

André Elali

ADVOGADO, ESPECIALISTA EM DIREITO TRIBUTÁRIO, MESTRE EM DIREITO
POLÍTICO E ECONÔMICO, DOUTORANDO EM DIREITO, PROFESSOR DE
DIREITO ECONÔMICO, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO

TRIBUTAÇÃO E REGULAÇÃO ECONÔMICA

UM EXAME DA TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA
NA BUSCA DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS

2007



MP
EDITORA

Revisão Denis Marcello
Capa Deborah Mattos
Edição Pedro Barros
Diretor responsável Marcelo Magalhães Peixoto

E39t

Elali, André de Souza Dantas

Tributação e regulação econômica : um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais / André Elali. - São Paulo : MP Ed., 2007.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-98848-59-4

1. Direito tributário. 2. Tributos. 3. Direito constitucional. 4. Direito econômico. 5. Direito tributário - Brasil. I. Título.

07-1539.

CDU: 34:351.713

Todos os direitos desta edição reservados a

MP Editora

Av. Brigadeiro Luís Antonio, 613, 10º andar
São Paulo-SP 01317-001
Tel./Fax: (11) 3101 2086
mpeditora@mpeditora.com.br
www.mpeditora.com.br

OUTRAS PUBLICAÇÕES DO AUTOR	7
AGRADECIMENTOS	9
APRESENTAÇÃO <i>Luís Eduardo Schoueri</i>	11
PREFÁCIO <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	15
1. PROPOSIÇÕES PRELIMINARES	17
1.1. Delimitação do tema e objetivos do trabalho	23
1.2. Justificativas para a escolha do tema	24
1.2.1. A linha de pesquisa do programa de pós-graduação	24
1.2.2. Uma visão interdisciplinar dos elementos examinados	25
1.2.3. O uso constante de normas tributárias indutoras	29
1.3. Metodologia da pesquisa e plano do trabalho	30
2. ESTADO FEDERAL, CONSTITUIÇÃO E ORDEM ECONÔMICA – ASPECTOS FUNDAMENTAIS	31
2.1. Constituição e ordem econômica – a Constituição Econômica	35
2.2. A relação entre o sistema jurídico e o processo econômico	39
2.3. Normas jurídicas, regras e princípios – breves anotações	42
2.4. Domínio econômico, mercado e concorrência	46
2.5. O poder econômico – um dado estrutural da ordem econômica na busca do desenvolvimento econômico	56
2.5.1. Uma breve digressão sobre a noção de poder	56
2.5.2. Poder econômico	60
3. A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS COMO PRINCÍPIO E COMO OBJETIVO DO ESTADO BRASILEIRO – SUA RELAÇÃO COM A ORDEM ECONÔMICA NORMATIVA	67
3.1. Desenvolvimento econômico	67
3.2. Redução das desigualdades regionais e sociais	71
3.3. A redução das desigualdades regionais e sociais e os demais princípios da Constituição Econômica brasileira	74
3.3.1. Soberania nacional – a soberania econômica	74
3.3.2. Propriedade e sua função social	76

OUTRAS PUBLICAÇÕES DO AUTOR

Livros publicados/organizados ou edições

- ELALI, André de Souza Dantas; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Gandra (Orgs.). *Medida cautelar fiscal*. São Paulo: MP Editora, 2006. 159 pp.
- ELALI, André de Souza Dantas; MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). *Principais aspectos da Lei 11.196/05: a MP do Bem*. São Paulo: MP Editora, 2006. 247 pp.
- ELALI, André de Souza Dantas; CAVALCANTI, Bruno; VAREJÃO, José Ricardo (Orgs.). *Novos Temas de Processo Civil: Leis nº 11.277/06, nº 11.280/06, nº 11.187/06 e nº 11.232/05*. São Paulo: MP Editora, 2006. 341 pp.
- ELALI, André de Souza Dantas; MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). *Incentivos fiscais*. São Paulo: MP Editora, 2006. 321 pp.
- ELALI, André de Souza Dantas. *O federalismo fiscal brasileiro: um estudo analítico acerca do sistema tributário*. São Paulo: MP Editora, 2005.
- ELALI, André de Souza Dantas; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Orgs.). *Elementos atuais de direito tributário: estudos e conferências*. Curitiba: Juruá, 2005. 463 pp.
- ELALI, André de Souza Dantas; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). *Direito penal tributário*. São Paulo: MP Editora, 2005.
- ELALI, André de Souza Dantas; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Orgs.). *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005.
- ELALI, André de Souza Dantas. *IPI: aspectos práticos e teóricos*. Curitiba: Juruá, 2004.
- ELALI, André de Souza Dantas. *Depósito tributário: faculdade do contribuinte*. Curitiba: Juruá, 2003.

Artigos publicados em livros

- BASTOS, Celso Ribeiro; ELALI, André de Souza Dantas. Arts. 113 a 118. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*, v. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 153-73.
- ELALI, André de Souza Dantas. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). *Incentivos fiscais: questões pontuais*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 21-36.
- ELALI, André de Souza Dantas. Comentários dos artigos 46 ao 51. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Orgs.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-1489.

3.3.3. Livre-iniciativa e livre concorrência	80
3.3.4. Tutela do consumidor	84
3.3.5. Tutela do meio ambiente	86
3.3.6. Busca pelo pleno emprego	89
3.3.7. Tratamento favorecido para empresas de menor porte	92
3.3.8. Vedação de benefícios às empresas públicas e de economia mista	94
3.4. A interpretação sistemática dos princípios da ordem econômica em torno da busca da redução das desigualdades regionais e sociais – a questão dos direitos fundamentais (a cidadania e a dignidade humana)	97
4. A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA – AS NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS	101
4.1. As formas de intervenção do Estado e as normas tributárias indutoras	103
4.2. A questão da divisão de competências na Federação – o pacto federativo	106
4.2.1. A competência para tributar	106
4.2.2. A competência para regular	109
4.3. Incentivos fiscais e elementos afins	114
4.3.1. Incentivos fiscais, subsídios, subvenções e relações internacionais	125
4.3.2. Incentivos fiscais e pacto federativo	132
4.4. Imunidades	136
4.4.1. Sentido, origem e importância das imunidades: breves anotações	136
4.4.2. As imunidades como mecanismos de políticas fiscais	138
4.4.3. Imunidades e normas tributárias indutoras	140
4.5. Exame de caso: o estímulo ao desenvolvimento econômico por meio de incentivos fiscais – poder econômico e desenvolvimento com a redução das desigualdades regionais	141
4.6. Incentivos fiscais, medidas afins e os princípios da tributação	145
4.6.1. Os princípios da tributação relacionados ao tema da dissertação – a tributação como instrumento de regulação da ordem econômica na busca da redução das desigualdades regionais	145
5. SÍNTESE CONCLUSIVA	173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179

- ELALI, André de Souza Dantas. IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Orgs.). *Curso de Direito Tributário – APET*. São Paulo: MP Editora, 2005. p. 11-415.
- ELALI, André de Souza Dantas. Direito tributário numa economia globalizada – Tributação e integração econômica internacional: um exame do entendimento do STJ sobre os acordos que impedem a dupla tributação da renda no âmbito nacional. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). *Temas de Direito Público: estudos em homenagem a José Augusto Delgado*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 6-655.
- ELALI, André de Souza Dantas. Sobre a imunidade tributária como garantia constitucional e como mecanismo de políticas fiscais: questões pontuais. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; CARVALHO, Cristiano (Orgs.). *Imunidade tributária*. São Paulo: MP Editora, 2004. p. 1-303.
- ELALI, André de Souza Dantas. O federalismo fiscal brasileiro. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos (Orgs.). *Tributação, Justiça e Liberdade: em homenagem a Ives Gandra da Silva Martins*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 6-703.

Artigos publicados em periódicos

- ELALI, André de Souza Dantas. O federalismo fiscal brasileiro: algumas notas para reflexão. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 69, p. 7-25, 2006.
- ELALI, André de Souza Dantas. Direito tributário numa economia globalizada: tributação e integração econômica internacional: um exame do entendimento do STJ sobre os acordos que impedem a dupla tributação da renda no âmbito internacional. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 68, p. 289-310, 2006.
- ELALI, André de Souza Dantas. Imposto de Renda e reajuste salarial: hipótese de não-incidência tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 60, 2005.
- ELALI, André de Souza Dantas; ZARANZA FILHO, José Evandro. Anotações acerca da IN 304 da Secretaria da Receita Federal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 55, 2004.
- ELALI, André de Souza Dantas. São exigíveis os diferenciais de alíquota do ICMS em todos os casos, como pretender impor alguns entes federados?. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 56, 2004.
- ELALI, André de Souza Dantas. Cofins e sociedades de profissões regulamentadas: outro típico caso de antinomia no sistema tributário brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 58, 2004.
- ELALI, André de Souza Dantas. Depósito tributário: faculdade do contribuinte. *Revista de Direito Tributário*, v. 4, 2004.
- ELALI, André de Souza Dantas. Apontamentos acerca do IPI. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 53, 2003.

*Este trabalho é dedicado ao meu amado filho Théo,
ainda a caminho desta maravilhosa vida.*

AGRADECIMENTOS

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

Ao meu eminente orientador, hoje um grande amigo, professor Luís Eduardo Schoueri, pelo estímulo concedido durante todo o programa de mestrado, por suas sempre interessantes lições e pelo longo tempo dedicado à discussão deste trabalho, meu muito obrigado!

Aos grandes mestres Ives Gandra da Silva Martins, meu maior interlocutor e incentivador, e Alcides Jorge Costa, um exemplo de vida.

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

Aos amigos Marcelo Magalhães Peixoto, Bruno Cavalcanti, Terence Trennepohl, Fernando Zilveti, Eduardo Borba e Maria Angélica de Souza Dias, pelas discussões de alto valor científico.

Aos meus amigos e colegas de escritório, especialmente Kallina Flôr, Evandro Zaranza, Ricardo Luz, sem os quais eu não teria a oportunidade de cursar o mestrado na Universidade Mackenzie/SP.

A todos, os meus sinceros agradecimentos!

APRESENTAÇÃO

Quando fui convidado, pela centenária Universidade Presbiteriana Mackenzie, a compor o quadro dos professores do seu então recém-criado curso de pós-graduação *stricto sensu*, com área de concentração em direito político e econômico, logo percebi que ali haveria campo fértil para explorar as relações entre o direito tributário e o direito econômico, no bojo de uma linha de pesquisa que se propunha a estudar o poder econômico e seus limites. A certeza do sucesso da empreitada vinha não só da tradição da Universidade, como do peso de seu quadro docente. Para minha felicidade, a coordenação do curso aceitou minha sugestão no sentido de que as disciplinas de direito tributário fossem conduzidas a quatro mãos. Imediatamente, sugeri o nome cuja experiência e profundidade acadêmica asseguravam a seriedade do projeto que se propunha: junto comigo, ingressou no programa o professor Alcides Jorge Costa.

Às alegrias semanais das aulas de pós-graduação ministradas em conjunto com o meu mestre somaram-se alunos que passaram a se interessar pelo direito tributário, numa perspectiva que – conforme a linha de pesquisa do programa – não se limitaria à análise formal, dando ênfase à interdisciplinaridade, com forte influência da filosofia e da teoria geral do direito, conduzidas por professores do peso de Ari Marcelo Sólton e Alysson Mascaró.

Entre esses alunos, logo me chamou a atenção um jovem nordestino, cujas perguntas em sala de aula e após o horário regular revelavam a inquietação típica de quem já sentia pulsar em suas veias a curiosidade científica. Em nossas longas conversas, fui aos poucos descobrindo André Elali, jovem advogado de origem palestina, nascido, criado e graduado em Natal, que, antes de vir a São Paulo, já havia sido exposto aos desafios dos temas internacionais, freqüentando cursos na Jordânia, Inglaterra e Estados Unidos. Recém-formado, teve a ousadia de estabelecer uma banca de advocacia em Natal, logo alcançando sucesso que hoje se revela pelas diversas filiais no Nordeste brasileiro. Tamanho crescimento mostra outra característica de André que não deve ser menosprezada: sua

capacidade de cercar-se de pessoas em quem sabe poder confiar. Nesses anos, tive a oportunidade de conhecer os sócios de André e encontrei neles o mesmo espírito empreendedor que André Elali revelava.

Tomando contato com as diversas correntes do pensamento jurídico tributário, André Elali logo fez ver a seus sócios e amigos a necessidade de dividir com seus conterrâneos as discussões que o inquietavam. Logo começaram a organizar congressos de direito tributário e de direito constitucional em Natal, cidade de seu coração. Fui convidado a participar de alguns desses eventos e posso testemunhar a sua qualidade, seja pelo público, seja – com a exceção de meu nome – pelos palestrantes. Em Natal, travei debates jurídicos memoráveis, que muito me enriqueceram. Hoje, os eventos de Natal, idealizados e promovidos por André Elali e seus sócios, já fazem parte do calendário nacional. Tenho certeza de que não erro ao afirmar que se trata de um dos mais importantes foros de discussão jurídica no Nordeste brasileiro, aonde se dirigem advogados, juízes, procuradores e demais profissionais da área jurídica do Brasil.

André nunca escondeu seu compromisso acadêmico, que se estende à pretensão de abraçar a carreira docente. Sua veia didática foi percebida pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em cujo Departamento de Pós-Graduação André tem sido convidado a proferir aulas, na disciplina de direito constitucional econômico. Recentemente, André se submeteu a seleção para professor de direito tributário da FARN, em Natal, obtendo a primeira colocação. É professor concursado da graduação e professor convidado do curso de especialização em direito tributário, ministrando a disciplina tributos federais.

A verdadeira obsessão de André Elali por dividir suas descobertas naquele que se tornava o “seu” direito tributário pode ser constatada por sua impressionante produção acadêmica, reproduzida nas primeiras páginas deste livro. Basta mantermos em mente que se trata de um jovem de apenas 28 anos para termos a certeza de que muito se há de esperar no futuro.

De sua obra, chamo a atenção para o livro *O federalismo fiscal brasileiro: um estudo analítico acerca do sistema tributário*, publicado em 2005. O livro foi escrito a partir de discussões que travamos no curso de pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, quando André, após ouvir as preleções do mestre Alcides Jorge Costa, compreendeu as dificuldades daquilo que nosso mestre Alcides chama “uma federação em busca de um modelo”. André enfrenta com coragem o tema da guerra

fiscal e da necessidade de centralização legislativa da tributação sobre o consumo, sustentando ali a tese de que, longe de ferir a “cláusula pétrea” do federalismo, a imposição de limites nacionais à tributação pode assegurar a própria sobrevivência da federação.

O tema das desigualdades regionais e seus reflexos em matéria tributária – guerra fiscal e incentivos – continuou a ser o foco de André Elali em outros trabalhos, o que, naturalmente, acabou por se refletir na sua escolha de tema para a dissertação de mestrado, que ora vem a lume. Não me cabe comentar a obra, já que o prefácio o faz certamente com maior brilho. Não posso, entretanto, deixar de mencionar meu júbilo pela certeza de que, com esta obra, André firma compromisso definitivo com a interdisciplinaridade, o que dá a certeza de que novas reflexões surgirão.

É esta certeza que me anima a saudar a presente publicação. Longe de ser a obra definitiva de sua vida, é apenas um primeiro passo, que doravante a comunidade científica passa a acompanhar. O recente ingresso de André Elali no programa de doutorado da Universidade Federal de Pernambuco, onde apresentou projeto de tese versando sobre a concorrência fiscal internacional, é evidência de que muito se há de esperar do jurista que, com certo grau de orgulho, vi despontar.

São Paulo, abril de 2007

Luís Eduardo Schoueri

Professor do curso de pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PREFÁCIO

O livro de André Elali corresponde à sua dissertação de mestrado para a Universidade Mackenzie. É utilíssima contribuição à reflexão sobre a interdisciplinaridade das ciências econômicas e jurídicas e, neste último campo, particularmente, do direito tributário e econômico.

Sempre entendi que o direito econômico, mais do que regular as distorções de mercado no concernente à abusividade de lucros e à descompetitividade e assegurar claros direitos ao consumidor final, é, de rigor, aquele que reflete, no plano geral, a macroeconomia. A própria definição que atribuo a direito econômico exterioriza tal percepção, neste campo de reflexão acadêmica. O direito econômico, para mim, “é a disciplina jurídica da macroeconomia”.

Nesta linha, é de se compreender a importância das normas estimuladoras do desenvolvimento regional ou setorial no campo tributário. À neutralidade da tributação para a cobertura das despesas correntes do Estado, fundamentalmente atendidas pelos impostos, há de se acrescentar as normas impositivas relativas a tributos cujas receitas são destinadas a certas atividades, direta ou indiretamente, de responsabilidade do Estado, em que as taxas e as contribuições exercem papel relevante, assim como aquelas incentivadoras de regiões e setores, que geram a extrafiscalidade e provocam profunda repercussão no direito econômico.

André Elali decidiu enfrentar a tormentosa questão integrativa, tendo-se havido com particular brilho e competência.

Após formular os fundamentos de sua exposição interdisciplinar e definir a metodologia adotada, passou a analisar, com particular acuidade, a Federação brasileira, em face da Constituição e da Ordem Econômica, acatando a corrente dos constitucionalistas liderada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de que há uma Constituição Econômica.

Enfrenta, a seguir, a questão mais controvertida, qual seja, a das desigualdades regionais e sociais, cuja supressão figura como princípio e como objetivo do Estado Brasileiro, e os problemas de sua inserção na ordem econômica normativa. Neste particular, embora de forma perfunctória,

mas nem por isso amputadora de conceitos, examina os mais relevantes fundamentos e princípios da ordem econômica na Constituição.

Em seguida, já na temática que é o fulcro de sua dissertação, analisa as normas tributárias estimuladoras como instrumento de regulação econômica, examinando a plurifacetada concepção dos incentivos fiscais, no plano nacional e internacional, à luz do modelo federativo brasileiro.

Quanto a este ponto, não se furta a fazer considerações sobre os princípios nucleares das hipóteses de imposição tributária no Brasil, inclusive abrindo campo para a flexibilização – única parte em que tenho sérias dúvidas, se não se estaria fragilizando todo o sistema – do princípio da tipicidade cerrada, sem se deter em considerações sobre o impacto que geraria nos princípios da reserva absoluta da lei formal e da estrita legalidade.

Considero a obra muito boa e, por tê-lo visto iniciar sua carreira na Universidade Mackenzie, estando eu há muito aposentado como professor daquela escola, honra-me prefaciá-lo este trabalho, fruto de uma excelente dissertação de mestrado.

Embora tenha por André Elali especial apreço, isso em nada influenciou o juízo de valor que faço sobre a excelência e seriedade de sua obra. Estou absolutamente convencido de que fará brilhante carreira profissional, assim como tenho certeza de que será um sucesso editorial este livro abordando temática que nem sempre os formalistas do direito têm coragem de enfrentar.

São Paulo, fevereiro de 2007.

Ives Gandra da Silva Martins

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIFMU, UNIFIEO, UNIP e da Escola de Comando e Estado Maior do Exército; Presidente do Centro de Extensão Universitária – CEU; Membro Benemérito da APET

1. PROPOSIÇÕES PRELIMINARES

A relação entre o direito e a economia tem sido cada dia mais enfatizada. E com razão. Enquanto a ciência econômica tenta encontrar soluções para a carência de recursos para a sociedade, a jurídica deve servir de instrumento de harmonização das relações sociais, limitando as liberdades, tutelando os direitos e garantias individuais e os interesses coletivos. Em outras palavras, as ciências jurídica e econômica, que são indissociáveis, devem se auxiliar mutuamente para a busca de soluções para os problemas enfrentados pela sociedade.¹

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

1. “Tanto o direito como a economia, enquanto saberes sociais, procedem pelo relacionamento de elementos descontínuos mas análogos, embora possam estabelecer entre eles relações de causalidade e de imputação, constantes estruturas evidentes ou normativas. Ambas, nesses termos, não captam o ser humano como natureza, mas o homem como positividade (ser que fala, que realiza trocas, que produz, que regula seu próprio conhecimento). Ou seja, seu objeto, enquanto ciências humanas, não é o homem, mas a efetualidade do seu relacionamento, da qual participam e na qual se refletem. E é na intersecção de evidências e normas, como projeto político, que se delinea o direito econômico” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio. In: NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 10).
2. São dele as seguintes ponderações: “Economics has changed the nature of legal scholarship, the common understanding of legal rules and institutions, and even the practice of law. [...] Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 4. ed. The Addison-Wesley series in economics, 2004. p. 2-4).