

Economic Analysis of Law Review

Incentivos Fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito

Tax Incentives: an Economic Analysis of Law perspective

Oksandro Osdival Gonçalves¹

PUC Paraná

Marcelo Miranda Ribeiro²

PUC Paraná

RESUMO

A partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito – AED, este artigo analisa as repercussões juseconômicas da instituição de incentivos fiscais concedidos na Zona Franca de Manaus – ZFM e da “guerra fiscal” entre Estados. Após uma breve apresentação do arcabouço teórico, discutem-se dois casos: o do setor de refrigerantes na ZFM e a declaração de ilegalidade de alguns incentivos fiscais estaduais pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A análise evidencia os limites da utilização de mecanismos tributários para a correção de falhas de mercado ou como estratégias de desenvolvimento regional. Benefícios fiscais são justos apenas quando claramente instituídos por razões do bem comum e quando adequados aos objetivos propostos.

Palavras-chave: Incentivo Fiscal; Guerra Fiscal; Justiça Fiscal; Zona Franca; CADE.

JEL: K34

ABSTRACT

From an Economic Analysis of Law – L&E perspective, this paper discusses the juseconomic effects resulting from the Manaus Free Zone – ZFM tax breaks and the state fiscal competition. After a brief theoretical review, two cases studies are presented: the beverage industry in the ZFM and the Brazilian Antitrust Authority – CADE declaration of illegality of some state tax breaks. The results highlight the limits of the use of fiscal policies to fix market failures or as regional development tools. Tax breaks are fair only when clearly stated in the public interest and effectively reach the proposed public policies.

Keywords: Tax Break; Tax Competition; Fiscal Justice; Free Trade Zone; CADE.

R: 6/11/12 **A:** 19/8/13 **P:** 30/10/13

¹ E-mail: oksandro@cgaadv.com.br.

² E-mail: marcelomirandaribeiro@yahoo.com.br.

1. Introdução

A Constituição Federal determina que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos. Para a consecução de tais fins, obviamente, o Estado necessita de vultosos recursos financeiros. Tributos existem, portanto, para viabilizar a consecução dos fins constitucionalmente previstos. Afinal, é com a arrecadação tributária que se gera a maior parte das receitas públicas. Por isso, como afirma José Casalta Nabais (1998, p. 679) os tributos são o “contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada”.

Porém, a tributação deve ser realizada com o mínimo de efeitos econômicos negativos. Quando o Estado institui um tributo sobre as trocas econômicas, o sistema de preços do mercado sofre ruído, pois o produtor é obrigado a repassar o custo da tributação para o preço do bem. Por isso, perdem o consumidor e o produtor: o primeiro em função do aumento de preço do bem e o segundo em virtude da redução de seu lucro. Há perda de bem-estar para ambos. Este é o peso morto da tributação: menos produção e menos consumo, resultando em menos riqueza para a sociedade (Carvalho, 2008, p. 194).

Mas não é só a instituição de tributos (ou sua majoração) que causa ineficiências econômicas. As desonerações tributárias, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, são mecanismos que também podem gerar desajustes no mercado. Isso ocorre porque tanto a tributação quanto a sua desoneração alteram o preço relativo dos bens e, por conseguinte, podem provocar externalidades negativas.

Como se constata, Direito Tributário e Economia possuem estreita relação, pois tributos representam importantes custos de transação. Todavia, “a relação entre o Direito e a Economia, especificamente no ramo do Direito Tributário brasileiro, não tem sido objeto de estudos aprofundados” (La Guardia, 2007, p. 3). Por sua vez, o legislador apenas calcula as possíveis ‘receitas tributárias’ ou ‘perdas de arrecadação’ antes da edição de um projeto de lei tributária. Igualmente, Ministros do STF, ao julgarem a inconstitucionalidade de leis tributárias, formam parte de seu convencimento com base no prejuízo financeiro que a decisão pode causar à União.³ Em outros termos, a Análise Econômica no Direito Tributário, volta-se, principalmente, para o cálculo dos valores a serem arrecadados ou desonerados pelas leis tributárias. Não há, nesse caso, um estudo efetivo dos impactos econômicos de uma lei tributária, como o estímulo à sonegação ou a migração das organizações para setores menos onerados pela carga tributária (La Guardia, 2007, p. 4). Enfim, o que há, normalmente, é uma mera previsão aritmética de ganho ou de perda de arrecadação, o que está muito longe de ser uma análise econômica do Direito Tributário.

Nesse cenário, o objetivo do artigo é avaliar, sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED), os impactos econômicos da tributação. Entretanto, o foco não são as repercussões econômicas oriundas da instituição de novas exações ou da majoração de tributos existentes. O

³ Como exemplo citem-se os Recursos Extraordinários nºs 556.664 e 559.882, nos quais, em 12/06/2008, o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos art. 45 e 46, da Lei Federal nº 8.212/91, definindo como inconstitucional o prazo prescricional e decadencial de dez anos, mas limitando a eficácia retroativa destas decisões. Ao assim decidir, a Corte Suprema determinou que os efeitos de sua decisão não atingiriam os contribuintes que haviam pago as contribuições e não haviam iniciado a discussão sobre a legalidade do referido tributo até a data da conclusão do julgamento (Brasil, 2008).

que se pretende é fazer uma análise das repercussões econômicas dos incentivos fiscais, sejam os concedidos pela chamada “guerra fiscal”, sejam os concedidos em prol da Zona Franca de Manaus e, portanto, legalmente autorizados. Para tal desiderato será necessário examinar algumas noções fundamentais da AED, assim como, estudar determinados aspectos de Direito Tributário indispensáveis ao entendimento do problema apresentado (conceituar incentivos fiscais, avaliar os princípios da neutralidade fiscal e da livre concorrência e estudar as formas legítimas de intervenção do Estado na ordem econômica). Por fim, serão apresentados dois estudos de caso: o primeiro relativo à análise do setor de refrigerantes e às repercussões econômicas de isenções e creditamentos especiais concedidos a empresas instaladas na Zona Franca de Manaus e o segundo relativo à instituição de incentivos fiscais concedidos na chamada “guerra fiscal”.

2. Noções Fundamentais de Análise Econômica do Direito

O movimento da Análise Econômica do Direito (AED) ou “*laws and economics*” pode ser definido como a “aplicação da teoria econômica para o exame de formação, estruturação e impacto da aplicação de normas e instituições jurídicas”, chamando a atenção dos juristas para uma nova maneira de se analisar o fenômeno jurídico (Ribeiro, 2009, p. 53).

Não se trata de uma aplicação direta da teoria econômica sobre o direito, mas o desenvolvimento de “ferramentas epistemológicas não originalmente disponíveis na Ciência Jurídica ou na Ciência da Economia, tradicionalmente reducionistas, mas a relação entre ambos os domínios da realidade social” (Carvalho & Jobim, 2008, p. 239).

Assim, a AED coloca no centro dos estudos jurídicos “os problemas relativos à eficiência do Direito, o custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas” (Ribeiro, 2009, pp. 67 e 68). Exatamente por esse motivo ela é uma ferramenta adequada à análise do objeto de estudo, já que aproxima Direito Tributário e Economia, aproximação esta essencial para sintonizar “a justiça tributária à justiça econômica” (Fortes e Bassoli, 2010, p. 237).

2.1. Análise Positiva e Normativa do Direito

A AED utiliza dois níveis epistemológicos para relacionar Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Análise Positiva do Direito, que se ocupa em estudar as repercussões práticas do Direito sobre o mundo real; e à segunda dá-se o nome de Análise Normativa do Direito, a qual estuda como a noção de justiça se comunica com conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar (Salama, 2007, p. 5).

O argumento central da Análise Positiva do Direito é o de que os conceitos microeconômicos são úteis para a análise do Direito. Bruno Salama (2007, p. 10) observa que esse argumento possui diversas versões, três das quais podem ser destacadas: a reducionista, a explicativa e a preditiva.

A versão reducionista – minoritária e pouco proveitosa – sugere que o Direito possa ser reduzido à Economia e que categorias jurídicas tradicionais (como direitos subjetivos, deveres jurídicos, culpa, negligência, etc.) possam ser substituídas por categorias econômicas. A segunda versão diz respeito à capacidade explicativa da teoria econômica. A ideia é a de que os sistemas jurídicos podem ser compreendidos como sendo a resultante da maximização de recursos escassos

por parte das pessoas, que ocorre de forma relativamente coordenada. Por exemplo, a regra geral da responsabilização subjetiva, baseada na existência de culpa, seria explicada como resultante da tentativa de dar incentivos para que tanto os potenciais causadores de danos, quanto as potenciais vítimas, tomem atitudes para mitigarem as chances de ocorrência de danos. O problema é que a explicação de institutos jurídicos deixa de lado uma série de fatores culturais e históricos, o que significa dizer que a economia não explica completamente o Direito, já que não capta toda a realidade subjacente. A terceira versão do argumento é a de que a Economia pode ser aproveitada para prever as consequências de diversas regras jurídicas. Trata-se de tentar identificar os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso. A AED retira as consequências do fenômeno jurídico da periferia, trazendo-as para o centro do debate, de modo a ser possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão das diferentes posturas legais (Salama, 2007, pp. 10 e 11).

Na lição de Cristiano Carvalho (2008, p. 191), a Análise Positiva do Direito é o ramo da análise econômica que descreve como a economia de fato funciona. Avalia como ocorrem as trocas econômicas em um dado mercado e permitam prever o comportamento desses mercados. A tributação excessiva, por exemplo, incentiva a informalidade.

Por sua vez, a Análise Normativa do Direito é o ramo da AED em que são feitas prescrições sobre como a economia deveria funcionar, ou seja, serve para propor o que seria melhor para a sociedade. Desse modo, enquanto a análise positiva refere-se ao Direito como ele é num dado sistema jurídico particular, a análise normativa propõe alterações no sistema, de modo a alcançar um dado objetivo previamente estabelecido.

Cabe ressaltar, porém, que a AED é incapaz de dizer o que é justo ou injusto, ou certo ou errado, pois essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, subjetivos. Porém, para a AED não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar: uma vez escolhida não existe justificativa moral para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Sob esta perspectiva a AED não serve para indicar qual o caminho justo, mas pode contribuir para a identificação do que é injusto, já que toda regra que gera desperdício é ineficiente e injusta (Gico Júnior, 2010, p. 27).

2.2. Premissas Fundamentais para Aplicação da AED

Segundo Márcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p. 77), as premissas da AED estão fincadas em três princípios principais: escolha racional ou maximização, equilíbrio e eficiência. A premissa comportamental é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Isso significa dizer que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar (Salama, 2007, p. 14). Dizer que os indivíduos são racionais implica concluir que eles buscam otimizar a sua utilidade. Ser racional significa ser capaz de efetuar escolhas consistentes, o que significa que estas devem ser completas e transitivas. Em outros termos, o indivíduo deve ser capaz de estabelecer a sua preferência em face de suas alternativas, por exemplo, deve ser capaz de dizer que prefere A a B, e deve ser capaz de perceber que se prefere A a B e B a C, então necessariamente prefere A a C (Carvalho, 2008, p. 188).

Por isso, os indivíduos reagem a incentivos, entre as quais, encontram-se as normas jurídicas. A norma jurídica e, principalmente, a sua sanção, é processada como um preço pelo seu destinatário. As pessoas reagem às sanções da mesma forma como reagem aos preços: ao tomar o comando normativo como um preço, o receptor da norma automaticamente, por ser racional,

avalia a relação entre custo e benefício da conduta que poderia vir a praticar (Carvalho, 2008, p. 188).

A seu turno, o conceito de equilíbrio é o padrão comportamental que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. A ideia de que indivíduos possam agir como maximizadores racionais de suas preferências e que dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis sugere que os indivíduos possam também responder a incentivos. É importante notar também que incentivos legais podem gerar efeitos em direções opostas. Por exemplo, a eliminação do foro privilegiado para congressistas poderia causar diminuição da corrupção como resultado de maior temor da sanção criminal, mas poderia também causar diminuição da liberdade de expressão política dos congressistas (Salama, 2007, pp. 18-21). De todo o modo, quando todos os sujeitos agem em prol de seu autointeresse racional, o resultado acaba sendo uma tendência para o equilíbrio, simplesmente porque as ações individuais acabam não tendo mais poder de influenciar o sistema (ou o mercado) do que as outras (Carvalho, 2008, p. 189).

Relativamente ao conceito de eficiência, Salama (2007, p. 21) aponta que um dos seus significados mais importantes diz respeito à maximização da riqueza e do bem-estar. Sob essa ótica, a eficiência é a busca da otimização da relação entre *output* e *input*. Em termos jurídicos, uma lei será mais eficiente que outra se for capaz de atingir os mesmos resultados através de custos menores. Estes custos não precisam ser necessariamente financeiros, mas podem envolver também custos pessoais, morais ou mesmo o que a Economia denomina de custo social (que envolve as externalidades), custos de oportunidade ou custos de transação. O ponto polêmico nesta premissa é a dicotomia ou o *trade off* entre eficiência e justiça a se buscar com determinada norma jurídica (Carvalho, 2008, p. 190).

Há, contudo, outras duas acepções do termo “eficiência” mais interessantes em função do objeto do estudo aqui a ser desenvolvido: os critérios de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks, abaixo descritas.

2.3. Critérios de Eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks

Segundo ensina Márcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p. 79) uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a situação ou a utilidade de um agente, sem degradar a situação de qualquer outro agente econômico. Por essa perspectiva, tem-se que a melhor alocação de recursos incrementa o bem-estar e o fluxo das relações econômicas. Essa alocação mais eficiente, conforme o ótimo de Pareto, só ocorre se em uma sociedade não haja mais nenhuma modificação possível a fim de melhorar a situação de alguém sem piorar a de outrem.

Rachel Sztajn (2005, p. 76) aduz, na mesma linha, que, segundo o critério de eficiência de Pareto, não seria possível melhorar a posição de qualquer pessoa sem que houvesse a piora na condição de outrem. Por tal motivo, tal critério de eficiência “não tem grande aplicação prática, uma vez que a maioria das transações tem efeitos sobre terceiros, sendo praticamente impossível que em uma relação de troca não haja prejuízo, ainda que indireto, para alguém” (Ribeiro, 2009, p. 87).

O critério de eficiência de Kaldor-Hicks, por sua vez, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com o objetivo de causar o máximo bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem as eventuais perdas sofridas por alguns, ou

seja, “as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas” (Sztajn, 2005, p. 76).

Por isso, o critério de Kaldor-Hicks ganhou proeminência entre os adeptos da AED. A eficiência perante este critério se dá quando a disputa pela alocação de recursos resulta em que o proveito para os vencedores lhes permita compensar os perdedores. Por tal motivo, o referido critério passa a ser o norte para decisões na elaboração das políticas públicas, pois busca mitigar o problema da melhor alocação para todos (Pareto), de forma que a escolha seja pela alternativa que maximiza a riqueza (Ribeiro, 2009, pp. 88 e 89).

2.4. Falhas de Mercado

Falhas de mercado são oriundas de situações onde a “mão invisível não é o suficiente para corrigir desvios do sistema econômico” (Carvalho, 2008, p. 202). Em termos mais simples, uma falha de mercado ocorre quando os mecanismos de mercado, não regulados pelo Estado e deixados livremente ao seu próprio funcionamento, originam resultados econômicos ineficientes ou indesejáveis socialmente.

Estas falhas são provocadas pelas imperfeições do mercado, notadamente, a existência de poder econômico dispar entre os agentes, assimetria de informação ou informação incompleta dos agentes econômicos, bens públicos e externalidades (Ribeiro, 2009, p. 93).

Num mercado sem assimetria de informação, vendedores e compradores conhecem os bens e serviços que negociam, as condições de mercado e têm liberdade para entrar e sair dele. As empresas, igualmente, conhecem as técnicas de produção e os consumidores, conhecem as características dos produtos, suas vantagens e diferentes preços e condições. Isto, no entanto, não é o usual no mercado. Prepondera a existência de informações incompletas por parte dos agentes econômicos, como ocorre, por exemplo, com o mercado de veículos usados, no qual o vendedor tem muito mais informação do que o comprador. Tal assimetria revela uma falha de mercado que, normalmente, é entrave à obtenção de relações econômicas mais eficientes (Ribeiro, 2009, p. 94).

Outra falha de mercado é a existência de poder econômico. Nesta situação, o mercado não é competitivo e uma ou mais empresas abusam de seu poder de mercado, que é a possibilidade de fixar preços acima dos custos marginais. (Ribeiro, 2009, p. 95).

Externalidades, por sua vez, é o custo ou benefício que um agente, na realização de uma atividade econômica, impõe a terceiros, ou seja, é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam da ação. Para Coelho (2007, p. 34) externalidade é “todo efeito produzido por um agente econômico que repercute positiva ou negativamente sobre a atividade econômica, renda ou bem-estar de outro agente econômico, sem a correspondente compensação”. Assim, por exemplo, a indústria polui, mas gera empregos. Nesse caso, é necessário avaliar mecanismos de compensação das externalidades, por meio da imputação de obrigações ao empresário pelos efeitos considerados negativos e do reconhecimento de direitos em relação aos reputados positivos. Por definição, quando uma externalidade é compensada ela deixa de ser externalidade. É, por assim dizer, internalizada.

A partir dessas premissas surgem duas concepções que tentam explicar a internalização de externalidades: a teoria da economia do bem-estar e a da análise econômica do direito. No caso da primeira, as externalidades seriam falhas no mercado que cabe ao Estado corrigir. A segunda, plasmada na Escola de Chicago, pretende conciliar a aplicação de normas jurídicas a padrões de

eficiência econômica. Para esta, as externalidades não são falhas no mercado, mas situações conflituosas que os próprios participantes devem solucionar. Nesse último caso, ao Direito compete reduzir os custos de transação que são fruto desse entendimento entre os participantes para alocação das externalidades (Coelho, 2007, p. 35).

A poluição do meio ambiente é um exemplo clássico de externalidade negativa, mas a mesma indústria que polui é aquela que gera empregos, de modo que é preciso verificar a relevância da externalidade em cada caso. Ademais, a existência de externalidades negativas faz com que os mercados aloquem recursos de forma ineficiente. Por tal razão, o papel do Direito, em face das externalidades negativas, é desestimular as atividades lesivas à eficiência coletiva (Ribeiro, 2009, p. 101).

A importância das falhas de mercado, no entanto, pelo menos no que diz respeito ao objeto deste estudo (incentivos fiscais e suas repercussões econômicas) não é, precisamente, estudar o que são, mas, sim, demonstrar que a sua existência é uma das justificativas para a intervenção estatal por indução.

No entanto, como muito bem observa Bruno Salama (2007, p. 20) “demonstrar a existência de falhas de mercado é um exercício intelectual muito interessante; tão interessante quanto incompleto”, ou seja, teoricamente é fácil utilizar as falhas de mercado como pressuposto para a adoção de mecanismos de correção do mercado. O difícil é adotar políticas públicas que, efetivamente, as corrijam. Nesse sentido, muito perspicaz a afirmação de Salama (2007, p.10) para quem “as falhas de mercado geralmente coexistem com falhas de regulação, de modo que a questão não é tanto se o mercado falha, mas sim se a regulação falhará menos”.

2.5. Custos de Transação

Custos de transação são os custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes como vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado (Pinheiro & Saddi, 2005, p. 75).

Na definição de Stajin (2004, p. 9), custos de transação são “aqueles custos em que se incorre que, de alguma forma, oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorre do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação”. Luis Felipe Spinelli (2007, p. 169), por sua vez, define da seguinte maneira os custos de transação:

E isto ocorre porque existem custos para que se possa nele contratar (ou seja, para que se possa colocar o sistema em operação) e fazer com que as informações circulem de maneira totalmente livre, uniforme e eficiente. Estes custos, que passaram a ser estudados pela Economia Institucional, principalmente seguindo as pesquisas pioneiras de Ronald Coase (1937), são denominados custos de transação, constituindo atritos, fricções, que existem nas relações transacionais.

O incentivo fiscal é um custo de transação a ser considerado, já que é capaz de alterar a tomada de decisões das empresas no momento de uma expansão industrial. Por isso, a escolha para os investimentos privados a serem feitos levará em conta os melhores benefícios fiscais a serem concedidos.

Segundo apontam Pinheiro e Saddi (2005, p. 62), custo de transação é um conceito

fundamental da Teoria Neoinstitucionalista. Eles compreendem cinco atividades que são necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade da busca pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade das mercadorias, sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como a informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade da negociação, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a realização e a formalização dos contratos, de acordo com as normas legais. Quarto, o monitoramento dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas. Finalmente, a correta aplicação do contrato.

Já para Cooter e Ullen (2010, pp. 105-107), os custos de transação se dividem em três espécies: primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial; em segundo lugar, uma negociação tem de ser fechada entre os parceiros comerciais; em terceiro, depois de finalizada a negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida, ou seja, os custos de transação são os custos de busca, de negociação e de cumprimento do que foi negociado.

Em suma, os custos de transação referem-se não ao custo das mercadorias, bens e serviços em si mesmos ou aos custos de produção, mas, sim, aos custos, como o próprio nome indica, da transação. Diante disso, vê-se que tanto os tributos quanto às normas tributárias relacionadas ao ambiente econômico e empresarial impactam fortemente os custos de transação, já que aumentam a complexidade do ambiente de negócios e alteram a perspectiva da tomada de decisões.

Cabe destacar ainda outro importante aspecto da teoria dos custos de transação. De acordo com a Teoria Neoinstitucionalista, o principal papel das instituições é reduzi-los, ou seja, fazer com que os agentes econômicos transacionem a um custo mais baixo, reduzindo a complexidade e facilitando as relações comerciais. É nesta perspectiva que entra o Direito, como instituição adequada a facilitar a cooperação entre os agentes econômicos. Assim (Pinheiro & Saddi, 2005, pp. 62-64):

O modo de entender o papel dos sistemas legal e judicial na economia é como instituições que reduzem os custos de transação, facilitando transações entre desconhecidos, balizando o que pode ser negociado e identificando as responsabilidades de cada um, permitindo a elaboração de contratos mais simples e fornecendo mecanismos que garantam o seu cumprimento.

Em suma, os custos de transação são bastante importantes para o Direito, uma vez que havendo a presença de custos elevados de busca, acordo ou execução, há a necessidade de intervenção jurídica, a fim de tornar mais eficientes as relações econômicas.

3. Intervenção do Estado na Ordem Econômica

A ordem econômica no Brasil é disciplinada por um conjunto de princípios estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal de 1988. Funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo de garantir a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os preceitos da justiça social. Isto significa que a Constituição consagra uma economia de natureza capitalista que prioriza a justiça social sobre todos os demais valores da economia de mercado. Essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na ordem econômica.

Por isso, a ideia de intervenção é contemporânea da de Estado, pois sempre que este produz normas jurídicas, há um ato de intervenção. A intervenção pode ser definida, então, como a ação do Estado no domínio econômico, buscando, no exercício de suas funções, alcançar determinados fins. Opera-se no plano da atividade econômica, consistindo tanto na prática de atos materiais, como na produção de atos normativos (Grau, 2008, p. 146 e 147).

Eros Roberto Grau (2008, p. 147) distingue a intervenção do Estado no domínio econômico em três categorias: (i) por absorção ou participação, (ii) direção, e (iii) por indução. A primeira hipótese representa uma intervenção no domínio econômico, ou seja, no âmbito de atividades econômicas em sentido estrito, atuando o Estado em regime de monopólio (intervenção por absorção) ou de competição (intervenção por participação).

Nos casos de intervenção direta por direção e por indução, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, desenvolvendo sua ação como regulador da economia. Quando faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, definindo mecanismos de comportamento compulsórios para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados (Grau, 2008, p. 147).

No art. 174 da CF/1988 está contida a previsão de que o Estado, cumprindo seu papel de agente normativo e regulador da ordem econômica, deverá exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Nos casos das normas de intervenção por direção, se está diante de comandos impositivos de certos comportamentos a serem, necessariamente, cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito. Norma típica de intervenção por direção é a que instrumenta controle de preços (Grau, 2008, p. 148).

Nos casos das normas de intervenção por indução, os preceitos, embora prescritivos, não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas anteriores. Há normas de intervenção por indução quando, por exemplo, o Estado onera por imposto o exercício de certo comportamento, tal como na importação de alguns bens. A indução pode ser positiva quando estimula certa prática; ou negativa se, ao contrário, desestimula dados comportamentos (Grau, 2008, pp. 148 e 149).

É no campo da intervenção por indução que o Estado pode valer-se da política fiscal para alcançar finalidades específicas. Os incentivos fiscais, por exemplo, são largamente utilizados no Brasil, haja vista a política de desenvolvimento do Norte e Nordeste do Brasil (Zona Franca de Manaus, por exemplo) e de certos setores econômicos (produção de biodiesel⁴, por exemplo).

3.1.Extrafiscalidade

Além da função arrecadatória, os tributos apresentam, também, funções de estímulo ou desestímulo de certas condutas ou atividades. Nas palavras esclarecedoras de Paulo de Barros Carvalho (2009, pp. 254 e 255):

Fala-se em fiscalidade sempre que a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram a sua instituição, ou que governam certos aspectos da sua estrutura estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses – sociais, políticos ou econômicos – interfiram no direcionamento da atividade impositiva. A experiência jurídica nos mostra, porém, que

⁴ Incentivos foram definidos nos Decretos 5.297, de 06 de dezembro de 2004, o qual dispõe sobre os coeficientes de redução das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes na produção e na comercialização de biodiesel.

vezes sem conta a compostura da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso. A essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatórios, dá-se o nome de extrafiscalidade.

Para Roque Carrazza (2009, p. 116), a extrafiscalidade ocorre quando o “legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”.

Em consequência, os tributos podem, em função de seu caráter extrafiscal, ser direcionados para a redução de desigualdades sociais e para a regulação⁵ de mercados. Assim, seja pela instituição de tributos ou pela adoção de incentivos fiscais, “possibilita-se ao Estado intervir sobre o domínio econômico de forma indireta, induzindo a adoção de determinados comportamentos” (Assunção, 2011, p. 102).

Isso ocorre porque ao lado do poder de instituir impostos, os entes federados possuem, também, o poder de desonerar, ou seja, de reduzir o ônus tributário por meio da concessão de benefícios fiscais. Com efeito, a aptidão para tributar alberga também a faculdade de diminuir a carga tributária ou mesmo suprimi-la (Carrazza, 2009, p. 861).

Cabe ressaltar, porém, que a alocação mais eficiente dos recursos ocorre pelo livre funcionamento do mercado e não pela intervenção do Estado. Todavia, apesar de o mercado ser o melhor local para se obter a eficiência alocativa ótima, não raro apresenta falhas. Somente na presença destas deve haver a intervenção estatal, mas ainda assim de forma pontual e específica, a fim de eliminá-las (Ribeiro, 2009, p. 79).

De todo o modo, a extrafiscalidade abre uma importante perspectiva de intervenção estatal do Estado na ordem econômica com o poder de incentivar ou desincentivar certas atividades ou setores econômicos. A utilização dessa competência pode alterar, contudo, o preço relativo dos bens, para o bem ou para o mal, já que modifica as condições naturais do mercado. Por isso, o Estado deve implementar suas políticas com o mínimo de efeitos negativos para a sociedade (Caliendo, 2009, p. 103). Segundo aduz, “a ofensa a estas premissas implica a ineficiência geral do sistema econômico”. O tributo (ou sua desoneração) deve, por conseguinte, ser o mais neutro possível, de forma que não se constitua em elemento importante de decisão do agente econômico nas suas escolhas de investimento (Caliendo, 2009, p. 117).

3.2.Princípio da Neutralidade da Tributação

Os incentivos fiscais, como já se disse, também podem impactar negativamente a ordem econômica. As empresas detentoras de benefícios fiscais atuam de forma privilegiada em relação aos seus concorrentes, na medida em que a menor carga tributária afeta decisivamente a formação do preço de seus produtos ou serviços. Por isso, benefícios tributários podem distorcer o sistema econômico, sendo óbices ao desenvolvimento das organizações econômicas não albergadas pela sua concessão. Nesse sentido, “a neutralidade fiscal pode ser vista como um dever dirigido ao Estado, no sentido de que nem a imposição, nem a exoneração tributária causem desequilíbrios na concorrência” (Lima, 2011, p. 73). A neutralidade fiscal exige, portanto, que a tributação impacte minimamente o preço final dos produtos e serviços postos à disposição no mercado (Fortes &

⁵ A regulação é a forma como se tenta lidar com as falhas de mercado e aproximar a economia da situação que prevaleceria em concorrência perfeita (Pinheiro & Saddi, 2005, p. 61).

Bassoli, 2010, p. 243).

Essa neutralidade tributária foi erigida ao *status* de princípio constitucional explícito com a publicação da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, que inseriu o art. 146-A na Constituição Federal de 1988. Segundo esta disposição, “Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”.

Como observa Oksandro Gonçalves (2012, p. 88), tal princípio orienta a edição de normas tributárias, reconhecendo a existência de uma interface entre tributação e concorrência, haja vista que o tributo pode gerar uma assimetria concorrencial. Completa o referido autor que o Estado tem um papel fundamental no controle da livre concorrência, que pode ser prejudicada pela tributação, como expressamente reconhecido no dispositivo em tela, que também pode acontecer com a adoção de incentivos fiscais.

Marco Aurélio Greco (2004, p. 39) destaca que a distorção pode ocorrer de duas formas: a) em razão de as leis fiscais gerarem distorções ou desigualdades num mesmo setor; b) se as leis estão adequadamente formuladas, mas sua aplicação concreta não faz com que sua potencialidade total se efetive.

Vale ressaltar, contudo, que a impossibilidade de a lei tributária gerar desequilíbrios concorrenciais já se encontrava implícita na Constituição, nos artigos 150, II, 150, 6º e 152. O art. 146-A veio tão somente a explicitar a regra da neutralidade tributária, atribuindo ao Estado dois tipos de deveres: um positivo e o outro negativo. O negativo, no sentido de que a política fiscal não deve intervir no mecanismo concorrencial no qual já existe uma concorrência (quase) perfeita; o positivo, quando parecer conveniente ao Estado adotar uma política fiscal que vise a fomentar a concorrência, na medida em que a livre concorrência for imperfeita (Rothmann, 2009, p. 341).

No seu aspecto negativo, pode-se afirmar que o princípio da neutralidade fiscal é uma verdadeira limitação ao poder de tributar. O respeito a este princípio viabiliza os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, que preservam de modo saudável as trocas econômicas e, por conseguinte, o desenvolvimento nacional, como, aliás, determina o inc. II, do art. 3º, da Constituição Federal de 1988.

Importante ainda observar que a neutralidade fiscal é verificável sob três perspectivas: enquanto igualdade de condições no jogo de mercado; enquanto ausência de barreiras estatais de ingresso e permanência no mercado; e enquanto interferência nula ou mínima do Estado no jogo de mercado (Fortes & Bassoli, 2010, p. 241).

Pela primeira perspectiva (igualdade de condições), tem-se que a tributação deve ser regulamentada de tal forma que não cause desigualdades entre aqueles que se encontram sob a mesma situação jurídica. Tércio Ferraz Jr. (2005, pp. 733 e 734), no mesmo sentido, aduz que a neutralidade fiscal, sob a perspectiva da igualdade, será ferida quando:

[...] ficar demonstrado que, por lei, as relações competitivas entre empresas concorrentes em igualdade de condições venham a ser restringidas por uma medida (legal) que efetivamente crie para elas uma diferença que passe a existir apenas em virtude da própria medida.

No mesmo sentido, Fernando Facury Scaff (2006, p. 78), alerta que um dos requisitos para o exercício da livre concorrência “é que os tributos sejam economicamente neutros para que não venham a distorcer os preços praticados pelas empresas dentro de um mesmo mercado

relevante”. Como afirma, trata-se da aplicação do princípio da neutralidade econômica dos tributos “que impede que este tipo de intervenção econômica do Estado cause desequilíbrios concorrenciais”. Tal princípio é decorrência do princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da CF) que veda ao Poder público o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, o que abarca, também, os aspectos concorrenciais.

Porém, cabe destacar que inexistente qualquer violação à neutralidade fiscal, sob a perspectiva ora abordada, no caso de a legislação tributária atribuir tratamento diverso a contribuintes que se encontrem em situações econômicas diversas. Como exemplos, podem ser citados os artigos 146, III, d, e 170, IX, da Constituição Federal, que preveem tratamento tributário diferenciando para as micros e pequenas empresas. Portanto, “salvo para nivelar desigualdades inerentes aos próprios agentes econômicos, à tributação é vedado causar desequilíbrios na livre concorrência” (Fortes & Bassoli, 2010, p. 242).

Neste ponto destaca-se o princípio da igualdade que, na perspectiva de Celso Antônio Bandeira de Mello (1997, pp. 21 e 22), permite um tratamento discriminatório desde que os valores constitucionais sejam harmonizados:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correção ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Portanto, o princípio da neutralidade tributária deve orientar o sistema tributário nacional, reconhecendo a possibilidade de um tributo influenciar na concorrência empresarial.

Pela segunda perspectiva da neutralidade fiscal, a tributação não pode impor barreiras para as empresas ingressarem ou permanecerem no mercado. A proibição de barreiras é conduta também amparada pela Lei nº 12.529/2011, que, em seu art. 36, tipifica como infração à ordem econômica nacional limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado e criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços (Fortes & Bassoli, 2010, p. 243).

No contexto da nova legislação da concorrência destaca-se o papel da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão do Poder Executivo encarregado de acompanhar os preços da economia, subsidiar decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas, bem como apreciar atos de concentração entre empresas e reprimir condutas anticoncorrenciais. Sendo assim, é possível à SEAE, órgão do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), ao constatar que uma norma tributária está afetando a concorrência num dado setor, propor alterações que possam restabelecer a concorrência entre os agentes econômicos envolvidos.

Nesta segunda perspectiva cumpre ainda observar, na linha do que assevera Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2005, p. 732), que o “princípio da neutralidade concorrencial deriva diretamente da liberdade de iniciativa, seja no sentido de acesso ao mercado, seja no de livre conformação e disposição da atividade econômica”, tanto que, nas normas que regulam a concorrência no Brasil há previsão legal permitindo a adoção de medidas contra normas que produzam resultados anticompetitivos, ainda que sejam de cunho tributário. Destarte, é certo que a norma pode produzir um resultado danoso a concorrência de forma direta ou indireta, servindo de campo próprio para o estudo da AED.

Pela última perspectiva, o preço do bem ou do serviço deve ser ajustado de acordo com o

jogo de mercado, sem qualquer interferência dos concorrentes ou de terceiros. Cabe ao Estado tão somente adotar ações positivas no sentido de coibir as externalidades causadas pelo próprio regime de produção, fiscalizando, incentivando ou planejando as atividades econômicas quando assim se fizer necessário (Fortes & Bassoli, 2010, p. 243). A neutralidade concorrencial garante a igualdade de chances para os agentes econômicos, o que significa que o Estado deve abster-se de medidas que, ao privilegiar concorrentes em igualdade de condições, venham a prejudicar consumidores ou a desfavorecer pequenas empresas (Ferraz Jr., 2005, pp. 732 e 733).

Em suma, o princípio da neutralidade fiscal trabalha no sentido de evitar, ou diminuir, os efeitos da tributação sobre a decisão dos agentes econômicos. Pressupõe o entendimento de que o uso de certas políticas pode significar a procura de um diferente equilíbrio para a economia. Neste contexto, para a intervenção estatal na ordem econômica ser válida, por meio de políticas tributárias, ela deve respeitar, entre outros valores consubstanciados no art. 170 da CF/1988, a livre iniciativa e a livre concorrência (Fortes & Bassoli, 2010, p. 240).

Por derradeiro, cabe destacar que o princípio em análise une tributo e economia, no sentido de haver uma limitação ao poder de tributar se a política tributária afetar a neutralidade concorrencial. Nesta perspectiva, Fortes e Bassoli (2010, p. 246) afirmam “que a instituição e a construção da regra-matriz de incidência tributária dos tributos estão, agora, expressamente vinculadas aos preceitos econômicos”, de modo que, conforme ditames da Análise Econômica Normativa do Direito, “o Direito Tributário tem suas competências e regras plenamente vinculadas aos preceitos econômicos, sendo destes indissociáveis”.

3.3.Incentivos Fiscais

Como visto, a extrafiscalidade pode ser aplicada pelo mecanismo da concessão de incentivos fiscais, os quais se afirmam como instrumentos indutores de comportamentos direcionados ao alcance de objetivos definidos constitucionalmente. Em função disso, sua utilização deve estar em sintonia com a busca do bem comum, ditando-se por considerações de interesse coletivo (Borges, 2007, p. 70-71).

Na realidade, como preconiza Odair Tramontin (2002, pp. 111 e 112), a concessão de incentivos fiscais representa uma concretização da intervenção do Estado na economia, devendo ser compreendidos como norma jurídica de direção econômica a serviço do desenvolvimento de interesse do país ou de determinada região ou setor da economia. É, com efeito, uma manifestação de dirigismo estatal através da intervenção do Estado na iniciativa privada para estabelecer os rumos da economia.

Por isso, os incentivos fiscais, como importantes mecanismos de intervenção do Estado na ordem econômica têm ampla previsão constitucional, estando estabelecidos em diversas disposições do texto constitucional, como, por exemplo, nos artigos 174, 151, I, 43, §2º, III e 150, §6º.

Ademais, podem os incentivos fiscais assumir roupagens diversas, dentre as quais as isenções, reduções de alíquotas e/ou bases de cálculo, anistia, moratória, remissão, concessão de créditos tributários, diferimento do pagamento de tributos, créditos presumidos, alíquotas zero, entre outros. Por conseguinte, pode ser considerado incentivo fiscal qualquer instrumento, de caráter tributário ou financeiro, que tenha o objetivo de realizar finalidades constitucionalmente previstas através da intervenção estatal por indução. É possível, ainda, que autorizem transferências diretas destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, como

acontece com as subvenções, previstas no art. 12, §3º, da Lei nº 4.320/64 (Assunção, 2011, p. 107).

No mesmo sentido, Carrazza (2009, p. 496) informa que:

Os incentivos fiscais manifestam-se sob a forma de imunidades tributárias, de isenções tributárias, de remissões tributárias, de parcelamento de débitos tributários etc. Exceção feita ao caso de imunidade, os incentivos fiscais que se traduzem em mitigações ou supressões da carga tributária só são válidos se forem criados pela pessoa jurídica competente para tributar.

Não cabe aqui analisar cada uma destes tipos de incentivos fiscais. O que deve ser observado é que a gama de possibilidades de concessão de benefícios fiscais é enorme e vem sendo utilizada, grandemente, em todos os níveis da Federação. Cabe ressaltar ainda que eles devem apenas ser concedidos na busca de soluções para os problemas econômicos e sociais (correções de falhas de mercado) e desigualdades regionais. Mas, mesmo nesses casos, deve sempre haver a indicação dos beneficiários, a finalidade da concessão, as condições para a fruição, o prazo da vigência e o montante dos benefícios concedidos. É indispensável, também, que após a concessão dos benefícios, o Poder Público faça uma adequada fiscalização para aferir a sua aplicação em prol da recuperação econômica regional ou setorial (Tramontin, 2002, p. 111), ou seja, se os fins para os quais foram instituídos estão sendo, efetivamente, atingidos.

Por derradeiro, cabe destacar que a concessão de incentivos fiscais pelos Estados-membros e Distrito Federal, relativamente ao ICMS, deve ser submetida à aprovação do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Busca-se, com isso, evitar que as unidades da Federação utilizem os incentivos fiscais como meios de atrair investimentos em desrespeito aos interesses nacionais. O objetivo é, pois, evitar os efeitos danosos das práticas conhecidas como “guerra fiscal”.

3.4. Guerra Fiscal

A competência para a instituição de ICMS foi conferida pela Constituição de 1988 aos Estados e ao Distrito Federal. Porém, subordinou o poder impositivo estadual de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, em matéria de ICMS, ao legislador complementar da União, ao reservar à lei complementar o papel de “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados” (art. 155, §2º, XII, g, da CF/1988).

Como se vê, esta disposição excepciona a regra geral que determina que só quem possui competência tributária para instituição de determinado tributo tem também o poder de isentar ou estabelecer qualquer outro benefício fiscal, assim (Carrazza, 2009, p. 496):

Não há, portanto, isenções autonômicas, em matéria de ICMS. Notamos, a propósito, que a lei ordinária (estadual ou distrital) também não pode, no que concerne a este tributo, conceder incentivos e benefícios fiscais (reduções da base de cálculo, créditos presumidos e fictícios, remissões parciais, anistias, diferimentos, parcelamentos de débitos tributários, adiamento de prazos de pagamentos, e assim por diante).

O dispositivo constitucional acima mencionado determina ainda que a lei complementar pode dispor sobre a forma de deliberação interestadual para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, cujo instrumento jurídico é o convênio. Em outros termos, a lei complementar não poderá estabelecer o conteúdo dos convênios, mas, apenas, os mecanismos jurídicos que

nortearão sua celebração (Carrazza, 2009, pp. 497 e 503).

Verifica-se, portanto, que ao legislador complementar não foi outorgado o poder de estabelecer as hipóteses em que as isenções e incentivos fiscais podem ser concedidos pelos Estados, mas apenas o poder de fixar regras gerais para serem concedidas pelas Assembleias Legislativas de cada Estado e do Distrito Federal.

Porém, a referida lei complementar ainda não foi elaborada.⁶ Assim, mesmo a Constituição não tendo estabelecido qual o tipo de deliberação seria adotado pelos Estados para possibilitar a outorga de benefícios fiscais, convencionou-se que tais deliberações se dariam sob a forma de convênios, com base no §8º, do art. 34, do ADCT.

Nesta seara, foi recepcionada pelo Texto Supremo, a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, que dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Ela determina também, no seu art. 2º, que os convênios serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, dependendo a concessão de benefícios sempre de decisão unânime dos Estados presentes. O colegiado apto a deliberar sobre esses convênios é denominado de Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), integrado por representantes (Secretários da Fazenda) de cada Estado e do Distrito Federal, órgão esse que é presidido por um representante do Governo Federal (Ministro da Fazenda).

Os convênios, como diz Carrazza (2009, p. 503), fortalecem a Federação, evitando que cada Estado-membro busque, por intermédio de benesses concedidas unilateralmente, atrair empresas, a qualquer preço, para seus territórios. Portanto, os Estados e o Distrito Federal, querendo conceder isenções de ICMS, devem, previamente, firmar entre si convênios. Não são os convênios, entretanto, que dão força normativa às deliberações tomadas. Esta resulta do decreto legislativo que vier a ratificá-los, em cada unidade federativa. Assim, o conteúdo dos convênios só passa a valer como direito interno dos Estados e do Distrito Federal depois da ratificação por decreto legislativo. Esse ato normativo é o ponto terminal do processo legislativo adequado à concessão de isenções de ICMS. Não é o convênio, portanto, que concede o benefício fiscal relativo ao ICMS. Ele tão somente permite que o Legislativo de cada Estado e do Distrito Federal venha a fazê-lo (Carrazza, 2009, p. 498 e 499).

O papel fundamental dos convênios é, portanto, evitar que Estados e o Distrito Federal deliberem isoladamente sobre concessão de benefícios fiscais no âmbito dos seus territórios. Seu objetivo é, exatamente, evitar uma disputa entre os Estados por investimentos empresariais à troca de benesses fiscais.

Entretanto, o desrespeito ao ordenamento jurídico, faz com que os Estados e o Distrito Federal travem um verdadeiro embate por investimentos privados com a utilização de mecanismos tributários. A esta disputa dá-se o nome de “guerra fiscal”, vez que é realizada à revelia do ordenamento jurídico. Ressalte-se, também, que as sanções previstas para o descumprimento das regras estabelecidas na Lei Complementar n. 24/75, dispostos no art. 8º da mesma lei, são também ignorados a quem teria competência para determiná-las, quem seja, o Tribunal de Contas da União. Segundo Varsano (1997, p. 6):

A guerra fiscal é, como o próprio nome indica, uma situação de conflito na Federação. O ente federado que ganha - quando de fato, existe algum ganho - impõe, na maioria dos casos, uma perda a algum ou a alguns dos demais, posto que a guerra raramente é um jogo de soma positiva. O federalismo, que é

⁶ Saliente-se que o art. 27 da LC nº 87, de 13/09/1996, que tratava do assunto foi vetado pelo Presidente da República, razão pela qual o assunto continua sob a égide da LC nº 24, de 1975 (Carrazza, 2009, p. 503).

uma relação de cooperação entre as unidades de governo, é abalado. Também a Federação - cara aos brasileiros a ponto de a Constituição conter cláusula pétrea que impede sua abolição – perde

A guerra fiscal se trava, como demonstrado, à revelia do ordenamento jurídico e do respeito ao sistema federativo, o que revela uma fraqueza de instituições basilares de um Estado Democrático de Direito. Aliás, a fraqueza das instituições, na lição de Douglas North (1993), é um sério entrave ao desenvolvimento econômico. Para o autor as instituições formam a estrutura de incentivos de uma sociedade e, portanto, tanto as instituições políticas, quanto as econômicas são determinantes fundamentais do desempenho econômico.

Ressalte-se, ainda, que não é apenas no âmbito do ICMS que a guerra fiscal se desenvolve. Em outros impostos, como por exemplo, o Imposto sobre Serviços (ISS)⁷, imposto de competência municipal, e o Imposto sobre Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)⁸ também há batalhas sendo travadas.

Outro exemplo significativo é a “guerra dos portos”, que se constitui em incentivos fiscais, no âmbito do ICMS, concedidos a empresas para se instalarem em certos Estados em troca de em seus portos ocorrer o desembaraço aduaneiro de produtos importados. Entre as formas de incentivos fiscais concedidos o mais comum é o de reduzir a alíquota interestadual do ICMS, ou seja, aquela incidente quando o bem importado é vendido para outro Estado de 12% para 5%, por exemplo. Ao mesmo tempo, concede-se à empresa um crédito presumido de 12%. De acordo com o art. 155, § 2º, VII, *a* e VIII da CF/1988, na venda interestadual cabe ao Estado de destino a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. Caso não existisse o crédito presumido de ICMS de 12%, caberia ao Estado de destino um pagamento de 13% sobre o valor da operação, diferença entre a alíquota interna (18%) e a alíquota interestadual (5%). Como o bem importado quando sai do Estado de origem já tem um crédito de 12%, ele será compensado com o ICMS total devido por ocasião da venda de 18%, pagando-se a diferença de 6%. Ou seja, em função do crédito presumido o Estado de destino arrecada apenas 6%. Em consequência, paradoxalmente, enquanto o produto nacional paga 18% de ICMS, o importado, no exemplo fornecido, pagaria apenas 11% (5% no Estado de origem e 6% no Estado de destino). Portanto, com a guerra dos portos se tributa mais pesadamente o produto nacional que o importado, promovendo uma desindustrialização no país.

Para acabar com tal situação, o Senado Federal editou a Resolução nº 13/2002, determinando que a alíquota do ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior será de 4%. O objetivo foi eliminar os benefícios (créditos presumidos) concedidos pelos Estados portuários aos importadores neles estabelecidos. Ou seja, a alteração promovida não altera o ICMS-Importação, que continua devido ao Estado em que estiver

⁷ Reportagem da Gazeta do Povo, de 05/09/2010, informa que cidades da Região Metropolitana de Curitiba usam o limite mínimo permitido para o ISS como forma de atrair sedes empresariais de fachada para os seus Municípios. Revela que estas empresas continuam localizadas em Curitiba, prestando aí seus serviços. Cita como exemplo um prédio comercial situado em Mandirituba – PR que abriga mais de 200 empresas, como madeireiras, agências de turismo, consultorias, produtoras de vídeo, assessorias em comércio exterior e empreiteiras. Na prática, todavia, são poucas as atividades comerciais que funcionam no prédio. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?id=1043372>. Acesso em 29/06/2012.

⁸ No que toca ao IPVA, a guerra fiscal nasce da imposição de diferentes alíquotas pelos Estados da Federação. Aqueles que mais oneram assistem a uma debandada de contribuintes para os Estados que empregam alíquotas menores. O conflito entre Paraná e São Paulo constitui caso emblemático, pois as alíquotas paranaenses são inferiores à paulista. Tratando-se de Estados vizinhos, muitos proprietários paulistas licenciam seus veículos no Paraná, que não cria empecilhos ao registro (Simões, 2009, pp. 181 e 182).

localizado o importador. Cabe observar, todavia, que a alteração surtirá efeito apenas para duas classes de produtos: aqueles que não tenham sido submetidos a processo de industrialização (inc. I, art. 1º, da Resolução) e aqueles que mesmo que submetidos a qualquer processo de industrialização resultem em mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40% (inc. II). Ou seja, a “guerra dos portos” não foi atacada por completo com esta Resolução.

Ademais, mesmo nesses casos, a Resolução nº 13 é uma admissão tácita de que os benefícios irregulares podem continuar a serem concedidos, apenas se reduzindo a margem de manobra dos Estados, limitando-os a 4%, ou seja, nem se combate a “guerra dos portos”, haja vista a lista de exceções que prevê, nem, muito menos, ataca, verdadeiramente, as raízes do problema da guerra fiscal no ICMS.

Em função desse cenário belicoso no ICMS, o Supremo Tribunal Federal propôs a edição da Súmula Vinculante nº 69, com a seguinte redação original: “Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.”

Enfim, como o Legislativo não corrige o problema, o Judiciário se vê na necessidade de atacar o problema, haja vista já ter considerado inconstitucional diversas leis estaduais de concessão de incentivos fiscais sem a prévia autorização do CONFAZ.

Como se depreende, é possível, facilmente, perceber os efeitos perversos da “guerra fiscal”, que além da renúncia à arrecadação do tributo, cria um ambiente de concorrência desleal, aumenta a complexidade do sistema tributário e as externalidades do sistema econômico. Ou seja, o Direito funciona não como uma instituição capaz de diminuir os custos de transação, mas, paradoxalmente, trabalha em seu sentido inverso. Tal situação, por óbvio, altera, para pior, o ambiente econômico. A “guerra fiscal” pode, ademais, gerar a dominação de mercado, por causas não naturais, por empresas agraciadas com os benefícios fiscais ou incentivar o deslocamento de agentes econômicos para locais onde os custos de produção e de transporte são maiores. É o que será demonstrado a seguir.

4. Estudos de Casos

4.1.O Caso dos Refrigerantes: Zona Franca de Manaus

O setor econômico de refrigerantes, no Brasil, concentra em duas grandes empresas 73% deste mercado, ou seja, já existe uma falha de mercado com a existência de empresas com poder econômico. Porém, há outros fatores de desequilíbrios no setor, decorrentes de incentivos fiscais oferecidos na Zona Franca de Manaus (ZFM). Embora tais benefícios fiscais sejam legais, eles têm sido empregados em complexos planejamentos tributários desenvolvidos por empresas de grande porte com o objetivo de reduzir custos em etapas posteriores à saída do produto dessa região, o que gera um ganho artificial de competitividade e desequilibra a concorrência (Gonçalves, 2012, p. 73).

A instituição da ZFM deu-se através Lei nº 3.173/1957, sendo regulamentada por vários decretos.⁹ Originariamente, era seu objetivo, conforme art. 1º da referida lei, “armazenar, beneficiar e retirar mercadorias, artigos e produtos de qualquer natureza, provenientes do

⁹ Decretos nº 47.757/1960, 51.114/1961 e 723/1962.

EALR, V. 4, nº 1, p. 79-102, Jan-Jun, 2013

estrangeiro e destinados ao consumo da Amazônia, como dos países interessados, limítrofes do Brasil ou que sejam banhados por águas tributárias do rio Amazonas”. A preocupação central dessas iniciativas era a criação de uma estrutura de ocupação da região amazônica e sua consolidação como parte efetiva da estrutura federativa do País.

Ataliba (1999, p. 207) sintetiza a expectativa em torno da ZFM:

Quem conheceu o clima político e econômico brasileiro anterior a 1967, sabe a expectativa que cercou a criação da Zona Franca de Manaus, como pólo de desenvolvimento, tendo por objetivo estimular a fixação do homem, atrair capitais, consumir matéria-prima local, criar um centro industrial e econômico-demográfico na região. Com isso, lançaram-se bases e meios propícios ao estabelecimento objetivo de condições concretas, de estável ocupação do território, tendo em vista também a segurança nacional. Daí o espírito estimulante da vasta e ampla legislação que veio implantar tais objetivos, implicando sacrifícios à União e até a Estados alheios à região, a bem da realização daqueles designios. O desenvolvimento da Amazônia foi, nesse momento, qualificado, acertadamente, como “de interesse nacional”.

Seu objetivo foi, posteriormente, ampliado pelo Decreto-lei nº 288/1967, para o fim de torná-la uma “área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância a que se encontram os centros consumidores de seus produtos”.

Foi a partir deste momento que houve a modificação do papel da ZFM, até então um entreposto aduaneiro, para ser um “instrumento de promoção do desenvolvimento regional, visando à integração da Amazônia na comunidade econômica brasileira, através da criação de condições que lhe assegurem, nessa comunidade, o lugar que lhe compete em função do pleno emprego de suas capacidades potenciais” (Sousa, 2006, p. 120). Em 1988, a ZFM ganhou reconhecimento constitucional, sendo mantida “com suas características de área de livre comércio” por expressa previsão do art. 40 do ADCT.

No que toca ao objeto desse estudo, é importante destacar que o art. 9º do Decreto-lei nº 288/1967, com redação dada pela Lei nº 8.387/1991, estabelece a isenção do IPI para mercadorias produzidas na ZFM. Por tal razão, os concentrados para a produção de refrigerantes são fabricados pelas maiores empresas do setor na ZFM, muito embora não se justifica a sua produção neste local, dada a enorme distância das fábricas produtoras de refrigerantes para as quais se destinam (Gonçalves, 2012, p. 83).

Logo, a justificativa para a escolha do local de fabricação destes concentrados é unicamente de natureza tributária (Gonçalves, 2012, pp. 83-85). Além de isentos, como os concentrados são comercializados com empresas do mesmo grupo fora da ZFM, com a sua aquisição possibilita-se que estas empresas acumulem créditos tributários. Tal mecanismo de crédito permite que seja reduzido o preço final do produto. Há, por isso, um ganho econômico artificial, gerando maior competitividade em relação aos demais concorrentes que não podem se instalar na ZFM. Pela sistemática estabelecida, a empresa destinatária dos concentrados produzidos pode calcular um crédito presumido de IPI que será descontado do IPI a pagar ou ser ressarcido, caso este se acumule ao fim do período de apuração. Em suma, há com esse mecanismo legal de creditamento de bem isento adquirido um relevante diferencial competitivo. Como a concorrência não consegue produzir os mesmos créditos que as empresas dominantes do mercado, ficam, em consequência, prejudicadas em relação ao preço final do produto. Importante

destacar que o mercado de refrigerantes é muito sensível ao fator preço, ou seja, qualquer ganho neste item, por mínimo que seja, impacta substancialmente nos demais concorrentes. Enfim, a união entre isenção e a possibilidade da transferência dos créditos cria uma anomalia que afeta a concorrência no setor de refrigerantes, diminuindo a margem de competitividade dos pequenos fabricantes regionais.

Se por um lado a norma instituidora da ZFM tem por objetivo promover o desenvolvimento da região amazônica, de outro gera um custo de transação elevado para os demais concorrentes instalados em Estados que não possuem o mesmo tratamento legal, ocasionando um desequilíbrio concorrencial que pode levar ao fechamento de empresas ou seu deslocamento para outras regiões, contribuindo negativamente para o desenvolvimento regional. Essa externalidade é relevante e não pode ser desconsiderada no momento da formulação de políticas públicas centradas na promoção da concorrência.

Visando corrigir em parte essa distorção foi editado o Decreto n. 7742, de 31 de maio de 2012, alterando as alíquotas *ad valorem* do IPI dos concentrados produzidos na ZFM, os quais passariam a ser de 17% a partir de outubro de 2012 e 10% a partir de 2013. Todavia, no dia 4 de junho foi publicada uma retificação do referido Decreto para estabelecer que a alíquota passasse a ser de 20% a partir de 1º de outubro de 2012, mas não menciona a redução de 10% na versão anterior. Como se trata de decreto retificador ele não poderia alterar senão erros materiais e não a alteração das premissas básicas fixadas na norma retificada. Assim, a redução da alíquota que gera o crédito na ZFM e que depois é transferido na cadeia produtiva foi insuficiente para impedir o desequilíbrio concorrencial.

É possível concluir, portanto, que os benefícios fiscais concedidos ferem o princípio da neutralidade concorrencial e não são eficientes sob os critérios de Pareto (embora os benefícios melhorem a situação de algumas empresas, suas concorrentes e toda a coletividade perdem) e de Kaldor-Hicks (os ganhos advindos com a instituição do benefício fiscal não compensam suas perdas). Ademais, constata-se, facilmente, que os benefícios instituídos ampliam as falhas de mercado, pois aumentam o poder econômico das empresas dominantes. Observe, ainda, que também aumentam as externalidades negativas, uma vez que estimula o transporte desses produtos (concentrados) por longas distâncias, que apenas se mostram viáveis em virtude de benefícios tributários, ou seja, a custo de toda sociedade. Por isso, a lei que concede os benefícios fiscais analisados é injusta, já que aumenta a ineficiência do sistema econômico, gerando desperdícios e perdas de bem-estar por toda a coletividade.

4.2.O Caso dos Sabonetes: Guerra Fiscal

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi instado a se manifestar, via Consulta elaborada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE), em relação aos aspectos concorrenciais envolvidos na política de incentivos fiscais e financeiro-fiscais, concedidos pelos Municípios e Estado, conhecidos por “Guerra fiscal”. O PNBE buscou, através da Consulta formulada, questionar se as práticas oriundas da “Guerra Fiscal” podem ou não ter por efeitos na livre concorrência e na livre iniciativa, não fazendo referência a qualquer caso concreto em específico. A tese da Consulente era a de que a empresa beneficiária de incentivos fiscais pode oferecer preços inferiores aos das demais empresas, o que tem a potencialidade de ocasionar o domínio do mercado, bem como ser uma barreira de entrada a novas empresas no setor (CADE, 1999, p. 1).

No voto condutor do Parecer CADE nº 39/1999, o Relator afirma, inicialmente, que a forma pela qual ocorre a desoneração tributária do ICMS é indiferente para os fins de sua análise, dado que tanto a concessão de incentivos puramente fiscais como de incentivos financeiro-fiscais têm o mesmo efeito sobre os mercados em que estas atuam. Segundo aponta, qualquer incentivo fiscal ou financeiro-fiscal pode trazer grandes vantagens para as empresas agraciadas (CADE, 1999, p. 3).

O Parecer (CADE, 1999, pp. 5-9) analisou, então, tabelas de custos de uma empresa hipotética de sabonetes, baseadas em dados reais organizados pela empresa de consultoria KPMG. Foi possível constatar da análise um expressivo aumento nos lucros unitários da empresa em virtude da existência de incentivos fiscais. Os dados contábeis dessa empresa hipotética revelam a grande importância que o ICMS possui no lucro operacional da empresa, constituindo-se, na verdade, como o tributo indireto que mais onera essa produção. O peso considerável do ICMS para a lucratividade da empresa fica ainda mais claro na análise das tabelas abaixo, que passam a supor a existência de exonerações do ICMS da ordem de 6%, 10% e 18%, respectivamente. Vejamos:

Alíquotas do ICMS	Lucro / Faturamento	Variação do ICMS	Variação do Lucro
18%	2,71%	0%	0%
12%	6,20%	-33%	128%
8%	8,54%	-56%	215%
0%	13,21%	-100%	388%

Em conclusão, a redução da alíquota do ICMS de 18% para 0% faz o lucro da empresa incrementar em incríveis 388%.

Em outro estudo, demonstrado no mesmo Parecer (CADE, 1999, pp. 10 e 11), relativo à produção de louça sanitária, o CADE, com base em dados também em dados fornecidos pela KPMG, chega aos seguintes resultados:

Alíquotas do ICMS	Lucro / Faturamento	Variação do ICMS	Variação do Lucro
18%	5,60%	0%	0%
12%	9,50%	-33%	70%
8%	12,20%	-56%	118%
0%	17,50%	-100%	213%

Como se percebe, a redução de alíquotas de ICMS aumenta significativamente o lucro das empresas, o que pode inviabilizar a concorrência e a entrada de novos *players* no mercado. Porém, como ressalta o Parecer (CADE, 1999, p. 11), o “vetor da guerra fiscal” é a isenção de ICMS em alíquotas interestaduais e não, simplesmente, a redução de alíquotas internas do tributo, conforme foi realizado nos estudos de casos demonstrados nos quadros acima. Após descrever, então, como funciona o sistema de débitos e créditos de ICMS em operações interestaduais, o CADE chegou aos seguintes dados, em setores econômicos diversos, que demonstram a grande variação no lucro líquido unitário dos produtos quando favorecidos com

isenção de 7% e 12%:

Produto	Lucro líquido unitário dos produtos		
	<i>Sem isenção</i>	<i>Isenção de 7%</i>	<i>Isenção de 12%</i>
Louça sanitária	5,6	10,2	13,5
Fumo	0,9	2	2,8
Automóvel	0,4	4,7	7,8
Sabonete	2,8	6,7	9,5

É cristalino, enfim, que a prática da “guerra fiscal” tem um efeito gigantesco sobre a lucratividade das empresas beneficiadas, propiciando-lhes condições significativamente desiguais em relação às demais empresas que concorrem no mesmo setor.

Em suma, pôde-se comprovar que perdas são de diversas ordens. Em primeiro lugar, há o efeito geral de reduzir o grau de eficiência da economia como um todo. Uma empresa poder instalar-se num local em que seu custo seja muito mais alto (por distância do mercado fornecedor ou consumidor, carência de infraestrutura, preparo da mão-de-obra etc.), desde que o incentivo que receba compense essa diferença. Note-se que seu preço final para o consumidor pode até ser menor do que o de seus competidores não incentivados, ou seja, o consumidor pode estar até se beneficiando, entretanto, o consumo de recursos da sociedade continua sendo superior e realizado de forma ineficiente. A coletividade como um todo estará, pois, sendo prejudicada (CADE, 1999, p. 20).

Mais uma vez, demonstra-se que os benefícios fiscais, nesse caso oriundos da guerra fiscal, são injustos, uma vez que são ineficientes economicamente e provocam perdas de bem-estar para toda a coletividade.

5. Conclusão

A Análise Econômica do Direito tem o mérito de “trazer o método econômico para a realidade do Direito em um exercício de resultados” (Pereira, 2009, p. 71). Com a utilização desta ferramenta foi possível demonstrar que políticas fiscais, como mecanismos extrafiscais de correção de falhas de mercado e/ou como estratégias de desenvolvimento econômico regional, apresentam importantes limites.

Para que sejam concedidos, os benefícios fiscais devem ser necessários ou indispensáveis à intervenção do Estado. Haverá de se perguntar, sempre, antes de sua concessão: o que aconteceria se não tivesse que se atribuir o benefício fiscal em causa? Embora, haja uma ampla margem de liberdade de prognose para resposta a esta questão, isto não isenta o legislador de prever que, logo após o decurso de certo tempo de concessão do benefício, sejam realizados controles dos seus resultados, a fim de se avaliar se a sua necessidade se justifica ao longo do tempo (Nabais, 1998, pp. 664 e 665).

Os benefícios fiscais devem ser também mais adequados à realização dos objetivos a que se propõem do que outros meios alternativos à disposição dos poderes públicos, sobretudo do que as subvenções diretas. Segundo Nabais (1998, pp. 665 e 666), os benefícios fiscais apenas limitadamente constituem meios adequados de fomento, seja porque são utilizáveis apenas por empresas que estão inseridos no sistema fiscal, seja porque, normalmente, não são repartidos de maneira justa para aqueles que estão inseridos no sistema fiscal, criando vantagens, via de regra,

justamente para os que menos precisam.

Finalmente, há que se verificar se os benefícios fiscais são proporcionais *stricto sensu*, isto é, se não são excessivos, “o que se pode apurar da análise das desvantagens que os benefícios fiscais provocam a terceiros, sobretudo aos concorrentes e das desvantagens gerais delas decorrentes para a generalidade dos contribuintes” (Nabais, 1998, p. 666 e 667).

Em síntese, estas objeções apenas podem ser vencidas pelos benefícios fiscais se, por inequívocas razões do bem comum, eles forem necessários para o fomento da economia no seu todo, efetivamente adequados para a consecução dos respectivos objetivos e calculáveis em termos materialmente justos (Nabais, 1998, p. 667).

Porém, percebem-se, claramente, nos dois casos analisados que eles não satisfazem nenhum destes critérios. Não são necessários, afinal, se não tivessem sido concedidos a economia estaria funcionando de forma mais eficiente, gerando menos desperdício e externalidades, e, por isso, gerando mais bem-estar para a coletividade. Não são adequados, pois não são repartidos de maneira equitativa entre os participantes do setor econômico favorecido (ou, talvez, seria melhor falar em desfavorecido). E, por fim, não são proporcionais em sentido estrito, uma vez que é fonte de perceptíveis e importantes problemas de concorrência.

Além do mais, como já revelado, não são eficientes sob as perspectivas de Pareto e de Kaldor-Hicks, aumentam os custos de transação, criam externalidades negativas e ampliam, ainda mais, o poder econômico das maiores empresas. Funcionam, pois, como uma espécie de Robin Hood às avessas, já que favorece quem tem mais poder econômico. Enfim, a coletividade perde para que poucos ganhem.

6. Referências

- ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Incentivos fiscais em tempos de crise: impactos econômicos e reflexos financeiros. *Revista da PGFN*, v. 1, n. 1, p. 99-123, jan./jun. 2011.
- ATALIBA, Geraldo. GIARDINO, Cléber. *Isonção para vendas para a ZFM – Finsocial e imposto sobre transportes*. Revista de Direito Tributário n. 41/206-220, 1999.
- BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isonção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRAGANÇA, Marcel. *Efeitos da tributação sobre o direito concorrencial: uma visão harmônica do ordenamento*. RDM 121/121-148, jan/mar/2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 556.664-1/RS e 559.882-9/RS. Pleno. Prescrição e decadência tributárias. Matéria reservada à lei complementar. Relator Min. Gilmar Mendes. DJU, Brasília, 14 nov. 2008.
- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Consulta nº 38/1999*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145>. Acesso em 23/06/2012.
- CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *ICMS*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO, Cristiano; JOBIM, Eduardo. O Direito Tributário e a interpretação econômica do Direito: deveres instrumentais, custos de conformidade e custos de transação. In: TIM, Luciano

- Benetti *et alli* *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do direito tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 183-207.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FORTES, Fellipe Cianca; BASSOLI, Marlene Kempfer. Análise Econômica do Direito Tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 14, p. 235-253, nov. 2010.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010. Disponível: <http://portal.revistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewArticle/1460>. Acesso em 25/06/2012.
- GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os incentivos tributários na Zona Franca de Manaus e o desequilíbrio concorrencial no setor de refrigerantes. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 1, p. 73-96, jan./jun. 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004.
- LA GUARDIA, Renata. Os efeitos da sonegação fiscal na estrutura tributária ótima: experiência brasileira de aplicação das regras de *lump-sum taxation*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/6995c227>. Acesso em 29/06/2012.
- LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. Dissertação (Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, 2005, 143p. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5221/000512454.pdf?sequence=1>. Acesso em 02/07/2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.
- NORTH, Douglass. *Economic performance through time*. Palestra realizada por ocasião do recebimento do Prêmio Nobel em 9 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://nobelprize.org/economics/laureates/1993/north-lecture.html>. Acesso em 30/06/2012.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação, sonegação e livre concorrência. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. *Princípios e limites da tributação 2: os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 331-370.
- SALAMA, Bruno M. O que é Pesquisa em Direito e Economia? In: *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 01/07/2012.
- SCAFF, Fernando Facury. Pareceres: *ICMS, Guerra Fiscal e Concorrência na venda de serviços*

- telefônicos pré-pagos*. Revista Dialética de Direito Tributário n. 126, 2006.
- SIMÕES, Tiago Landi. O critério espacial do IPVA e a guerra fiscal entre os Estados. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 4, n. 1, p. 173-184, jan./abr. 2009.
- SOUZA, Hamilton Dias de. Livre concorrência: *Desvios concorrenciais tributários e a função da Constituição*. Revista Consultor Jurídico, 21 de setembro de 2006.
- SPINELLI, Luis Felipe. *A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série, São Paulo: Malheiros, ano 46, n. 146, p. 169, abr./jun. 2007.
- SZTAJN Rachel. Laws & economics. In: SZTAJN Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.) *Direito & Economia: Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-84.
- _____. Law and economics. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, São Paulo: Malheiros, ano 44, n. 137, p. 227, jan./mar. 2005.
- _____. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, n. 133, p. 7-31, jan./mar. 2004.
- TRAMONTIN, Odair. *Incentivos fiscais a empresas privadas & guerra fiscal: uma análise crítica, baseada em princípios constitucionais, sobre a existência de interesse público nas concessões de incentivos a empresas de fins*. Curitiba: Juruá, 2002.
- VARSANO, Ricardo. A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 15, p. 13-18, jun. 1997. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/ppp/pdf/ppp15.pdf>. Acesso em 29/06/2012.