

_____. *Governança sem governo - Ordem e transformação na política mundial*. Brasília: EdNub, 19xx.

SANTOS FILHO, Onofre. *Hegemonia e relações internacionais: Atores transnacionais, espaços e interações*: Inédito, 1999.

SHAW, M. N. *International law*. Cambridge: Grotius Cambridge, 1991.

VIGEVANI, Tullo. Ciclos longos e cenários contemporâneos da sociedade internacional. *Lua Nova: Revista e Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC, n.46, 1999.

WALLERSTEIN, Immanuel. *States? Sovereignty? - The dilemmas of capitalism in a age of transition* [Bibliografia Incompleta].

WEISS, Thomas G.; GORDENKER, Leon. *NGOs, The UN, and global governance*. Londres: Lynne Rienner Publishers, 1920.

A REGRA DA RAZÃO E A ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA – O CASO DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS

Giovani Ribeiro Loss

Sumário

1. Introdução. 2. Os incentivos fiscais estaduais. 3. O princípio da livre concorrência. 4. A regra da razão (*rule of reason*). 5. O controle de constitucionalidade. 6. A regra da razão e a análise da inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre concorrência. 6.1 A necessidade de análise das eficiências. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Certas medidas de política econômica, tal como ensina Niklas Luhmann, servem de reação a situações momentâneas:

“Outras matérias do direito, como por exemplo muitas medidas de política econômica, servem de reação a situações momentâneas, e podem cons-

tituir-se como normas de direito apenas porque o direito não mais pretende uma vigência eterna.”¹

Os instrumentos de finanças públicas, como a concessão de incentivos fiscais, citada abaixo pelo Prof. Fábio Nusdeo, pode ser uma delas:

“Os meios e instrumentos de que pode lançar mão o Estado na condução de sua política econômica podem ser classificados em cinco grandes categorias:

- Instrumentos de finanças públicas.
- Instrumentos monetários e creditícios.
- Instrumentos cambiais.
- Instrumentos de controle difuso.
- Adaptação institucional.

Os três primeiros correspondem a uma ação eminentemente indireta da política da política econômica, pois através de estímulos ou punições de caráter fiscal, monetário e cambial o Estado procurará influir sobre o comportamento do mercado. [...] Os programas creditícios, os incentivos fiscais ou os depósitos ligados ao fechamento de câmbio constituem exemplos típicos, dentre tantos, dessa modalidade de política que é normalmente de caráter quantitativo.”²

A concessão de incentivos fiscais, como já explicava Adam Smith, deve ter como objetivo primordial o fomento à atividade econômica, principalmente àquela pouco desenvolvida: “Só se solicitam subsídios para ramos do comércio que dão prejuízo, e seu efeito é forçar o comércio em canais desvantajosos.”³

O incentivo fiscal, portanto, é instrumento de reação à crise temporária de certo ramo da atividade econômica, sendo sua função primordial a compensação das perdas e o estímulo à continuação dos “agentes” na atividade econômica.

Os tributos, de forma clara, podem aumentar ou diminuir o custo da produção e comercialização dos bens, tornando as atividades mais ou menos atraentes à iniciativa privada.

Aparece a política de concessão de incentivos fiscais, por conseguinte, como importante ferramenta de desenvolvimento econômico-social, não podendo, de forma alguma, ser ignorada.

No âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), quando do texto do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, mais especificamente na Parte VIII, art. 27, foi definido tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento na questão de subsídios, sendo reconhecida sua importância ao crescimento econômico, restando certo que essa política pode e deve ser positiva, dependendo essa máxima, naturalmente, da forma como ela é utilizada.

Nesse sentido, o fenômeno da “guerra fiscal”, apesar de ter se caracterizado pelo aumento do rol de Estados emergentes na atração de empresas e investimentos estrangeiros,⁴ representa, contudo, demonstração típica de má utilização da política de beneficiamento, promovida pelos governos estaduais.

A distribuição mais equitativa de benefícios por ela promovida, que, a princípio, é certamente boa, esconde a doação de recursos por meio de um financiamento a longo prazo, regulamentado por lei, que tem sido objeto de questionamentos judiciais quanto à sua constitucionalidade, principalmente por outros Estados.

Mesmo no comércio internacional, os subsídios concedidos pelos Estados brasileiros vêm sendo questionados, a exemplo dos países do Mercosul,

1 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito v. II*, p.11.

2 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao estudo do direito econômico*, p. 193.

3 SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, v. II, p. 9.

4 Revisões periódicas dos números do PIB nacional e dos Estados, feita por institutos de pesquisa como o Ipea e Simonsen Associados, apontam para a crescente concorrência de Estados emergentes na atração de empresas.

que estão criando entraves ao desenvolvimento do mercado comum, em razão, naturalmente, de um possível “*dumping* verde-amarelo”.⁵

Nestas circunstâncias, torna-se questionável o emprego de instrumentos de benefício às empresas em face da razoabilidade do mercado e do respeito à ordem econômica, principalmente no que tange ao art. 170 da Carta Magna.

A análise da inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre concorrência deve, portanto, considerar as novas necessidades da economia, dentro do contexto do mercado globalizado, com o propósito de impedir possíveis artifícios criados pela mera redução de tributos estaduais, visando possibilitar ao Brasil a criação de fatores duradouros de desenvolvimento nacional.

Por esse estudo, procura-se avaliar a utilização de critérios próprios da regra da razão (*rule of reason*), instituto criado pelo Direito Antitruste americano, como base para análise de uma possível violação ao princípio da livre concorrência, enfocando-se o caso da criação de incentivos fiscais estaduais.⁶

Deve-se entender que o intuito aqui presente não é a cópia de modelos do *Common law* sem a devida harmonização com as características peculiares do *Civil Law* brasileiro, mas sim o aproveitamento de critérios que, como se pretende demonstrar, deveriam necessariamente ser considerados quando da análise da inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre concorrência.

2 OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS

O fenômeno conhecido por “guerra fiscal” consiste na concessão tanto de incentivos fiscais quanto de incentivos financeiros, além de outros incentivos de natureza variada.

5 JOHANNPETER, Guilherme. *Antidumping prática desleal no comércio internacional*.

6 Na presente Consulta, assim como na Lei Complementar n. 87/96 (a Lei Kandir), “As referências feitas aos Estados nesta Lei Complementar entendem-se feitas também ao Distrito Federal” (art. 35).

Os incentivos fiscais estaduais, objeto deste estudo, são aqueles de natureza tributária, consistindo, principalmente, na redução ou, até mesmo, na isenção da cobrança do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS),⁷ a ser cobrado das empresas estabelecidas no Estado.

A transcrição de parte da resposta do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) à consulta 0038/99,⁸ realizada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE), a respeito de guerra fiscal e de defesa da concorrência, é pertinente para evidenciar o problema:

“Não resta dúvida, porém, que a principal estratégia utilizada atualmente na 'guerra fiscal' é a concessão pelos Estados-membros de incentivos e benefícios relacionados ao ICMS. De fato, apesar de mencionar que benefícios fiscais e financeiro-fiscais são concedidos com base em outros tributos (IPTU, ISS, etc.) e sob diversas formas (como, por exemplo, doações de lotes e galpões industriais, realização de obras de infra-estrutura, etc.), o próprio consultante ressalta a importância dos benefícios concedidos com base no ICMS e fundamenta sua petição aludindo aos efeitos deletérios à concorrência que seriam daí decorrentes.”⁹

7 No que tange aos incentivos financeiro-fiscais, José Souto Maior Borges afirma que essa classe de incentivos também se encontra proibida pelo inciso IV do art. 1º da Lei Complementar n. 24/75: “Até então, o § único do art. 1º. refere-se especificamente a categorias autônomas de exoneração fiscal. Mas, o IV desse dispositivo adota uma técnica diversa: ele submete à sua regência “quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulta redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus” (textual). Ao contrário dos primeiros, discriminados nominalmente, os dos item IV não o foram. Donde a conclusão: aplicam-se não só a quaisquer incentivos fiscais no sentido estrito, ou seja, os que envolvam supressão ou redução de ICMS (redução da alíquota, p. ex.), mas também a quaisquer incentivos financeiros, ou seja, os que, após o pagamento do tributo, numa relação financeira entre o contribuinte e o fisco, impliquem supressão ou redução do ICMS” (grifamos). (Incentivos fiscais e financeiros. Parecer publicado na *Revista de Trimestral de Direito Público*, n. 8, p. 86-106, 1994.

8 O inteiro teor da consulta do PNBE encontra-se na página da internet www.pnbe.org.br.

9 Parte da consulta realizada pelo PNBE que pode ser encontrada na página www.pnbe.org.br

Os incentivos fiscais dos Estados podem ser concedidos por meio de lei complementar ou de convênios interestaduais, celebrados e ratificados pelos Estados, que somente passam a ter eficácia após aprovação por Decreto Legislativo.¹⁰

A respeito da sistemática da concessão de incentivos por meio do ICMS, citamos Carlos Eduardo G. Cavalcanti:

“Em função dos problemas envolvidos com a ilegalidade ostensiva desses incentivos, todos os governos têm optado pela utilização da operação que chamamos de 'triangulação' utilizando um fundo fiscal'.

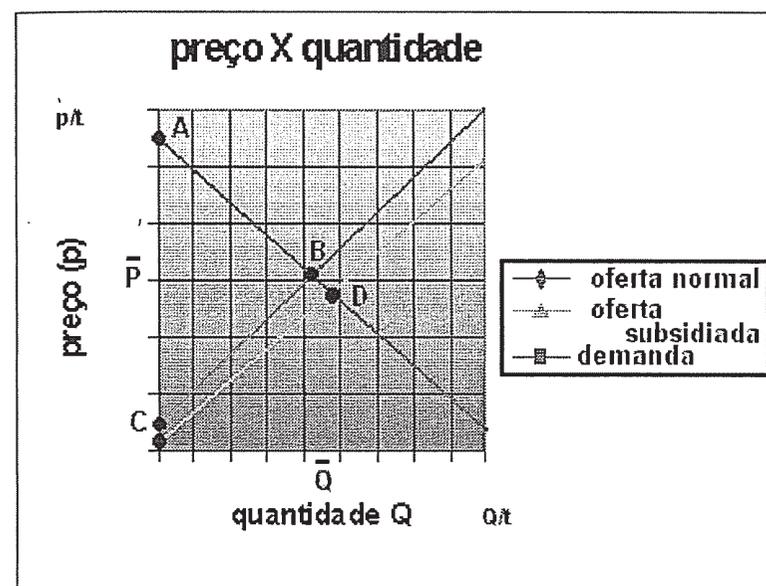
Os autores explicam, então que,

“nesse caso, o *funding* do financiamento é a receita de ICMS gerada pelo empreendimento, sendo a operação creditícia e o próprio fundo fiscal meros instrumentos para dar um contorno legal à operação básica, que é o diferimento subsidiado do imposto. Esse aspecto fica evidente ao se considerar o 'número mágico' de, em média, 9% a 10% do faturamento. Supondo-se uma média de 50% a 60% de valor adicionado setorial, a aplicação da alíquota de 18% sobre esse valor geraria um recolhimento próximo dessa ordem. Desde que seja garantido o repasse do recurso orçamentário para o fundo, monta-se uma operação triangular que devolve o imposto à empresa.”¹¹

No que tange aos efeitos da concessão de incentivos sobre o preço e a concorrência, os professores Pyndick e Rubinfeld, citados na referida resposta à consulta 0038/99 do CADE, ensinam que

“um imposto sobre a produção, atingindo todas as empresas de um mercado competitivo, desloca para cima a curva da oferta a curto prazo do setor industrial na medida do valor do imposto. Isso eleva o preço de mercado do produto, reduzindo o nível de produção total da indústria”.

Num raciocínio inverso, podemos dizer que a empresa beneficiada com um incentivo fiscal de um determinado Estado-Membro possuiria, pois, uma vantagem sobre suas demais concorrentes, uma vez que sua curva de oferta seria deslocada para baixo em relação às demais:



10 A competência tributária é disciplinada pela Constituição Federal (arts. 145 a 152) e somente é outorgada às pessoas políticas de Direito Público, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

11 Cf. CAVALCANTI, Carlos Eduardo; PRADO, Sérgio. *Aspectos da guerra fiscal no Brasil*, p. 125.

Daí a relação entre o princípio da livre concorrência e a concessão de incentivos fiscais estaduais, visto que o incentivo fiscal tem influência sobre a formação do preço, matéria intrinsecamente ligada à concorrência.

3 O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A livre iniciativa, em suma, constitui-se no direito de acesso ao mercado, assegurando aos agentes econômicos a liberdade de escolha da atividade que desejam exercer, bem como, em certa medida, o modo como desejam exercer essa atividade. Tal direito, contudo, deve respeitar à função social da propriedade, à justiça social e às razões de ordem pública, que reservam ao Estado certa face da iniciativa econômica e, também, certo controle do exercício de algumas atividades.

É pela intervenção indireta do Estado na atividade econômica,¹² normatizando-a e regulando-a, que se assegura o direito à livre iniciativa, por meio da garantia à livre concorrência, enquanto condição para que o abuso da liberdade de comércio e da indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados e a exploração dos meios de produção de acordo com as aptidões e disponibilidades dos agentes econômicos.

A livre concorrência, por conseguinte, é manifestação da livre iniciativa, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CF/88) e da ordem econômica nacional¹³ (art. 170, *caput*, da CF/88), tendo alcançado, na Constituição Federal de 1988, a configuração de princípio Da Ordem Econômica e Financeira.

Sua análise, como princípio, deve observar-se ao *caput* do art. 170, buscando-se, pela sua inviolabilidade, a garantia da existência de concorrência como meio de alcance aos fundamentos da ordem econômica, quais sejam, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

12 A ênfase do Estado brasileiro como agente regulador e normativo, garantidor da livre concorrência, evidenciada pelo art. 174, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é resultado da história evolutiva da economia nacional, refletida na Constituição Econômica e na legislação antitruste brasileiras.

13 Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 769-770.

Nesse sentido, torna-se clara a importância desse princípio como fator de desenvolvimento da ordem econômica nacional, restando certo que seu ímpeto não é a defesa do concorrente, mas da concorrência e de seus benefícios para a coletividade.

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem aos princípios da Constituição. A respeito da importância dos princípios dentro da ordem jurídica, incluindo-se nesse conjunto, é claro, o princípio da livre concorrência, cita-se o Professor Washington Peluso Albino:

“Ao nosso sentir, o 'princípio' encerra o fundamento ideológico que define a 'Ordem Jurídica' sob consideração. Nas 'Ordens Jurídicas' expressas nas chamadas 'Constituições Plurais', como a brasileira de 1988, que encerram dados ideológicos de 'modelos puros' diferentes entre si, ou até mesmo antagônicos, essa diversidade ideológica teórica é expressa objetivamente nos 'princípios' constitucionais que os absorvem e conciliam na 'ideologia configurada na Constituição'. Seria contra-senso admitir contradições ou conflitos nesse novo 'conjunto', que define o próprio conceito de Constituição.”¹⁴

4 A REGRA DA RAZÃO (RULE OF REASON)

Os prejuízos causados pela concentração empresarial à sociedade e aos consumidores americanos, a partir de meados do século XIX, originaram, em 1890, a edição do *Sherman Act*. De início, conforme instituído por essa norma, todas e quaisquer modalidades de união, arranjo ou combinação entre empresas, visando restringir o tráfico ou o comércio entre diversos Estados ou com nações estrangeiras, foram declaradas ilegais.

14 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*.

Anos mais tarde, em 1914, com a edição de novos textos legais, o *Federal Trade Commission Act* e o *Clayton Act*, modificou-se todo o sistema antitruste americano. O primeiro criou a *Federal Trade Commission*, órgão colegiado responsável pela análise do direito concorrencial no âmbito administrativo. O segundo, *Clayton Act*, viria a institucionalizar o fator político-econômico na apreciação das questões anticoncorrenciais, pela consagração da “*Rule of Reason*”, ou seja, regra da razão.

A respeito da regra da razão, cita-se José Otávio de Vianna Vaz:

“Segundo a regra da razão, não seria mais ilegal toda e qualquer restrição ao comércio, mas apenas a restrição 'desarrazoada', princípio cuja inspiração o legislador buscava na racionalidade do *Common Law*.”¹⁵

O mesmo autor, citando Jaime Villegas Cayón, traz importante vocabulário acerca do verbete regra da razão:

*Rule of reason: Regla de razón. El uso del criterio y discreción humanos para clasificar las diferentes formas de conducta. Los juristas americanos consideran que la Common Law 'es la perfeccion de la razón y que donde no hay razón no hay ley'. En las técnicas antitrust rule of reason significa calificación de conducta económica.*¹⁶

O interesse público deve orientar o entendimento do que seja razoável, variando tal concepção de acordo com as políticas econômicas estabelecidas, como diz, novamente, José Otávio de Vianna Vaz: “Tais exigências não são

15 VAZ, José Otávio de Vianna. Aspectos da “mergermania” e dos megablocos e seus efeitos na economia dos países em desenvolvimento. Separata da *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, ano 29, n. 116, 1992.

16 VILLEGAS CAYÓN, Jaime. Monopólio y competencia. Las leyes antitrust de los Estados Unidos, base de la libertad económica, p. 219.

sempre as mesmas, variando, por sua vez, em função das políticas públicas estabelecidas em cada período de tempo para os mais variados setores.”¹⁷

A concepção tradicional da regra da razão encontra-se hoje modificada, acrescentando-se o termo injustificada, do que trata o Prof. Calixto Salomão:

“Se a regra da razão clássica tinha acrescentado o termo 'desarrazoada' à *Section I do Sherman Act*, sua evolução posterior é no sentido de acrescentar o termo 'injustificada'. Contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição substancial e injustificável da concorrência.”¹⁸

Entende-se, portanto, que o interesse da coletividade pela preservação da concorrência condena ato que, ausente de razoabilidade, não possa ser justificado por fatores econômicos, o que apóia João Dácio Rolim:

“Assim, a *rule of reason*, como técnica de interpretação de expressões vagas, não precisas, foi uma criação judicial estabelecendo que uma prática comercial viola a lei antitruste (*Sherman Act*) somente se representar uma restrição irrazoável baseada em fatores econômicos, ou seja, em elementos circunstanciais de mercado.”¹⁹

Nesse sentido, a análise econômica antitruste, verificada por meio da jurisprudência, determina que somente a presença de ganhos de eficiência pode justificar autorização, de ato ou conduta, por parte dos órgãos de defesa da

17 VAZ, José Otávio de Vianna. Aspectos da “mergermania” e dos megablocos e seus efeitos na Economia dos países em desenvolvimento. Separata da *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, ano 29, n. 116, 1992.

18 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, 1.

19 ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*, 1. ed., São Paulo: Dialética, 2001. 92p.

concorrência, devendo a avaliação dos efeitos líquidos em termos de eficiência ser passo conclusivo a ser realizado.

Assim, o critério de avaliação pela *rule of reason* consiste, em suma, em ponderar os reais ou potenciais efeitos anticompetitivos e, portanto, antieficiências, com seus possíveis efeitos pró-eficiência, buscando-se determinar seus efeitos líquidos em termos de eficiência econômica e social.

5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (BREVES COMENTÁRIOS)

No presente trabalho, visto que se trata da inconstitucionalidade, pretende-se esclarecer, brevemente, sobre o controle de constitucionalidade brasileiro.

A Carta de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidade, quais sejam, a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão.

A primeira ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos contrários a normas ou princípios da Constituição. A segunda verifica-se quando não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar aplicáveis normas constitucionais.

O controle de constitucionalidade brasileiro é jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado. Assim, é reconhecido o exercício por via de exceção a todos os componentes do Poder Judiciário, pelo controle difuso, restando, entretanto, à Suprema Corte a análise por meio do controle concentrado das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade.

Dentro desse modelo misto, de controle difuso e concentrado, o constituinte houve por bem dar ênfase ao controle concentrado, visto que, ao ampliar, de forma significativa, o número de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, acabou por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade, como se refere Gilmar Ferreira Mendes:

“Ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.”²⁰

A respeito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e das várias posições da doutrina, transcrevemos posicionamento de José Afonso da Silva, dotado, sem dúvida, de total coerência:

“A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X; a declaração na via direta tem efeito diverso, importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato, como veremos nas distinções feitas em seguida.”²¹

6 A REGRA DA RAZÃO E ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A noção de razoabilidade como critério de interpretação foi bastante desenvolvida pela jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos e passou a informar a jurisprudência de outros países da Comunidade Européia, em especial no que tange ao direito antitruste.

Nesses países, a consideração da inconstitucionalidade, tendo em vista a razoabilidade, é tradição hermenêutica, como relata João Dácio Rolim:

20 MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p.15.

21 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. .55.

“Como tradição da *common law* inglesa, qualquer lei que seja instrumento de arbitrariedade que viole as tradições e os direitos consagrados pela *rule of law* poderia, em tese, ser considerada inconstitucional por sua absoluta falta de razoabilidade no contexto de um Estado de Direito.”²²

No *civil law* brasileiro o princípio da razoabilidade permeia os atos da administração pública; entretanto, no que tange às decisões do Judiciário, ele se faz implícito, dada a liberdade decisória conferida aos magistrados.

No direito antitruste, seguindo a experiência estrangeira, mais especificamente a *Chicago School*, tanto em termos de atos de concentração como em condutas anticompetitivas, adotou-se como passo conclusivo da análise concorrencial o método de avaliação dos efeitos líquidos como um *trade off* entre ganhos de eficiência e efeitos anticompetitivos:

Em relação aos incentivos fiscais estaduais, na análise da inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre concorrência, sugere-se a utilização deste mesmo método.

Deve-se esclarecer, entretanto, que a utilização de incentivos fiscais não é vista pelo direito americano como questão de concorrência. Tal raciocínio, aparentemente infundado, reside no benefício que o incentivo fiscal traz ao consumidor, pela redução dos preços, o que, pela Escola de Chicago, não poderia ser considerado anticoncorrencial, visto que o objetivo único do antitruste, na concepção americana, é a eficiência por meio da produção a baixos custos, o que esclarece Calixto Salomão:

“A tradição econômica neoclássica, desenvolvida nesse campo sobretudo na Universidade de Chicago (e por isso denominada Chicago School), responde a essa pergunta com uma expressão que para os seus seguidores (e para as Cortes americanas, que desde o começo dos anos 80 ado-

taram, inteiramente, a teoria neoclássica) já se tornou sinônimo de sistema antitruste: 'eficiência'.²³

[...]

Por enquanto, basta observar que, para os economistas neoclássicos, eficiência é a habilidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor.²⁴

Tal constatação, porém, em nada afeta este estudo, já que aqui se busca o aperfeiçoamento dos critérios de interpretação jurídica do princípio da livre concorrência e não a discussão de seu fim.

6.1 A necessidade de análise das eficiências

Os efeitos anticompetitivos reais ou potenciais da criação de um incentivo fiscal são apenas o lado negativo de um balanço que, ao menos em princípio, pode ter um lado positivo.

O objetivo primordial da criação de incentivos fiscais, tal como observou Adam Smith, citado na introdução deste estudo, é o fomento à atividade econômica, em particular, àquela pouco desenvolvida. A respeito do desenvolvimento de uma correta política de incentivos fiscais, veja-se Michael E. Porter:

Government has a vital role in shaping the goals of investors, managers, and employees through policies in various areas. The manner in which capital markets are regulated, for example, shapes the incentives of investors and, in turn, the behavior of companies. Government should aim to encourage sustained investment in human skills, in innovation, and in physical assets. Perhaps the single most

23 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*.

24 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*.

22 ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*.

*powerful tool for raising the rate of sustained investment in industry is a tax incentive for long-term (five years or more) capital gains restricted to new investment in corporate equity.*²⁵

Ignorar as eficiências possíveis de um incentivo governamental seria desconsiderar o objetivo da lei que o criou, que, logicamente, deve ser o fomento.

A própria Constituição de 1988, ao consagrar o princípio da livre concorrência como princípio geral da atividade econômica, busca, por meio de sua inviolabilidade, garantir o alcance dos fundamentos da ordem econômica e, por conseguinte, o desenvolvimento econômico.

A *rationale* econômica e jurídica, pela análise dos efeitos líquidos sobre a eficiência econômica, buscando a preservação dos benefícios econômicos advindos dos incentivos fiscais, atende à interpretação do princípio da livre concorrência segundo o que prega a Constituição e, é claro, atende também ao interesse público.

A análise exclusiva dos efeitos anticompetitivos, por outro lado, dá garantia não à concorrência como um todo, mas sim ao concorrente, visto que os efeitos negativos recaídos sobre ele garantiriam seu direito de permanência no mercado, em contraponto aos benefícios à coletividade, consequência do incentivo.

A necessidade de análise das eficiências consiste na busca pelo aproveitamento dos benefícios que o incentivo fiscal pode trazer à coletividade, atendendo aos contornos da política econômica, voltando-se para o desenvolvimento econômico. Sobre o direito ao desenvolvimento, escreve Washington Peluso Albino:

“Situado o 'desenvolvimento' como 'desequilíbrio positivo', isto é, em termos de 'prosperidade' e de 'elevação dos níveis de vida', proposta pela

25 PORTER, Michael E. The competitive advantage of nations. *Harvard Business Review*, p. 88, 1990.

Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, como vimos, devemos considerar as atividades, os esforços e pontos de vista sobre o que representam aqueles objetivos, enquanto dados assegurados pelo Direito.”²⁶

Nesse sentido, P. Arreda, resumindo a evolução da jurisprudência antitruste, afirma que a regra da razão é hoje composta por três fases, que, pelo exposto, deveriam também ser empregadas na análise da inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre concorrência.

Primeiramente, verificar-se-ia o prejuízo causado em razão da conduta em análise, no caso, pelo incentivo fiscal estadual. Em segundo lugar, o objetivo pretendido por meio do ato e se esse objetivo apresenta benefícios capazes de justificá-lo. Finalmente, deve-se verificar se não existe nenhuma maneira alternativa, menos lesiva à concorrência, de atingir tais objetivos.

Como se vê, por esses procedimentos, o que se busca é alcançar as eficiências analisadas, mesmo que não seja por meio da conduta verificada, o que é, sem dúvida, critério de interpretação mais salutar ao mercado, aos consumidores e, principalmente, para a concorrência.

7 CONCLUSÃO

O aproveitamento da experiência estrangeira consolidada na regra da razão, fundada na razoabilidade do mercado, traz ao direito brasileiro, mais propriamente à análise da inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre concorrência, importante instrumento de interpretação das leis. Logicamente, a regra que prevalece no direito, em geral, é a interpretação literal das leis, sendo

26 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*.

que os principais problemas relativos à hermenêutica jurídica são aqueles advindos da relação entre normas, tal como ensina Norberto Bobbio:

“Se um ordenamento jurídico é composto de mais de uma norma, disso advém que *os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem das relações das diversas normas entre si.*”²⁷ (grifo nosso)

Entretanto, a doutrina constitucional brasileira já incorpora postulado do direito americano, no sentido da busca pela melhor interpretação, no caso de mais de uma possível. É o que diz Gilmar Ferreira Mendes:

Consoante postulado do Direito Americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revelar compatível com a Constituição. Na doutrina menciona-se, freqüentemente, a frase de Cooley:²⁸ *The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect.*²⁹

A razoabilidade exerce exatamente essa função, objetivando a busca pela interpretação mais cabível, trazendo solução quando da ausência de razoabilidade literal, o que expressa João Dácio Rolim:

“Sempre que o sentido literal não for razoável, isto é, não for adequado ao fim proposto ou ao objetivo do legislador, sendo este mesmo válido (constitucionalmente) ou razoável de acordo com as cláusulas constitui-

onais, então a *golden rule* (técnica literal) considerada a mais importante na *commom law* na interpretação das leis é superada por outros métodos ou regras de interpretação, tal como a intenção do legislador, sempre em busca da razoabilidade.”³⁰

Deve-se observar, portanto, que é do respeito às políticas econômicas e à razoabilidade do mercado, considerando-se, é claro, o interesse público coletivo, que devem advir soluções aos conflitos entre o princípio da livre concorrência e as leis ordinárias de caráter econômico-fiscal editadas pelos Estados-Membros da federação.

O próprio legislador brasileiro estabeleceu cláusulas definidoras da razão do mercado como deixa claro Washington Peluso Albino:

“Considerando-se os itens da permissão do art. 74 da Lei n. 4.137, revogada, e os do art. 54 da Lei n. 8.884, em vigor, e como componentes ou elementos de política econômica, podemos trazer para o âmbito do Direito Econômico a 'Regra da Razão', e oferecê-la ao tratamento da concorrência. Prendem-se ao 'equilíbrio' entre a produção e consumo, 'regulação do mercado', 'padronização da produção', 'estabilização de preços', 'especializações' da produção ou distribuição e 'restrição' de distribuição de mercadorias do mesmo gênero, na lei anterior e ao aumento da produtividade, à melhoria da qualidade dos bens e serviços e a propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, na lei em vigor.

Como se vê, o legislador brasileiro estabeleceu cláusulas definidoras da 'razão' permissiva da exceção (*reasonable*).”³¹

27 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p.34.

28 COOLEY. *A treatise on the constitutional limitations* p. 228; cf. também BITTENCOURT. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*, p. 93.

29 MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 47.

30 ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*.

31 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*.

A integração econômico-jurídica, reflexo desse pensamento, é fator importante para o desenvolvimento social, tal como fala a Professora Isabel Vaz:

“Normalmente, no entanto, a integração econômica e a jurídica constituem fatores de favorecimento da integração política. A situação pode comportar a atribuição de diferentes papéis aos fatores considerados, quando, por exemplo, o poder público adquire a natureza de “motor de integração”: um de seus primeiros impulsos será a tentativa de levar adiante a integração jurídica e econômica.”³²

A negação desse raciocínio, considerando-se os elementos aqui expostos, equivale a restringir, sobremaneira, as possibilidades de desenvolvimento pautado, sobretudo, na justiça social, o que, definitivamente, não é o interesse da coletividade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIORÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação Tércio Sampaio de Ferraz. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BORGES, José Souto Maior. Incentivos fiscais e financeiros. *Revista de Trimestral de Direito Público*, n. 8, 1994.

CAVALCANTI, Carlos Eduardo G.; PRADO, Sérgio. *Aspectos da guerra fiscal no Brasil*. Brasília: IPEA, São Paulo, FUNDAP, 1998.

32 VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro – Comentário à Lei n. 8.884/94*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência – Comentários à Lei Antitruste*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JOHAMPETER, Guilherme. *Anti-dumping prático e desleal no comércio internacional*. 1. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 17. ed., São Paulo: Malheiros.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao estudo do direito econômico*. 2. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PORTER, Michael E. The competitive advantage of nations. *Harvard Business Review*, 1990.

REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Brasília: Cade, n. 24, 29 e 30.

ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*. 1. ed., São Paulo: Dialética, 2001.

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

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo. Abril Cultural, v. II.

SACHA CALMON, Navarro Coelho. *Manual de direito tributário*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

VAZ, José Otávio de Vianna. Aspectos da “mergermania” e dos megabloco e seus efeitos na Economia dos países em desenvolvimento. *Separata da Revista de informação Legislativa*, Senado Federal, ano 29, n.116, 1992.

VILLEGAS CAYÓN, Jaime. *Monopólio y competencia*. Las leyes antitrust de los Estados Unidos base de la libertad económica. Editorial – Librería Jurídica Villegas. Madrid. 1970.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE NO ICMS

Rochelle Costa Cardoso

Sumário

1. Breve histórico. 1.1 Tributação sobre o consumo. 2. Não-cumulatividade – princípio constitucional. 3. As vantagens de um imposto não-cumulativo. 4. Contribuinte de iure e contribuinte de fato. 5. A não-cumulatividade e os sistemas para operá-la. 6. Exceções ao princípio da não-cumulatividade. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1 BREVE HISTÓRICO

Em 1965 foi implementada a reforma tributária pela União com a Emenda Constitucional n. 18. A nova distribuição de competências revelou preocupação com a repercussão econômica dos tributos, abandonando o critério de discriminação destes por sua roupagem jurídica, mas economicamente idênticos, ou de fato gerador não bem definido.

Os impostos foram divididos em quatro grupos: impostos sobre o comércio exterior; impostos sobre o patrimônio e a renda; impostos sobre a produção e a circulação, e impostos especiais. Além desses, os tributos ainda contavam com impostos extraordinários, taxas e contribuições de melhoria.