



Estado deve evitar desníveis concorrenciais gerados pelos tributos

O Estado Social tem como um de seus pilares de sustentação o princípio constitucional da livre concorrência (artigo 170, *caput*). A concorrência propicia o bem estar econômico e social, uma vez que é, por meio dela, que é possível garantir preços competitivos, acesso ao mercado, pluralidade de produtos e melhores opções ao consumidor. A concorrência funciona hoje como autêntico mecanismo de inclusão social e desenvolvimento econômico.

No campo tributário, a discussão quanto à aplicação do princípio da livre concorrência ainda é embrionária. Mas há cada vez mais a conscientização da necessidade de perscrutar, nessa seara, as implicações da tributação na livre concorrência. A atividade tributária influencia a formação de preços na economia e a competição entre os agentes econômicos. *Vantagens tributárias* conferidas a determinados agentes representam, da mesma forma, *vantagens competitivas* que interferem no nível de bem estar da economia. O Estado como garantidor dos princípios da ordem econômica deve evitar desníveis concorrenciais decorrentes da atividade tributária.

A preocupação com o tema e a, por assim dizer, “confirmação” de que o princípio é, integralmente, aplicável ao sistema tributário foram explicitadas pela Emenda Constitucional 42, de 19 de dezembro de 2003 que incluiu o artigo 146-A na Constituição Federal. Segundo tal dispositivo: “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.”

Com respeito às opiniões em contrário, o artigo 146-A não inovou na matéria, salvo no que diz respeito à previsão de lei complementar específica com objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência. Ainda assim, não estabeleceu uma reserva de lei complementar, uma vez que a União pode estabelecer, por lei ordinária, normas de igual objetivo (“sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”). Assim, pode-se dizer que referida alteração legislativa teve como resultado prático chamar atenção para a necessidade de implementação mais efetiva do princípio da livre concorrência no campo tributário, bem como acabar com eventuais questionamentos quanto a sua aplicabilidade nessa seara. E, de fato, parece ter logrado êxito, especialmente, quando se observa a proliferação de artigos e estudos sobre o tema após a publicação da Emenda.

Com a aprovação da referida Emenda, passou-se a falar, com mais frequência, na neutralidade tributária como um princípio corporificador da defesa da concorrência na esfera tributária. A neutralidade tributária é, em certa medida, decorrência da própria igualdade. Porém, o princípio da igualdade apresenta muito mais um papel de legitimação ou de parametrização da atuação do Estado na defesa da concorrência do que uma delimitação do conteúdo e alcance de tal intervenção. São os princípios da liberdade de concorrência e da livre iniciativa que, *ultima ratio*, definirão e nortearão a atuação do Estado nessa seara. Dessa forma, pode-se dizer que a neutralidade tributária é expressão concreta, no campo tributário, do princípio maior da livre concorrência.



A dificuldade estaria em determinar como a neutralidade seria alcançada por meio da livre concorrência. Dito de outro modo: quais os padrões de concorrência devem ser buscados pelo Estado, por quais regramentos e mecanismos tributários.

A primeira constatação seria a de que a abstenção do Estado, buscando sempre que possível tributar conforme a capacidade econômica, seria, em si, uma forma de atender ao princípio da livre concorrência (neutralidade-abstenção). Nesse sentido, pode-se afirmar que a norma tributária com finalidade fiscal é, naturalmente, pró-competitiva. O tratamento tributário diferenciado dispensado aos contribuintes com base na capacidade contributiva, a despeito de não influenciar de forma determinante na concorrência, tem como efeito reflexo não criar desníveis na competição entre os agentes, não criar embaraços ao acesso ao mercado e ao funcionamento das empresas. Em suma: a norma tributária com finalidade fiscal, por assimilar os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária, seria, em uma primeira análise, por si só, convergente com o princípio da livre concorrência.

O primeiro sentido do dever de neutralidade seria, então, de o Estado permitir que a tributação ocorra segundo os padrões normais, é dizer, considerando, sempre que possível, a capacidade econômica dos agentes. Daí porque é possível falar em um dever de abstenção do Estado consubstanciado em não conferir outra finalidade a norma tributária que não a fiscal, de modo a não provocar desníveis na concorrência.

Porém, quando essa abstenção estatal já não se revela suficiente para atender a livre concorrência, o Estado deve, por meio de normas tributárias com finalidade extrafiscal, promover uma nova desigualação ou, por meio de interpretação e aplicação do direito, afastar as normas tributárias incompatíveis com o princípio constitucional da livre concorrência. Nesse caso, as normas tributárias com finalidades fiscais já não seriam suficientes para a promoção da livre concorrência. A neutralidade tributária ou concorrencial seria alcançada por meio de uma ação do Estado (neutralidade-ação), e não mais uma abstenção.

Com efeito, a não-tributação ou a tributação maior (que podem ser alcançados tanto pela atividade legiferante ou, indiretamente, por atividade interpretativa) seriam mecanismos extrafiscais para a defesa da livre concorrência. Nesse sentido, o Estado pode instituir determinado benefício fiscal em relação a um segmento econômico para promover maior concorrência ou, simplesmente, para evitar desníveis concorrenciais. O Judiciário pode, por seu turno, decidir que determinada isenção fere o princípio da livre concorrência e, por tal razão, afastá-la.

Além da possibilidade de promoção da concorrência por meio da abstenção do Estado por meio da simples produção de normas tributárias com finalidade fiscal (neutralidade-abstenção) e da ação do Estado por meio da edição de normas tributárias concorrenciais extrafiscais e por atividade interpretativa, é possível que o Poder Judiciário e o Executivo, por meio dos órgãos concorrenciais (Cade, SDE/MJ e SEAE/MF), adotem medidas de repressão aos ilícitos tributários cometidos pelos agentes econômicos. Nesse caso, estamos diante da utilização de um mecanismo repressivo no controle de condutas anticoncorrenciais no campo tributário com base, especialmente, na Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94).



Relevante notar que, tanto no caso de abstenção como de ação do Estado na defesa da concorrência, está-se diante da regra de atuação do Estado na atividade tributária, não de exceção. Talvez seja essa a grande inovação na compreensão do alcance necessário da norma tributária fiscal ou extrafiscal que deve satisfazer o princípio da livre concorrência. Obviamente que tal aplicação deve sempre considerar outras finalidades constitucionais que podem mitigar, concretamente, a aplicação do princípio da livre concorrência, afastando-o em determinados casos.

Destarte, o Estado, como garantidor dos princípios da ordem econômica, deve evitar desníveis concorrenciais decorrentes da atividade tributária e promover a livre concorrência por meio dos instrumentos, legalmente, previstos. A atividade tributária cumpre, desse modo, o importante papel de realização do princípio constitucional da livre concorrência – pilar de sustentação de uma ordem econômica justa e solidária.

Date Created

29/03/2010