil**: território e sociedade no início do século XXI. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SANTOS, Theotônio. **A teoria da dependência**: balanço e perspectivas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. Como a Sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. In: **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Fernando Facury Scaff (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-35.

_____. Guerra fiscal, neoliberalismo e democracia. **Revista de Direito**. n. 11, jan./jul. Santa Cruz do Sul, 1999, p. 135-143.

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

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SICHES, Luis Recasens. **Filosofia del derecho**. 19 ed. Mexico: Porrúa, 2008.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. Trad. Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 2001.

SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. Contribuição de intervenção no domínio econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Contribuição de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: RT, 2002.

SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento econômico**. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999.

SPEGLER, Oswald. **A decadência do ocidente**: esboço de uma morfologia da história universal. Edição condensada por Helmut Werner. São Paulo: Zahar, 1993.

TAVARES, Maria da Conceição. Auge e declínio do processo de substituição de importações no Brasil. In: **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. V. 1. Org. Ricardo Bielschowsky. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2000, p 217-238.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. II. Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. V, 2. ed. ver. e atual. O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. IV. Os tributos na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TRAMONTINI, Odair. **Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal**. Curitiba: Juruá, 2002.

TRINDADE, Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

VARSANO, Ricardo. **A Guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde**. Disponível em <HTTP://www.ipea.gov.br/pub/ppp15/versano.pdf>. Acesso em 23.03.2009.

Vienna Declaration and Programme of Action. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument)>. Acesso em 16 abr. 2009.

_____. Por uma reforma tributária modelo 2004. (Nota Técnica). **Boletim de Conjuntura**. Rio de Janeiro: Ipea, set, 2003, n. 62, p. 69-78.

_____; FERREIRA, Sérgio e AFONSO, José Roberto. Fiscal Competition: a bird's eye view. **IPEA**, Texto para discussão nº 887, 2002. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=335860. Acesso em 05 abr. 2010.

_____. Um método para as reformas . In: **O Brasil no fim do século**: desafios e propostas para ação governamental. Rio de Janeiro:IPEA, 1994.

VAZ, Manoel Afonso. **Direito Econômico: a ordem econômica portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 1985.

VENÂNCIO FILHO, Aberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Edição fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

WITACKER, José Maria. **O milagre de minha vida**. São Paulo: Hucitec, 1978.