



REFLEXÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA DO ICMS E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

*Camila Beatriz Simm**
*Oksandro Osdival Gonçalves***

Resumo

O artigo discute o sistema da substituição tributária progressiva do ICMS, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. A substituição tributária, enquanto norma de direito econômico, é capaz de influenciar comportamentos de mercado e afetar a livre concorrência. Assim, o trabalho pretende demonstrar que a substituição tributária é um importante custo de transação que acaba por afetar a livre concorrência, podendo tornar um agente econômico mais competitivo que outro sem que haja, necessariamente, maior eficiência produtiva envolvida.

Palavras-chave

Análise econômica do direito. Intervenção do Estado. Tributação. Políticas Públicas. Substituição Tributária.

REFLECTIONS ON THE PROGRESSIVE ICMS TAX SUBSTITUTION AND THE PRINCIPLE OF FREE COMPETITION FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Abstract

This article aims to study the system of progressive tax substitution ICMS from the perspective of *Law and Economics*. The tax substitution, while economic law, is able to influence market behavior affecting even free competition. Thus, the work aims to demonstrate that the tax substitution is an important transaction cost which ultimately affect free competition and could become a more competitive economic agent to another without necessarily greater productive efficiency involved.

* Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor titular de Direito Comercial da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Comercial - Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

Keywords

Law and economics. State intervention. Tax. Public Policy. Tax substitution method.

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem por objetivo discutir a substituição tributária progressiva ou “para frente” do ICMS, conhecida também por ICMS-ST, porque gera reflexos não somente no campo do direito tributário, mas também na seara do direito econômico, especialmente no âmbito da concorrência.

A substituição tributária, como autêntica norma de direito econômico, promove uma intervenção do estado na ordem econômica que altera o processo de tomada de decisão dos agentes econômicos, impactando sobre a livre concorrência.

Nessa perspectiva, o escopo do trabalho é demonstrar que a substituição tributária do ICMS, enquanto norma de direito econômico, produz impactos sobre a livre concorrência. Para tanto, serão aplicados alguns postulados metodológicos da Análise Econômica do Direito (AED), em especial a teoria dos custos de transação.

Em termos estruturais, o trabalho está dividido em quatro partes. A primeira desenvolve um exame da ordem econômica brasileira, com seus fundamentos, os princípios e a relação entre tributação e concorrência no Brasil.

Na segunda parte, o estudo debruça-se sobre a substituição tributária progressiva do ICMS, analisando as principais críticas ao instituto, tais como as violações aos princípios constitucionais da segurança jurídica, do não confisco, da tipicidade tributária, da capacidade contributiva, da não-cumulatividade e o preceito constitucional de atribuição de competência tributária.

Em seguida, o estudo trata da Análise Econômica do Direito (AED), a qual utiliza instrumentais microeconômicos para examinar o processo de formação das normas jurídicas e seus impactos.

Na próxima unidade, o artigo passa a analisar dados secundários obtidos em estudo divulgado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), elaborado pela consultoria PricewaterhouseCoopers (PwC), que demonstra os impactos do ICMS-ST sobre o processo concorrencial.

O estudo, portanto, utiliza do método dedutivo ao promover uma revisão da literatura sobre o tema, e do método empírico ao utilizar dados secundários oriundos de pesquisa dotada de grande qualidade e profundidade.

2. A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

Segundo Vital Moreira, a ordem econômica consiste no conjunto de regras jurídicas que regem as relações econômicas (1978, p. 69). Para Eros Roberto Grau (2004, p. 63), é um “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”.

Em sua conformação atual, a ordem econômica brasileira apresenta um conjunto de princípios estruturantes que tratam da política urbana, agrícola e fundiária, bem como do sistema financeiro nacional. Para o estudo ora proposto será adotado um recorte para focar principalmente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, os quais ligam-se intimamente à política fiscal que originou o ICMS-ST.

A livre iniciativa é tanto um princípio como também fundamento da República Federativa do Brasil, o que torna clara uma opção do constituinte originário pelo sistema de produção capitalista (TAVARES, 2011, p. 234). Trata-se, entretanto, de um sistema capitalista abrandado pela mesma Constituição que a reconheceu, através de princípios como os da função social da propriedade, valorização do trabalho humano e da proteção e defesa do consumidor.

Assim, a livre iniciativa traduz a liberdade no âmbito do mercado, assim como nas relações econômicas (HACK, 2014, p. 385). No entanto, André Ramos Tavares (2011, p. 235) adverte que essa liberdade não se restringe à liberdade econômica, ou à liberdade de desenvolvimento de empresa, abrangendo também as demais formas de organizações econômicas, bem como as liberdades comercial e contratual.

Na verdade, a livre iniciativa abarca diversas variáveis, tais como: a liberdade de trabalho (refletida no exercício das mais diversas profissões); a liberdade de empreender (da qual decorre o risco do empreendimento, pois cabe ao empreendedor decidir o que produzir, o quanto produzir, fixar o preço final do produto ou serviço e assim por diante); a liberdade de associação, cujos pressupostos são o direito de propriedade e as liberdades de contratar e comerciar (TAVARES, 2011, p. 237).

Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira (2006, p. 108) ensina que o princípio da livre iniciativa, confere ao empreendedor a faculdade de instalar e realizar seus investimentos, bem assim de competir lealmente e auferir lucros de forma não abusiva. Em suma, da livre iniciativa decorrem as liberdades de instalação e alocação de recursos, de competição e de gestão.

Como já mencionado, existem limites jurídicos, econômicos e socioculturais que abrandam a livre iniciativa. Limites jurídicos, visto que há setores econômicos exclusivos do Estado, como serviços públicos e a exploração e monopólio de petróleo e gás mineral. Limites econômicos são observáveis nos

“monopólios naturais”, situações em que mais de um agente econômico encontra obstáculos de ordem física e tecnológica. Por fim, os limites socioculturais são aqueles em que o exercício da atividade econômica é limitado, a fim de preservar os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho (MOREIRA, 2006, p. 108).

Por isso, é plenamente admissível o condicionamento da livre iniciativa, a fim de garantir a justiça social e o bem-estar coletivo. Como exemplo, destacam-se as limitações impostas pela lei para o exercício de certas atividades econômicas, com vistas à preservação do interesse público (TAVARES, 2011, p. 239-240). Na mesma linha, destaca Luis Eduardo Schoueri (2007, p. 244), ao admitir limitações à livre iniciativa, que a ordem econômica não objetiva garanti-la em si mesma, mas promover a sua existência digna. Daí que aquela é garantida e protegida em razão desta.

Ao lado da livre iniciativa, a ordem econômica brasileira consagra a livre concorrência (art. 170, inciso IV, da CF/88). Ambas não se confundem, embora a última pressuponha a primeira, ainda que o inverso não seja verdadeiro (SCHOUERI, 2007, p. 244).

A livre concorrência, também alçada à condição de princípio da ordem econômica brasileira, garante a situação de igualdade de condições para os competidores, de forma que não hajam monopólios ou distorções de mercado (TAVARES, 2011, p. 256). Isso porque a concorrência é a situação na qual os agentes econômicos oferecem livremente aos consumidores seus produtos, conforme a lógica de mercado (RIBEIRO, 2012, p. 223).

Nesse contexto, a livre concorrência implica na liberdade de ingresso (proibida a estipulação de barreira de entrada e saída), liberdade de exercício e gestão (cada participante do mercado usa de seu poder econômico de forma leal, sem que possam cometam abusos). Ao mesmo tempo, proíbem-se violações a esse princípio mediante condutas dos próprios agentes ou sob a forma de estruturas empresariais (MOREIRA, 2006, p. 109).

Segundo Maria de Fátima Ribeiro (2012, p. 261), o princípio da livre concorrência não se resume à promoção de um estado de equilíbrio preocupado exclusivamente com a eficiência econômica. Ele também é abrandado e deve ser instrumento voltado ao atendimento de outros valores, como a existência digna, a justiça social pautada no trabalho humano e na livre iniciativa.

Nessa linha, livre concorrência não é sinônimo de ausência de intervenção do Estado na ordem econômica, tanto que a própria Constituição Federal prevê a possibilidade dessa interferência na economia para combater abusos

de poder econômico¹ e garantir uma justa concorrência (VOSGERAU; RIBEIRO, 2013, p. 105). Assim, o Estado age para preservar as “regras do jogo” para manter o equilíbrio dos “jogadores”, sem que a livre concorrência se transforme numa liberdade pura (TAVARES, 2011, p. 259).

Em conclusão, a ordem econômica brasileira adotou o sistema capitalista, consagrando os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Esses princípios não se confundem, pois, o primeiro reflete a liberdade na esfera econômica, enquanto o segundo preserva a igualdade de competição dos participantes do mercado. Tais princípios não prescrevem ausência total de intervenção do Estado no domínio econômico, pois tal ingerência é permitida justamente para promover a garantia de outros valores constitucionalmente relevantes. Nesse viés, a tributação é considerada um modo de intervenção estatal na economia que será estudada adiante para, depois, se avaliar o seu impacto sobre a livre concorrência.

2.1. Ordem econômica e tributação

A tributação é um modo de intervenção indireta do Estado no domínio econômico. De acordo com Érico Hack (2014, p. 234), os tributos, além de cumprirem a finalidade fiscal de arrecadar recursos aos cofres públicos, também podem apresentar uma finalidade extrafiscal, na medida em que induzem o comportamento dos agentes econômicos para a promoção da livre iniciativa.²

A relação entre tributação e concorrência é nítida, dado que os tributos têm grande influência na formação dos preços.³ Tanto é assim que a Constituição Federal conta com a previsão do art. 146-A⁴, em que se reconheceu a

¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

² Sobre o tema, recomendam-se ainda: SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro, Forense, 2005. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. UFRS, 2005. FOLLONI, André. **Isonomia na tributação extrafiscal**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 10, p. 201-220, jan/jun. 2014.

³ Sobre o tema, com ampla explicação sobre o sistema tributário brasileiro e estudos práticos de impacto dos tributos sobre o preço dos produtos, recomenda-se: KONKEL, Chrisciane Luana. **O impacto dos tributos na formação de preços**. Revista Maiêutica, Indaial, v. 2, n. 1, p. 13-23, 2016.

⁴ Art. 146-A. 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

relevância da tributação para garantir a livre concorrência (VOSGERAU; RIBEIRO, 2013, p. 104), na medida em que a ausência de concorrência leal é empecilho para o alcance do desenvolvimento econômico sustentável (GONÇALVES; GONÇALVES, 2013, p. 16).

Contudo, Maria de Fátima Ribeiro (2012, p. 268) adverte que a previsão do art. 146-A confere competências tão somente para a fixação de critérios especiais de tributação, com a finalidade de impedir que a tributação constitua um fator de desequilíbrio da concorrência. Não se trata, portanto, de competências para que o ente estatal crie novos tributos ou majore a carga tributária. Com efeito, o dispositivo constitucional afirma que lei complementar poderá prever critérios especiais de tributação e que seu objetivo é prevenir desequilíbrios concorrenciais, ou seja, a tributação poderá ser utilizada preventivamente. De outro lado, fica a dúvida a respeito da possibilidade do uso corretivo da tributação quando houver desequilíbrio na concorrência causado pela própria tributação, uma vez que a norma constitucional fala apenas em prevenção. Trata-se de jogo gramatical que não se justifica. Se da prevenção decorrer uma distorção o próprio legislador tem o dever de promover a correção que causou.

Na mesma linha de pensamento, Luis Eduardo Schoueri (2007, p. 265) afirma que a pretensão do aludido dispositivo constitucional é a de prevenir os desequilíbrios concorrenciais, permitindo-se ao legislador atuar de modo *ex-ante*. Não se almeja corrigir danos, mas sim estipular critérios de tributação que impeçam desequilíbrios que porventura possam aparecer em razão de uma legislação. Daí que resulta insuficiente a compensação dos agentes prejudicados em virtude dos desequilíbrios, pois estes devem ser evitados. Além de insuficiente, também parece pouco eficiente o dispositivo constitucional, na medida em que o fenômeno mais comum é aquele que ocorre *ex post*, ou seja, em que a lei tributária causa distorção e precisa ser corrigida para deixar de causar danos à concorrência.

Além disso, o art. 146-A da Constituição Federal acolheu explicitamente o princípio da neutralidade tributária. Em poucas palavras, a majoração e desoneração de tributos devem ocorrer de maneira mais neutra possível, sem que constitua um elemento importante nas decisões dos agentes econômicos no tocante a seus investimentos (VOSGERAU; RIBEIRO, 2013, p. 106). Fellipe Cianca Fortes e Marlene Kempfer Bassoli (2010, p. 241), ao enfrentarem o tema da neutralidade tributária sistematizam três aspectos: (i) igualdade de condições no jogo de mercado; (ii) ausência de barreiras estatais de ingresso e permanência no mercado; (iii) interferência estatal nula ou mínima no jogo de mercado.

Desse modo, a partir da noção de neutralidade tributária nenhum tributo pode causar desequilíbrio na concorrência, exceto para combater desigualdades existentes entre os próprios agentes econômicos. Ademais, sob a

perspectiva das barreiras, a neutralidade impõe que a exação não dê azo a impedimentos de ingresso ou permanência em mercado. Por fim, a interferência estatal mínima na seara tributária se expressa quando a formação dos preços se dá segundo as regras de mercado, sem interferência externa (VOSGERAU; RIBEIRO, 2013, p. 106), mesmo que esta seja oriunda de um tributo.

Ocorre que, o tributo jamais será completamente neutro. Trata-se de uma ideia mitológica que deve ser afastada para que a preocupação central seja a de estabelecer níveis ótimos de interferência da exação. Não é à toa que os tributos sempre carregam consigo custos de transação, maiores ou menores, mas eles jamais são inexistentes, e por isso devem ser considerados pelo Estado no momento da sua criação, aumento de alíquota, ou em qualquer outra alteração (GONÇALVES; GONÇALVES, 2013, p. 27-28). Neste mesmo sentido, Luis Eduardo Schoueri (2007, p. 253) alerta que tributos nunca são neutros, haja vista que são normas indutoras do comportamento dos contribuintes. O jurista afirma que a neutralidade tributária não se confunde com não interferência do tributo na economia, pois a neutralidade deve ser concebida em sua acepção mais restrita, qual seja, garantir igualdade de condições competitivas, de forma que produtos com condições similares devem estar submetidos à mesma carga fiscal (2007, p. 254).

Ademais, é preciso atentar para o fato de que o tributo, para além dos objetivos arrecadatórios, serve como fator relevante para promover o desenvolvimento, podendo, inclusive, induzir comportamentos, por exemplo, incentivando através de isenções a instalação de indústrias em uma determinada região do País (ver, Gonçalves, 2012). Trata-se de uma forma de garantir o desenvolvimento econômico nacional como um dos objetivos fundamentais da Constituição Federal.⁵ Esse fato condiciona a produção do direito tributário, bem como o desenvolvimento de sua doutrina, a qual deve estar voltada para um viés de cunho pragmático. Em decorrência disso, o estudo do direito tributário deve levar em consideração os efeitos que a norma acarreta para o ambiente sócio-econômico-ambiental, principalmente se atende ao prescrito pelo texto constitucional (FOLLONI, 2014, s/n)

Nesse contexto, os critérios para aferir a constitucionalidade de um tributo não estão mais restritos aos aspectos formais da regra matriz de incidência e das regras de competência. Urge analisar se a exação está em consonância com os princípios e objetivos previstos na Carta Magna (HACK, 2014, p. 396). Na mesma direção posiciona-se Maria de Fátima Ribeiro (2012, p. 264), ao declarar que os princípios constitucionais tributários e os princípios da ordem econômica estão em constante sintonia, visto que, numa relação jurídica, não

⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional (...).

basta averiguar somente os critérios da incidência da norma tributária, impende também investigar os efeitos da exação no mercado.

É inevitável, portanto, que a norma tributária produza efeitos no comportamento dos contribuintes e que são importantes como meio de intervenção no domínio econômico, destacando-se, assim, seu caráter indutor (SCHOUERI, 2007, p. 241). Há, dessa maneira, uma forte relação entre tributação e livre concorrência, visto que a primeira pode permitir que a segunda se aperfeiçoe, ou então, que esta não se realize justamente porque o tributo produziu um efeito não pretendido (SCHOUERI, 2007, p. 243). Em outras palavras, a livre concorrência deve justificar a criação da norma tributária.

Sobre o tema, é ilustrativo o estudo realizado a respeito dos incentivos fiscais concedidos às empresas do setor de refrigerantes que se instalam na Zona Franca de Manaus, a qual foi criada com o objetivo de promover o desenvolvimento na região amazônica, porém gerou graves distorções na concorrência do mercado de refrigerantes (GONÇALVES, 2012, p. 78). Isso ocorre porque as grandes empresas produtoras de refrigerantes conseguem instalar naquela região as fábricas de concentrados, insumo essencial para sua produção, e assim usufruem dos incentivos fiscais sem a contrapartida do desenvolvimento social da região amazônica, em total desrespeito aos objetivos pretendidos por ocasião da sua instituição. Ao revés, os fabricantes regionais de refrigerantes, por não terem condições de instalar fábricas de concentrados na região amazônica, não conseguem usufruir desses benefícios fiscais, causando, dessa forma, uma concorrência desleal atípica, com apoio do Poder Público e patrocinado pelo contribuinte brasileiro (GONÇALVES, 2012, p. 79-80).

Não restam dúvidas de que as políticas tributárias devem considerar os efeitos que podem produzir em certo mercado, já que podem ferir o princípio da livre concorrência, pois a criação de um imposto, um incentivo ou uma isenção podem alterar a formação de preços e, em última medida, inviabilizar o exercício da atividade empresarial (GONÇALVES; GONÇALVES, 2013, p. 29).

De todo o exposto, a relação entre tributação e livre concorrência ficou caracterizada, pois a primeira deve estar atenta à segunda. Daí a importância de se refletir sobre os efeitos de uma medida tributária na esfera concorrencial, visto que os tributos têm o papel de promover o desenvolvimento nacional, de maneira que os critérios de constitucionalidade das normas tributárias não se limitam aos seus aspectos formais, mas também a observância do conjunto de valores constitucionalmente reconhecidos.

Fixados tais parâmetros, é tempo de se estudar o instituto da substituição tributária progressiva do ICMS, sob a perspectiva do direito tributário. Assim, será possível compreender quais as relações existentes entre substituição tributária e princípio constitucional da livre concorrência.

3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS

A sujeição passiva em matéria tributária está regulada nos artigos 128 a 138 do CTN. Em princípio, o sujeito passivo é o contribuinte, conhecido como “destinatário legal tributário” ou “destinatário constitucional tributário”, o sujeito que realiza o fato jurídico-tributário (GRUPENMACHER, 2014, p.315-316).

No entanto, por razões de eficiência arrecadatória, a obrigação tributária é exigida de um terceiro que não praticou o fato imponible, mediante previsão legal. Cuidam-se das hipóteses de responsabilidade tributária, manifestada em suas duas modalidades, quais sejam: transferência e substituição (GRUPENMACHER, 2014, p. 318).

Por um lado, a transferência é a modalidade de responsabilidade em que embora definido o contribuinte, ou seja, aquele que praticou o fato jurídico tributário, o legislador determina, em virtude de outro fato (distinto do fato jurídico tributário), que outro indivíduo responderá (de forma solidária ou não) pelo recolhimento devido pelo contribuinte (SCHOUERI, 2015, p.565).

Por outro lado, a substituição tributária é o regime pelo qual se atribui ao substituto o dever de recolher o seu tributo, bem como o tributo do substituído. Segundo Rodrigo Maito da Silveira, substituição tributária: “(...) consiste em um fenômeno pelo qual um substituto, em virtude de determinação legal, fica no lugar do contribuinte de fato, sendo responsabilizado pela obrigação tributária” (SILVEIRA, 2011, p. 231). Não apenas pelo adimplemento dos débitos tributários, pois ao substituto cabe, também, o cumprimento de obrigações acessórias do substituído (CARRAZA, 2012, p. 372).

A doutrina distingue a substituição tributária em regressiva (ou “para trás”) e progressiva (ou “para frente”).⁶ Na substituição tributária regressiva, a lei estabelece que o tributo será pago pelo substituto na próxima etapa da operação jurídica, fazendo-o, em nome do substituído (CARRAZA, 2012, p. 372). Cuida-se de diferimento da cobrança do imposto devido pelo substituído das etapas produtivas anteriores, concentrando, dessa maneira, nas mãos do substituto o dever de recolher os tributos relativos a fatos geradores que antecederam a sua atuação (SILVEIRA, 2011, p. 233).

Por sua vez, a lógica da substituição tributária progressiva consiste na atribuição da obrigação de arrecadar o tributo a um terceiro que se encontra numa fase anterior à ocorrência do fato gerador, ao invés de tal ônus estar a cargo do contribuinte que praticou o fato desencadeador da relação jurídico

⁶ Esta classificação tem por base o momento da ocorrência do fato gerador. Se o fato gerador precedeu ao recolhimento do tributo, a substituição é regressiva, porém, se o tributo foi adimplido antes da materialização do fato gerador, cuida-se de substituição tributária progressiva.

tributária (FREITAS; STÁBILE, 2009, p. 1073). Cuida-se de um regime de tributação monofásica, em que todo o imposto é recolhido ou na indústria ou no importador, adotando-se como base de cálculo o preço de venda previsto ao consumidor final, não cabendo o direito de creditamento ao adquirente das mercadorias (BIAVA JÚNIOR, 2014, p. 3).

Roque Antonio Carrazza (2010, p. 390-391) esclarece que o Fisco não tem “dons divinatorios”, sendo que o valor a ser recolhido a título de substituição tributária é presumido, a partir de critérios de verossimilhança e razoabilidade, de acordo com os preços praticados pelo mercado.⁷ Entretanto, se o fato impondível deixar de se consubstanciar ou ocorrer por valor inferior ao estimado, o substituto faz jus à restituição da quantia paga ou, eventualmente, deverá pagar a maior caso o valor seja superior ao estimado.

Feitos os esclarecimentos gerais acerca do regime de substituição tributária, importante tecer breves comentários acerca do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). É possível identificar, ao menos, cinco impostos diferentes no ICMS, que são: (i) imposto sobre operações mercantis; (ii) imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; (iii) imposto sobre serviços de comunicação; (iv) imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e (v) imposto sobre extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais (CARRAZZA, 2012, p. 40-41).

Este tributo substituiu o antigo Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC), com a reforma tributária de 1965, por meio da Emenda Constitucional 18/65⁸ (BIAVA JÚNIOR, 2014, p. 9). O IVC, imposto plurifásico, tinha por empecilho a característica da cumulatividade, ocasionando a tributação “em cascata” dos produtos. Isso estimulou a verticalização da produção, bem como acarretou perda de competitividade dos empreendedores de menor porte, pois se submetiam a diversas incidências da exação em comento, acarretando um aumento do preço das mercadorias (FREITAS; STÁBILE, 2009, p. 1075). Para remediar tal situação, surgiu o ICMS, igualmente plurifásico, mas com o diferencial da não-cumulatividade.

Em realidade, o ICMS incide sobre as operações jurídicas travadas nas diversas etapas da cadeia produtiva até alcançar o consumidor final, daí que é

⁷ Estas previsões nem sempre correspondem à realidade. Érico Hack (2014, p. 399-400) exemplifica que no mês de abril de 2014, o ICMS do Estado do Paraná para a cerveja Skol Pilsen lata de 350 ml incidia sobre a base de cálculo presumida de R\$ 2,17. No mesmo período encontrou-se no varejo de Curitiba o mesmo produto por R\$ 1,79. Nessa hipótese, a tributação recaiu sobre um valor que não se coaduna com a realidade da operação, ocasionando cobrança a maior do tributo.

⁸ O IVC foi substituído pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), que com a Constituição Federal de 1988 tornou-se Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Trata-se do mesmo imposto, com a diferença de que o Constituinte originário ampliou a base de cálculo do aludido imposto, integrando alguns serviços (FREITAS; STÁBILE, 2009, p. 1075).

considerado plurifásico (FREITAS; STÁBILE, 2009, p. 1075). Já a não-cumulatividade deriva do abatimento pelo contribuinte do imposto que foi pago nas etapas anteriores. Por esse princípio, garante-se a não oneração do consumo para além das alíquotas máximas previstas para determinada operação. A não observância da não-cumulatividade enseja alíquotas maiores que a previsão legal, assim como onera em demasia o contribuinte (FREITAS; STÁBILE, 2009, p. 1076).

A substituição tributária tem fundamento no art. 150, §7º⁹ da Constituição Federal de 1988, e no art. 155, §2º, XII, “b”¹⁰, do Texto Constitucional (ROCHA, 2012, p. 160-161), sendo que a lei complementar que prevê a hipótese de substituição tributária do ICMS é a LC 87/96, também conhecida por Lei Kandir.

Não obstante as previsões constitucional e infraconstitucional acerca da substituição tributária do ICMS, tal instituto é fortemente criticado pela doutrina. Uma das razões principais é o fato de que na substituição tributária “para frente” pressupõe-se que o fato impositivo ocorrerá no futuro, sendo, por consequência, possível sua cobrança antecipada. Nessa situação, impera flagrante violação ao princípio do não confisco, porque a obrigação sequer existe, sendo incorreto, a rigor, falar em substituição de sujeito passivo da relação jurídica tributária (CARRAZZA, 2012, p. 373).

Carrazza (2012, p. 375/376), um dos maiores críticos ao regime da substituição tributária progressiva do ICMS, discorre que tal sistemática de exação prevista no art. 150, §7º seria inconstitucional por violar o princípio e cláusula pétrea da segurança jurídica em seu duplo viés: certeza do direito e proibição do arbítrio. A inconstitucionalidade persiste, mesmo com a previsão constitucional de restituição do tributo pago a maior.

Além disso, José Eduardo Soares de Melo (2008, p.198) ensina que o regime da substituição tributária também desrespeita o princípio da tipicidade tributária, corolário da estrita legalidade tributária, em razão da exigência de ICMS antes da ocorrência do fato impositivo. Ainda, viola-se o preceito constitucional atributivo de competência tributária aos Estados-membros, vez que, ao definir o fato signo-presuntivo de riqueza, automaticamente já se indica o destinatário legal do tributo. Ademais, o princípio da capacidade contributiva

⁹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) § 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

¹⁰ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) XII - cabe à lei complementar: (...) b) dispor sobre substituição tributária (...).

é ignorado, na medida em que o regime importa em onerarão do patrimônio do substituto, na proporção do fato jurídico tributário praticado por outrem

Da mesma forma, a substituição tributária, além de converter o imposto em monofásico, extirpa a não-cumulatividade. Por tal sistemática, o substituto é compelido a pagar o imposto devido nas operações seguintes, antes mesmo de tais operações ocorrerem, sem a possibilidade de as empresas distribuidoras beneficiarem-se do direito de crédito que lhes é conferido através do princípio da não-cumulatividade (CARRAZZA, 2012, p. 389).

O Supremo Tribunal Federal, de certo modo, reconheceu algum nível de ilegalidade no sistema do ICMS-ST ao decidir que é devida a restituição do que foi pago a maior em razão do regime de substituição tributária, baseado no fato de que tal modelo cria ficticiamente um valor que difere daquele verificado realmente. Sobre o tema, colhem-se alguns julgados representativos da situação atual da jurisprudência:

... É constitucional a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para a frente, nos casos em que a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. Precedente: recurso extraordinário nº 593.849/MG, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relator o ministro Edson Fachin ...¹¹

... . A orientação do Supremo Tribunal Federal, firmada em sede de repercussão geral, é no sentido ser “devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. ...¹²

Conclui-se, neste ponto, que sistema do ICMS-ST é ilegal por antecipar o valor de preços praticados pelo mercado sem que este os tenha efetivamente fixado. Antecipa, assim, o recolhimento do tributo, o que torna mais eficiente o processo de arrecadação, olvidando, contudo, dos custos de transação dessa opção. Contudo, para melhor compreender a substituição tributária no âmbito do Direito Econômico, propõe-se o uso do instrumental fornecido pela Análise Econômica do Direito.

4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A Análise Econômica do Direito (AED) é o campo do conhecimento que aplica diversas ferramentas das ciências econômicas e afins com a finalidade

¹¹ (RE 392570 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 09-03-2018 PUBLIC 12-03-2018)

¹² (RE 556259 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 06-09-2017 PUBLIC 08-09-2017)

de melhor compreender o fenômeno jurídico, assim como aperfeiçoar, desenvolver, aplicar e avaliar as normas jurídicas, principalmente no tocante aos seus resultados (GICO JR., 2011, p. 18). Em suma, a Análise Econômica do Direito é um movimento¹³ que se utiliza de métodos econométricos para a investigação de institutos jurídicos (CALIENDO, 2009, p. 14).

Trata-se de um movimento de grande impacto na literatura jurídica da segunda metade do século XX, tendo surgido primeiro nos Estados Unidos em trabalhos realizados nas Universidades de Chicago e Yale, e depois se espalhado pelo mundo (SALAMA, 2008, p. 5).

A primeira manifestação da interação entre Direito e Economia deu-se a partir da década de 1930 quando Ronald Coase publicou o artigo *The Nature of Firm*, no qual afirmou que a obtenção de um produto através do sistema de mercado deveria considerar mais do que o seu preço, pois, além do valor de troca, em uma negociação existem os chamados custos de transação (COASE, 1937, p. 390). Assim, a realização de contratos pressupõe a assunção de custos de pesquisa, informação, negociação e fiscalização, os quais podem ser tão altos a ponto de inviabilizar a aquisição de algo através do mercado (ALMENDANHA, GONÇALVES, 2014, p. 56/57). Por isso, para o festejado autor está justificada a criação de firmas, para diminuir custos de transação a partir da internalização de negociações que seriam realizadas em uma estrutura de mercado. Se os custos de transação fossem zero, a opção entre se utilizar do sistema de mercado ou da internalização seria indiferente para a firma, porém, como não o são, a eleição depende dos custos envolvidos em cada uma das duas hipóteses (EZCURRA, 2010, p. 314).

O segundo trabalho de Coase foi ainda mais impactante (POSNER, 1993, p. 195), intitulado *The Problem of Social Cost*, em que ele procura demonstrar que problemas entendidos como resultados naturais do sistema de mercado, como danos ambientais ou a terceiros, supostamente passíveis de solução unicamente por meio da regulação estatal, poderiam ser evitados através de arranjos privados de barganha, sem haver a necessidade de uma lei específica que preteritamente atribuía o direito a um ou outro envolvido (COASE, 2008, p. 4).

Mais tarde, outro expoente da matéria, Richard Allen Posner sustentou que ao promover a maximização da riqueza social o direito seria eficiente. Basicamente, ele defende ser melhor o direito prezar pela maximização de riquezas do que pela maximização da felicidade do homem, pois aquela cultiva nas pessoas virtudes que devem ser protegidas e que levam ao progresso

¹³ AED é um movimento, abrangendo diversas escolas, algumas divergentes entre si. Exemplo: Escola das Escolhas Públicas, Escola de Chicago e Escola da Nova Economia Institucionalista.

econômico bem como fornece bases mais sólidas para uma teoria da justiça distributiva e corretiva (POSNER, 2010, p. 82-83).

Márcia Carla Ribeiro e Irineu Galeski Junior (2015, p. 83) asseveram que tal movimento introduz no sistema jurídico conceitos como “valor”, “utilidade” e “eficiência”, os quais são correntes nas ciências econômicas, admitindo a sua aplicação nos mais diversos ramos do direito, desde aqueles mais evidentes, como é o caso do direito da concorrência e contratos mercantis, até setores jurídicos aparentemente menos prováveis de aplicação, tal como o direito penal e de família (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 83).

Após este breve retrospecto histórico é preciso avançar sobre as premissas que orientam a AED. A primeira delas é a de que os indivíduos são racionais, ou seja, diante de uma situação em concreto, a pessoa identifica os resultados pretendidos (valores), traça as ações que podem ser tomadas para alcançar tais resultados (opções), e determina o quanto cada ação contribui para concretizar a meta pretendida, bem como os seus custos (valorização), para, então, adotar aquela que melhor contribui para a realização do resultado (MACCAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31). E essas escolhas são consistentes, completas e transitivas. Por exemplo, se um sujeito prefere “A” a “B”, mas prefere “B” a “C”, então prefere “A” a “C” ($A > B$ e $B > C$, então, $A > C$) (CARVALHO, 2008, p. 187-188).

Nesse cenário, o *homo economicus* concebe as normas jurídicas segundo a perspectiva de incentivos. Assim, as normas jurídicas, principalmente suas sanções, são processadas como preços a serem despendidos pelos seus destinatários. Com isso, ao se identificar a sanção como um preço, os indivíduos, considerados racionais, pautam suas condutas conforme custos e benefícios (GONÇALVES; RIBEIRO, p. 82-83). Transportando essa premissa para o caso concreto do ICMS-ST, tem-se que os agentes econômicos reagem às regras tributárias vislumbrando preços que geram custos que precisam ser considerados no processo de escolhas a serem tomadas. Assim, não é demasiado exagero sustentar que o processo decisório é influenciado substancialmente pelo ICMS-ST, impactando sobre a decisão de lançar e comercializar um determinado produto.

A segunda premissa refere-se ao equilíbrio. Para compreendê-lo, parte-se da constatação de que o mercado é o espaço de liberdade mais adequado para se realizar livremente as trocas, através de barganha com os demais agentes a fim de obter o que se deseja mediante cooperação. Contudo, num certo momento, instaura-se o equilíbrio, vez que as trocas se realizam até que seus custos associados se igualem aos benefícios obtidos, a partir disso, as trocas não mais ocorrem (GICO JR., 2015, p. 24). No caso do ICMS-ST, a sua incidência pode gerar um desequilíbrio impossível de ser solucionado pela barganha, o que também pode inviabilizar a realização de negócios.

Por fim, a última premissa da AED é a eficiência. Nesse contexto, havendo duas escolhas, prioriza-se aquela que proporcione maior bem-estar, observados que os agentes envolvidos se encontram em posições homogêneas. E, justamente, a AED visa o melhor bem-estar, a melhor alocação dos recursos, atingindo o bem-estar conforme os parâmetros morais (RIBEIRO, GALESKI JÚNIOR, 2015, p. 103). Numa perspectiva jurídica de eficiência, defende-se que uma lei é considerada eficiente em relação à outra, se a primeira alcançar os mesmos propósitos mediante um custo inferior. Custos não se resumem a aspectos de cunho financeiro, abarcam, da mesma forma, custos pessoais, morais, externalidades, custos de oportunidade e custos de transação (GONÇALVES; RIBEIRO, 2013, p. 83).

Levando em consideração esses pressupostos, os estudiosos classificam a AED em positiva ou normativa. A AED positiva é aquela em que se investiga o que é a norma, sua racionalidade, as consequências da aplicação de uma ou outra regra. Em resumo, trata-se de uma abordagem descritiva de resultados preditivos (GICO JR., 2015, p. 21). Por outro lado, a AED, em seu viés normativo, auxilia nas escolhas mais eficientes, por exemplo, eleger o melhor arranjo institucional de acordo com um vetor normativo predefinido (GICO JR., 2015, p. 21).

Assim, resta demonstrado que a AED é uma abordagem que oferece inúmeras vantagens, pois permite analisar os efeitos das normas. Para além da análise dos efeitos destas, pode-se construir uma fundamentação da norma, por meio da verificação de balanço positivo dos seus efeitos. Ainda, é possível verificar qual seria a regra desejável, a partir da verificação de qual norma seria a mais eficiente e compará-la com uma regra existente (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 666-669).

Ante a falta de um método de aplicação da AED, Macckay e Rousseau (2015, p.669-674) aduzem que as suas etapas envolvem a análise dos incentivos da norma. Como regras diferentes implicam custos diferentes, comparam-se resultados entre regras diferentes. Após, constatam-se os objetivos adjacentes. É dizer, o legislador deveria preferir normas que gerem custos menores. Ademais, impera investigar os custos de transação, que nada mais são do que os encargos impeditivos de uma negociação desejável. Por fim, realizam-se estudos empíricos, como aquele que será abordado no tópico seguinte, para averiguar a adequação dos modelos formulados com a realidade.

Essa abordagem é de grande utilidade para este estudo, vez que a substituição tributária progressiva do ICMS gera expressivos custos de transação para os agentes econômicos situados em um mesmo mercado, dessa forma, é preciso avaliar se os impactos gerados são custos de transação relevantes a ponto de alterar o processo de concorrência de tal sorte que alguns agentes econômicos são beneficiados em relação aos demais, afrontando-se a neutralidade tributária, a livre iniciativa e a livre concorrência.

5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Dada uma certa norma tributária, tem-se um processo de avaliação dos seus impactos pelos agentes econômicos que sofrem os seus efeitos para que possam decidir como devem reagir. Por exemplo, o aumento de uma alíquota inicia um processo de recálculo do impacto sobre o preço final do produto e poderá ensejar uma decisão do agente econômico para repassar o custo, com impacto para o consumidor.

Assim, se uma norma tributária afeta a concorrência, ela é considerada uma falha de mercado e precisa ser corrigida, haja vista que produz custos de transação desnecessários (GONÇALVES, GONÇALVES, 2013, p.23). Paulo Caliendo (2009, p. 23) afirma que o empreendedor deve refletir detidamente, antes de estabelecer uma empresa formal, se os custos de transação advindos de uma questão tributária não são superiores aos custos de uma empresa informal, e cita alguns exemplos de custos de transação na seara tributária: i) insegurança jurídica; ii) sonegação; iii) burocracia fiscal, iv) incentivos fiscais e iv) elevadas penalidades em matéria tributária.

Como visto, custos de transação são os gastos necessários para a efetivação de transações entre agentes e, por isso, não é à toa que tributos são sempre considerados custos de transação (GONÇALVES, GONÇALVES, 2013, p.25). É claro que isso não justifica a eliminação por completo da tributação, o que se almeja é que esta atinja patamares de eficiência econômica de tal monta que não comprometam a atividade da iniciativa privada (CARVALHO, 2008, p. 194).

Segundo Adriano Alves Klein (2012, p. 137), a substituição tributária do ICMS pode ser vista pela AED a partir da compreensão dos temas relativos a falhas de mercado e eficiência. Para Roberto Ferraz, a substituição tributária surgiu em virtude de uma injustiça verificada em termos macrológicos, a saber, a violação à livre concorrência ocasionada pelo distinto tratamento fiscal adotado e pela constante sonegação verificada numa região do país. Trata-se de caso envolvendo concessionários de veículos do Sul e Sudeste. Este pedido foi motivado pela notória redução de alíquotas interestaduais, com vistas a incentivar a arrecadação no destino, mormente pelos Estados das regiões menos industrializadas, como Norte e Nordeste. Aliado a isso, a região Nordeste vivia no final dos anos 80 um contexto de considerável sonegação, de magnitude tal que as concessionárias nordestinas passaram a concorrer com as concessionárias do Sul e Sudeste, com a diferença de que as primeiras praticavam preços de venda inferiores às últimas (FERRAZ, 2007, p. 363-365).

Sob a ótica fazendária, o instituto facilita a atividade dos entes tributantes (SILVEIRA, 2011, p. 232), todavia, este não é o único ângulo de apreciação do problema.

Paradoxalmente, embora a substituição tributária tenha surgido para combater um processo de concorrência distorcida por incentivos para aumento de arrecadação, acabou por gerar outras formas de distorção igualmente danosas. Com efeito, a substituição tributária é construída segundo os preços médios de mercado, acarretando graves distorções concorrenciais, pois a base de cálculo das etapas subsequentes está assentada em valores presumidos e, por isso, a tributação acaba incidindo sobre um valor que não guarda necessariamente compatibilidade com a realidade (VOSGERAU; RIBEIRO, 2013, p. 109/116).

6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS E LIVRE CONCORRÊNCIA

Visando acrescentar um caráter empírico ao estudo, buscou-se identificar pesquisas de campo que pudessem corroborar o argumento jurídico apresentado.

Assim, verificou-se que a Confederação Nacional da Indústria (CNI) encomendou um estudo à PricewaterhouseCoopers (PwC) referente à substituição tributária de ICMS de abrangência nacional. Este estudo foi publicado em março de 2011, mas se mantém atual. Os resultados da pesquisa indicam os altos custos de transação que o regime de substituição tributária “para frente” pode proporcionar.

Segundo dados da CNI, os preços das mercadorias submetidos ao regime de substituição tributária progressiva são, em média, 5% maiores, se estivessem compreendidas no regime comum de tributação do ICMS. Além disso, as empresas submetidas à substituição progressiva precisam reduzir 5,6% da margem de lucro para que o preço final das suas mercadorias equivallesse ao preço das mesmas mercadorias não sujeitas a esse regime de arrecadação (PwC, 2011, p.5).

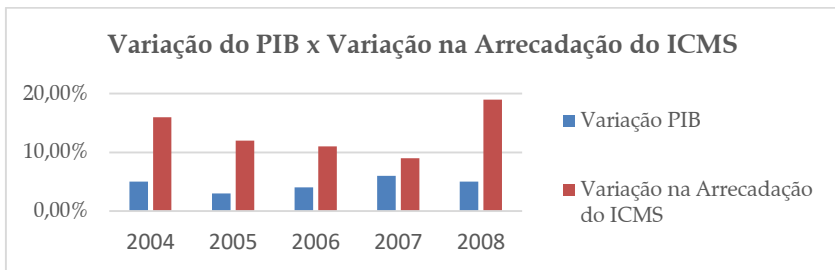
Ademais, houve ampliação injustificada do regime de substituição tributária pelos Estados, alcançando mercadorias que não precisariam estar sujeitas a tal sistemática. Em outras palavras, produtos que não refletem altos níveis arrecadatórios de tributos, mercadorias de fácil fiscalização, bem como aquelas que não contam com diversos fornecedores ou com uma cadeia produtiva pulverizada também foram incluídas no regime da substituição tributária progressiva (PwC, 2011, p.5).

Também, cabe pontuar que o capital de giro das empresas substitutas diminuiu, dado que precisam adiantar o recolhimento do tributo. Os substitutos tributários pagam seu respectivo imposto, bem como adiantam o ICMS devido pelos substituídos antes mesmo da venda da mercadoria ao consumidor

final. Segundo sondagem realizada pela CNI em novembro de 2006¹⁴, o prazo médio de recebimento pelas vendas realizadas é de 45 dias. Porém, 43% das empresas consultadas afirmaram que o prazo médio de recebimento supera 45 dias e, para 36% dos empresários, esse prazo varia de 31 a 45 dias (PwC, 2011, p.21).

Como resultado do adiantamento do recolhimento do imposto, vislumbra-se a diminuição do capital disponível para investimentos, ao mesmo tempo em que inviabiliza a redução de custos e conduz ao aumento de preços dos produtos. Com efeito, em geral os regulamentos de ICMS e leis complementares dos Estados-membros estipulam o recolhimento do ICMS submetido à substituição no mês subsequente à venda efetuada pelo contribuinte substituto, como regra (PwC, 2011, p. 21-22).

Sob a ótica do agente tributário, houve aumento da arrecadação tributária, conforme se observa no quadro abaixo:



O gráfico acima, elaborado pela PwC, demonstra que a arrecadação do imposto aumentou em 47%, ao passo que o aumento do PIB foi de 26,5%, em valores nominais, compreendido o período de 2004 a 2008 (PwC, 2011, p. 6).

Em face de tais resultados, a PwC sugeriu o remodelamento da sistemática da substituição tributária, para que se aumente o prazo de recolhimento do tributo. Reforçou, da mesma forma, a necessidade de o sujeito ativo devolver o que foi pago a maior pelo contribuinte, nos casos em que as margens de valor agregado superarem o valor praticado no mercado. Ademais, ressaltou a excepcionalidade de tal regime de tributação, o qual deve estar restrito aos produtos cuja produção seja pulverizada, de difícil fiscalização e que representem considerável importância em termos arrecadatórios (PwC, 2011, p. 6).

Rodrigo Maito da Silveira (2011, p.233) defende que a adoção da substituição tributária deve estar sustentada pela ideia de neutralidade em relação aos produtos não submetidos a tal sistemática de tributação, de forma que o

¹⁴ Informações obtidas mediante Sondagem Especial realizada pela CNI em novembro de 2006. Essa sondagem que investigou o prazo de recebimento das vendas na indústria brasileira entrevistou 451 empresas industriais, 372 pequenas e médias e 79 grandes. O período de coleta dessas informações compreende os dias de 21 de setembro a 2 de outubro (PwC, 2011, p. 21).

tributo pago na substituição tributária seja o mesmo daquele não submetido a esta. Nessa perspectiva, o princípio da neutralidade fiscal limita o poder de tributar do Estado para que este não inviabilize as atividades econômicas mediante tributação, preservando-se a livre iniciativa e a livre concorrência (FORTES; BASSOLI, 2010, p. 252).

Assim, a criação de impostos, taxas, incentivos e outros deve ser antecedida pela reflexão acerca dos efeitos que implicará no mercado (GONÇALVES, GONÇALVES, 2013, p. 29). Sob a perspectiva do Direito Econômico, a substituição tributária é aceitável desde que afete minimamente o mercado, ou seja, desde que o princípio da livre concorrência seja preservado (FERRAZ, 2007, p. 370/371).

Em realidade, Roberto Ferraz (2007, p. 371) defende que a substituição tributária do ICMS se justifica nas situações em que se preserva o princípio da livre concorrência, de maneira que o art. 150, §7º deve ser interpretado em consonância com o art. 170, IV, ambos da Constituição Federal.

Dessa forma, a pesquisa realizada pela PwC, patrocinada pela CNI, concluiu que a substituição tributária progressiva do ICMS, embora seja eficiente sob a ótica da arrecadação fiscal, causa custos de transação consideráveis aos empreendedores, contrariando o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, o que torna ineficiente sob tal viés.

7. CONCLUSÕES

A ordem econômica brasileira prestigiou o capitalismo, ao adotar dentre os seus princípios os da livre iniciativa e da livre concorrência. Esses princípios não garantem ausência completa de intervenção do Estado no domínio econômico, em especial aquela que ocorrer mediante o uso da tributação.

Ocorre, entretanto, que o processo de intervenção do Estado não pode desconsiderar a necessária interação principiológica constitucional, ou seja, a instituição de uma dada regra intervencionista não pode afrontar princípios da ordem econômica. Logo, a instituição da substituição tributária do ICMS não pode afrontar os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Premissas como a facilidade para a administração pública e o combate à sonegação não podem ser pensados sem essa necessária interação, sob pena de a correção de um problema gerar outro, de igual ou até maior magnitude.

Assim, além dos aspectos formais é preciso atender a valores constitucionais, harmoniza-los e ponderar custos, vantagens e desvantagens.

No caso em concreto, a substituição tributária progressiva estipula a obrigação de recolhimento do tributo antes da própria materialização do fato gerador, além de antecipar o pagamento e retirar do agente econômico importantes recursos que estariam melhor alocados no exercício da livre iniciativa.

Desse modo, o artigo constata que a substituição tributária viola, também, os princípios da segurança jurídica, do não confisco, da tipicidade tributária, da capacidade contributiva e da não-cumulatividade.

A aplicação da AED para o estudo do tema demonstrou que os custos de transação impostos pelo regime da substituição tributária progressiva do ICMS, gera graves distorções concorrenciais, tornando o processo de trocas econômicas manifestamente ineficiente. Logo, a conclusão é de que a substituição tributária não produz o maior bem-estar, porque repercute nos preços finais ao consumidor. Além disso, de modo geral o motivo para sua aplicação está mais relacionado com a perspectiva de aumento da arrecadação pelo lado do Fisco, do que da maior eficiência no recolhimento de impostos, o que torna o sistema ainda mais deletério por influenciar substancialmente o processo de concorrência entre os agentes econômicos.

Nesse cenário, verifica-se que a substituição tributária do ICMS é um instrumento que pode ser utilizado para promover a concorrência, mas apenas de modo excepcional, de acordo com a situação em concreto, e não como é atualmente utilizado eis que, como já salientado, tem apenas a finalidade arrecadatória. Sob tal viés, a utilização descabida da substituição tributária aumenta os custos de transação para os agentes econômicos, causando o aumento do preço dos produtos (perda de bem-estar geral para a sociedade), a redução do capital de giro das empresas (perda de bem-estar para a empresa) e a não restituição do valor pago a maior pelo ICMS (perda de bem-estar para a empresa), motivo pelo qual conclui-se que o sistema em discussão é predominantemente ineficiente.

REFERÊNCIAS

ALMENDANHA, Cristina Malaski; GONÇALVES, Oksandro. Análise econômica do óbito no direito societário. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. V. 34.1, jan/jun. 2014, p. 51/63.

BIAVA JÚNIOR, Roberto. Substituição tributária no ICMS: apontamentos em face do princípio da livre concorrência. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 2, n.2, 2014, p. 1-37.

BRASIL. RE 392570 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 09-03-2018 PUBLIC 12-03-2018)

BRASIL. RE 556259 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 06-09-2017 PUBLIC 08-09-2017)

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

CARRAZZA, Roque Antonio. O ICMS e o Regime de Substituição Adotado. *In*: FERREIRA NETO, Arthur M.; NICHELLE, Rafael (Coord.). **Curso avançado de substituição tributária**: modalidades e direitos dos contribuintes. São Paulo: IOB, 2010, p. 371-404.

_____. **ICMS**. 16ª Edição. Revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do Direito Tributário. *In*: SCHOUERI, Luis Eduardo. (Coord.). **Direito tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COASE, Ronald. **The nature of firm**. *Economica*, New Series, vol. 4, n. 16, nov. 1937.

COASE, Ronald. **O problema do custo social**, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: Vol. 3: No. 1, Article 9, 2008, p. 4. Disponível em: <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9> Acessado em 06 abr 2016.

EZCURRA RIVERO, Huáscar. Privaticemos la insolvência. **Latin american and caribbean Law and economics association (ALACDE) Annual Papers**, Berkeley Program in Law and Economic, UC Berkeley, 2010.

FERRAZ, Roberto. O Consumo, a Concorrência, o Mercado e as Distorções da Substituição Tributária (para Frente). *In*: OLIVEIRA, Valdir de. (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**, 11º volume. São Paulo: Dialética, 2007, p. 359-379.

FOLLONI, André. O papel do direito tributário no desenvolvimento nacional. *In*: **Anais do XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20dd77ae36c56353>. Acesso em: 10/09/2014.

FOLLONI, André. **Isonomia na tributação extrafiscal**. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 201-220, jan/jun. 2014.

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.

FREITAS, Renato Alexandre da Silva; STÁBILE, Gustavo Henrique. A substituição tributária progressiva no recolhimento do ICMS e os prejuízos à eficiência econômica. *In*: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2572.pdf. Acesso em: 28/07/2015.

GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos Fiscais uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis Law Review**, v. 4, nº 1, p. 79-102, Jan-Jun/2013.

GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os Incentivos Tributários na Zona Franca de Manaus e o Desequilíbrio Concorrencial no Setor de Refrigerantes. **Economic Analysis Law Review**, v. 3, nº1, p. 72-94, jan-jun/2012.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Tributação, concorrência e desenvolvimento sustentável. *In*: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 9ª Edição. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 63.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Sujeição passiva e responsabilidade tributária. *In*: SABBAG, Eduardo (Org.). **Estudos tributários**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HACK, Érico. Tributação: Compatibilidade com livre-iniciativa e a liberdade na Constituição de 1988. *In*: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). *In*: **Tributação: Democracia e liberdade**. São Paulo: Noeses, 2014.

KLEIN, Adriano Alves. Substituição Tributária e Concorrência: uma Visão pela AED. **Revista Síntese de Direito Empresarial**, v.5, n. 29, nov/dez. 2012, p. 122-144.

KONKEL, Chriciane Luana. **O impacto dos tributos na formação de preços**. Revista Maiêutica, Indaial, v. 2, n. 1, p. 13-23, 2016.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. UFRS, 2005.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**. 10ª Edição. São Paulo: Dialética, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, nº 45, p. 103-111, 2006.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3ª Edição. Coimbra: Centelha, 1978.

POSNER, Richard A.. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A.. **Nobel Laureate: Ronald Coase and Methodology**. The Journal of Economic Perspectives 7.4 (1993).

PwC. **A substituição tributária do ICMS no Brasil**. Março de 2011. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2012/09/04/206/20121123175026561531i.pdf. Acesso em: 23/05/2015.

RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Reflexos da Tributação no Desequilíbrio da livre Concorrência. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. **Novos horizontes da tributação: um diálogo luso-brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 209-327.

ROCHA, Paulo Victor Vieira da. **Substituição Tributária e Proporcionalidade: entre capacidade contributiva e praticabilidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em direito e economia. **Cadernos de Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, mar 2008.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Livre Concorrência e Tributação. In: OLIVEIRA, Valdir de. (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**, 11º volume. São Paulo: Dialética, 2007, p. 241-271.

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

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e Concorrência – Série Doutrina Tributária Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Direito econômico constitucional**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

VOSGERAU, Douglas; RIBEIRO, Marcelo Miranda. As perspectivas da neutralidade tributária, da extrafiscalidade e da livre concorrência diante da substituição tributária e da tributação monofásica. In: FOLMANN, Melissa;

GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coords.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

Submetido em: 06 jun. 2016. Aceito em: 9 maio 2018.