

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Mestrado em Direito**

**TRIBUTAÇÃO PRÓ-COMPETITIVA:
CRITÉRIOS ESPECIAIS DE TRIBUTAÇÃO E
DESEQUILÍBRIOS DA CONCORRÊNCIA**

Danilo Augusto Barboza de Aguiar

Brasília - DF
2010

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Mestrado em Direito**

**TRIBUTAÇÃO PRÓ-COMPETITIVA:
CRITÉRIOS ESPECIAIS DE TRIBUTAÇÃO E
DESEQUILÍBRIOS DA CONCORRÊNCIA**

Danilo Augusto Barboza de Aguiar

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP
como parte dos requisitos para
obtenção do título de mestre em
Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Ivo Gico Júnior

Brasília - DF
2010

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Mestrado em Direito**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**TRIBUTAÇÃO PRÓ-COMPETITIVA:
CRITÉRIOS ESPECIAIS DE TRIBUTAÇÃO E
DESEQUILÍBRIOS DA CONCORRÊNCIA**

Danilo Augusto Barboza de Aguiar

Orientador: Ivo Gico Júnior – IDP

Banca:

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Brasília - DF
2010

AGUIAR, Danilo Augusto Barboza de. **Tributação Pró-Competitiva: Critérios Especiais de Tributação e Desequilíbrios da Concorrência**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2010. (Dissertação de mestrado).

RESUMO: Com o fim de extrair riqueza da sociedade, a norma tributária causa, inevitavelmente, efeitos no comportamento dos indivíduos, alterando o equilíbrio do mercado em que operam (distorções). Em mercados perfeitamente competitivos, a incidência dos tributos gera perdas sociais. Por outro lado, se presente alguma falha de mercado, a norma tributária pode, a depender de seu desenho, ajudar a anulá-la ou atenuá-la. Em outras hipóteses, as distorções geradas pela tributação podem, ainda, ser úteis para realizar outros valores constitucionais. O exercício do poder de mercado, por sua vez, também gera, além da transferência de riqueza do consumidor para o fornecedor, perdas sociais, estáticas e dinâmicas. O direito da concorrência não consegue resolver satisfatoriamente todos os desequilíbrios decorrentes do exercício do poder de mercado, especialmente os decorrentes de colusão horizontal tácita. A norma tributária, em mercados de concorrência imperfeita, pode contribuir para agravar ou amenizar esses efeitos. O art. 146-A da Constituição Federal autoriza o legislador a estabelecer critérios tributários que visem a prevenir a ocorrência de desequilíbrios da concorrência. As normas tributárias podem alcançar quaisquer dos efeitos do poder de mercado, alterando quaisquer dos seus critérios de incidência. Todavia, somente lei complementar pode estabelecer critérios que, com esse objetivo, impliquem exceção ou relativização a algum princípio ou regra constitucional ordinariamente aplicável em sua plenitude a determinado tributo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Tributação. Concorrência. Tributo extrafiscal.

AGUIAR, Danilo Augusto Barboza de. **Pro-competitive Taxation: Special Taxation Criteria and Competition Disequilibria**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2010. (Master Level Dissertation).

ABSTRACT: To collect revenues, tax norm creates inevitably effects on the behavior of individuals, which at the end changes the balance of the market they operate in (distortions). In perfectly competitive markets, tax incidence generates social losses. On the other hand, if any market failure is present, tax law can, depending on its design, help to correct or mitigate that. On other hypothesis, tax distortions can, yet, be useful to realize other constitutional values. The exercise of power market, in turn, besides the transfer of wealth from consumers to suppliers, also generates static and dynamic social losses. Competition law cannot satisfactorily solve all anticompetitive effects arising from market power, especially those related to horizontal tacit collusion. Tax law, in imperfectly competitive markets, may contribute to worsen these effects or mitigate them. Article 146-A of the Constitution authorizes legislator to establish tax criteria aimed at preventing competition disequilibria. Tax law may turn to any of power market effects, changing any of its incidence criteria. However, only Complementary Law can establish additional criteria that create exceptions to or relativize constitutional tax principle or rule ordinarily applied in its plenitude to a specific tax.

KEYWORDS: Law. Taxation. Competition. Regulatory Tax

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – ASPECTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS DA EXTRAFISCALIDADE.....	23
1.1 – Efeitos distorcivos da tributação.....	23
1.2. Aspectos jurídicos da extrafiscalidade	34
1.2.1. Extrafiscalidade.....	34
1.2.2. Neutralidade tributária.....	41
1.3 – Conclusões.....	45
CAPÍTULO 2 – PODER DE MERCADO E DESEQUILÍBRIOS DA CONCORRÊNCIA.....	46
2.1 – Monopólios.....	46
2.2 – Oligopólios	53
2.3 – Direito e Poder de Mercado.....	56
2.4 – Conclusões.....	67
CAPÍTULO 3 – TEORIA DA TRIBUTAÇÃO E CONCORRÊNCIA	68
3.1 – Tributos indiretos e concorrência imperfeita.....	68
3.2 – Tributos corretivos e desequilíbrios da concorrência.....	72
3.3 – Tributação do lucro monopolístico.....	79
3.4 – Tributação do capital	84
3.5 – Tributos para ampliar a competição	85
3.5.1. Redução das barreiras à entrada	85
3.5.2. Estímulo às pequenas e médias empresas	87
3.5.3. Combate às práticas facilitadoras	89
3.6 – Conclusões.....	91
CAPÍTULO 4 – CRITÉRIOS ESPECIAIS PARA PREVENÇÃO DE DESEQUILÍBRIOS DA CONCORRÊNCIA	93
4.1 – Regra de competência negativa (princípio da neutralidade tributária).....	94
4.2 – Regra de competência positiva (fixação de critérios especiais de tributação)	97
4.2.1. Competência legislativa da União (lei complementar vs. lei ordinária).....	97
4.2.2. Prevenção e repressão de desequilíbrios da concorrência.....	100
4.3 – Critérios especiais de tributação à luz do art. 146-A.....	102
4.3.1. Tributos corretivos e desequilíbrios da concorrência.....	106
4.3.2. Tributação do lucro monopolístico.....	113
4.3.3. Tributação do capital.....	115
4.3.4. Tributos para ampliar a competição	116
CONCLUSÕES	120
REFERÊNCIAS	124

INTRODUÇÃO

O art. 146-A passou a integrar o texto permanente da Constituição Federal em razão da promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 42, de 19 de dezembro de 2003:

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.

Esse dispositivo não constava da redação original da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 41, de 2003¹, enviada pelo Poder Executivo, tendo sido inserido na redação aprovada pela Câmara dos Deputados, por força da Emenda Aglutinativa Substitutiva de Plenário nº 27², que, a título de incorporar outras emendas apresentadas pelos deputados, incluiu o até então inédito texto do art. 146-A. Chegando ao Senado Federal, já com a atual redação, o dispositivo mereceu pouca atenção. A parte consensual da EC nº 42, de 2003, foi, então aprovada, incluindo o art. 146-A, sem que o relatório tenha analisado especificamente seu mérito³.

Trata-se de *regra de estrutura*, dirigida, pois, ao legislador, autorizando-o, por meio de lei complementar, a estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência. Não se afasta, ademais, a competência da União para editar leis ordinárias com esse mesmo objetivo.

A primeira questão que se impõe a quem tenta analisar o dispositivo, e que constituirá o problema desta dissertação de mestrado, é: **como a tributação pode**

¹ Íntegra da PEC nº 41, de 2003. Fonte: Câmara dos Deputados. <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=129816>. Último acesso em 17 de agosto de 2009.

² Texto Emenda Aglutinativa Substitutiva de Plenário nº 27. Fonte: Câmara dos Deputados. <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=160727>. Último acesso em 17 de agosto de 2009.

³ Íntegra do Parecer nº 1.710/2003-CCJ, Relator Senador Romero Jucá. Fonte: Senado Federal. <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/11/12112003/36285.pdf>. Último acesso em 17 de agosto de 2009.

interferir na estrutura concorrencial de determinado setor da economia?⁴ A solução desse primeiro problema permitirá, em seguida, verificar **que critérios especiais, compatíveis com o art. 146-A, podem ser eficazmente utilizados sem conflitar com os princípios constitucionais de direito tributário.**

JUSTIFICAÇÃO

Conforme dito, o art. 146-A foi introduzido no texto constitucional sem maiores discussões no Congresso Nacional. Foi incluído durante as discussões no Plenário da Câmara dos Deputados, sem que tivesse sido objeto de emenda regularmente oferecida perante a Comissão Especial com atribuição de examinar a PEC nº 41, de 2003. No Senado Federal, da mesma forma, continuou carente de referências e argumentações que pudessem deixar claro o sentido e alcance almejado pelo legislador para empreender essa alteração constitucional.

Se os debates legislativos não contribuem para revelar, ao menos perfunctoriamente, a *mens legislatoris* do art. 146-A, no plano jurisprudencial verifica-se que o preceito ainda não foi objeto de controvérsia judicial importante. Em uma oportunidade, contudo, foi ele aduzido para fundamentar decisão, em sede cautelar, do órgão plenário do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵.

Nesse julgamento, analisou-se se a então Secretaria da Receita Federal, hoje Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), poderia cassar o registro especial de uma fábrica de cigarros que vinha se recusando a pagar os tributos incidentes sobre sua produção⁶.

⁴ Em termos mais esquemáticos, como a tributação se relaciona com a estrutura concorrencial? Para KERLINGER, “um problema é uma questão que pergunta como as variáveis são relacionadas” (1980, p. 35).

⁵ EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Efeito suspensivo. Inadmissibilidade. Estabelecimento industrial. Interdição pela Secretaria da Receita Federal. Fabricação de cigarros. Cancelamento do registro especial para produção. Legalidade aparente. Inadimplemento sistemático e isolado da obrigação de pagar Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. **Comportamento ofensivo à livre concorrência.** Singularidade do mercado e do caso. Liminar indeferida em ação cautelar. Inexistência de razoabilidade jurídica da pretensão. Votos vencidos. Carece de razoabilidade jurídica, para efeito de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário, a pretensão de indústria de cigarros que, deixando sistemática e isoladamente de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados, com conseqüente redução do preço de venda da mercadoria e **ofensa à livre concorrência**, viu cancelado o registro especial e interditados os estabelecimentos. (Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Cautelar nº 1.657/MC. Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator p/ Acórdão Min. CEZAR PELUSO. *Diário de Justiça* de 31.8.2007.)

⁶ A regularidade fiscal é condição para a manutenção do registro especial, necessário para a fabricação lícita de cigarros (art. 2º, II, do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977).

A jurisprudência tradicional do STF, em princípio, seria favorável à empresa de cigarros, pois o Tribunal adota o entendimento de que, para cobrar os impostos devidos, a Fazenda Pública deve utilizar-se dos meios regulares de cobrança e execução judicial e extrajudicial, mas não impor obstáculos ao prosseguimento das atividades normais da empresa⁷.

No entanto, após o Ministro Joaquim Barbosa dar razão à empresa, em sintonia com a tradição da Casa, o Ministro Cezar Peluso abriu divergência. Para tanto, alegou que, em outras situações, tenderia a se alinhar com o relator, mas que, no caso em particular, adotaria solução diversa.

Segundo ele, no caso do cigarro, a parcela do custo representada pela tributação é extremamente elevada (até 70% do preço final), e a empresa vinha se recusando a pagar seus tributos de maneira sistemática e deliberada, sem que houvesse argumentos jurídicos de mínima plausibilidade para assim proceder.

Dessa forma, aceitar que a empresa continuasse a produzir e a comercializar seus produtos implicaria colocá-la em evidente vantagem competitiva, o que redundaria em claro **desequilíbrio concorrencial** no setor. E evitar desequilíbrios concorrenciais, prestigiando a defesa da livre concorrência, desde o advento do art. 146-A, passou a ser um objetivo também da norma constitucional⁸.

Em outro julgamento, este do Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁹, discutiu-se se a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior (Cofins-Importação) deveria incluir, em sua base de cálculo, o valor da própria Cofins-Importação (cálculo “por dentro”), bem como o montante devido a título de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). A dúvida

⁷ STF – Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

⁸ Assim pontifica o Min. César Peluso, em seu voto: “Não há impedimento a que a norma tributária, posta regularmente, hospede funções voltadas para o campo da defesa da liberdade de competição no mercado, sobretudo após a previsão textual do art. 146-A da Constituição da República”.

⁹ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sétima Turma. Apelação em Mandado de Segurança nº 2007.38.00.021497-1/MG. Relator Desembargador Federal Catão Alves. *Diário de Justiça Eletrônico (e-DJF1)* de 27.2.2009.

surgiu em razão de o art. 149, § 2º, III, *a*, da CF, estabelecer que as contribuições sociais incidentes na importação, quando adotarem alíquota *ad valorem* (estabelecida como percentual vinculado a determinado valor), terão como base de cálculo o valor aduaneiro, grandeza que não inclui, em seu bojo, nenhum daqueles tributos.

Tratava-se, mais uma vez, de tese consistente defendida pelo contribuinte. E, mais uma vez, o art. 146-A foi aduzido para dar ganho de causa à Fazenda Pública.

A Cofins devida no mercado interno tem como base de cálculo o “faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil” (art. 1º, *in fine*, da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003). Assim, como todos os custos da empresa, inclusive tributários, são pagos com o produto de sua receita, não é possível subtrair da base de cálculo nem a própria Cofins, nem os demais tributos incidentes sobre as operações mercantis, como o ICMS.

Diante desse cenário, concluiu o TRF da 1ª Região que, ainda que seja verdade que o conceito corrente de valor aduaneiro não engloba o ICMS nem a própria Cofins-Importação, deixá-los de fora do cálculo do montante da Cofins-Importação implicaria privilegiar o produto importado em detrimento do produto nacional, gerando grave **desequilíbrio concorrencial**, inaceitável diante do que dispõe o art. 146-A da CF. Eis o trecho da ementa do acórdão que trata especificamente desta questão:

“Ademais, de acordo com o disposto no art. 146-A, CF, admite-se que a União, através de lei, preveja critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência. Assim, verificando o legislador ordinário que a adoção, pura e simples, da base de cálculo estipulada no texto constitucional acabaria por restringir a competitividade da mercadoria nacional, amparado no art. 146-A, CF, determinou a incidência das contribuições sobre o valor devido a título de ICMS, tal como previsto para a mercadoria nacional.”

A análise desses dois julgamentos aponta um sentido para o dispositivo que ora examinamos. Tratar-se-ia de regra que busca dar solução a situações em que a tributação termina impondo custos distintos para fornecedores do mesmo produto, seja porque um dos contribuintes resiste imotivadamente em adimplir suas obrigações, seja porque, partindo de uma interpretação mais estrita da legislação, apenas

um deles estaria obrigado a fazê-lo. Ainda que as questões possam ser analisadas à luz do princípio da livre concorrência e da neutralidade fiscal, não nos parece ser o caso de invocar o art. 146-A que, ademais, tem sua eficácia condicionada a edição de lei complementar.

No campo doutrinário, por sua vez, as divergências em relação ao sentido e alcance do preceito constitucional são bem maiores.

Martins (2005) associa o art. 146-A à necessidade de obstar práticas anticompetitivas por parte dos Estados e Municípios, os quais, com o intuito de driblar vedações constitucionais à concessão de benefícios tributários unilaterais, relativamente ao ICMS e ao imposto sobre serviços (ISS), vêm utilizando mecanismos financeiros com a finalidade de atrair investimentos produtivos para seus territórios, dando novo fôlego à chamada “guerra fiscal”. O art. 146-A, em outras palavras, buscaria reforçar a vedação constitucional à disputa entre os Estados e os Municípios pela atração de investimentos, proibindo também a utilização de recursos orçamentários, ainda que de maneira indireta, para esse fim.

Ferraz Júnior (2006), analisando o mesmo dispositivo constitucional, chegou a conclusões diametralmente opostas. Em sua óptica, as práticas anticoncorrenciais visadas pelo art. 146-A partiriam dos contribuintes, seja pelo aproveitamento de brechas legais, a permitir-lhes dissimular a ocorrência do fato gerador, seja pelo abuso de medidas liminares e recursos judiciais, gerando, com isso, diferença de custos que os poriam em vantagem competitiva injusta. No mesmo sentido, também vislumbra a possibilidade de que certas condutas dos contribuintes, geradoras de efeito anticoncorrencial, sejam enquadradas nas sanções da legislação da concorrência (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994).

Paula (2008), por sua vez, em sintonia com Martins, lembra que a CF sempre proibiu que a tributação gerasse desequilíbrios concorrenciais (princípio da isonomia tributária, art. 150, II, da CF), ao mesmo tempo em que permite a correção de desequilíbrios concorrenciais por meio da tributação (contribuições de intervenção no domínio econômico – CIDE). O art. 146-A seria uma decorrência do princípio da isonomia tributária, municinando a União de instrumentos ativos de prevenção dos desequilíbrios concorrenciais, cabíveis quando a CIDE não fosse capaz de fazê-lo.

Segundo esse autor, enquanto a diferença de custos do produto nacional em relação ao importado poderia ser equalizada por meio de uma CIDE incidente sobre o produto importado, seria impossível o emprego dessa mesma solução quando a diferença de custos decorresse de uma conduta ativa do contribuinte em não pagar tributos (inadimplemento puro e simples, planejamento tributário ou utilização de medidas liminares). Nesses casos, haveria espaço para critérios especiais de tributação que, apoiados no princípio da proporcionalidade, poderiam auxiliar no reequilíbrio concorrencial.

Souza (2009) se alinha com esse último autor, defendendo que critérios especiais sejam utilizados nas hipóteses em que o tributo aplicado de maneira isonômica termina, por razões outras, provocando desequilíbrios concorrenciais. Segundo ele, os critérios especiais teriam a finalidade de “neutralizar o papel do tributo na conquista do mercado por agentes econômicos, sem quebra da isonomia”. Cita, enfim, como exemplos de tais critérios:

a instituição de sistema monofásico apenas para certos produtos, tributação fixa, ao invés de ad valorem, para os que são objeto de elisão ou evasão fiscal, sistemas especiais de fiscalização e de recolhimento para certas empresas, e a imposição de outras obrigações acessórias (SOUZA, 2009, p. 3).

Vê-se, pois, que são muitas as possibilidades hermenêuticas que defluem do texto contido no art. 146-A da CF. Apesar de tantas opiniões distintas, é possível identificar um ponto em comum. Como a tributação é, sem dúvida, importante componente do custo de um produto, ela pode, por si, converter-se em fator de desequilíbrio concorrencial, seja ao incidir positivamente (tributação propriamente dita), seja negativamente (subsídios, ajudas ou benefícios fiscal-financeiros), sempre que recair de maneira desigual sobre contribuintes que competem em um mesmo mercado relevante.

Ocorre que, se é verdade que os tributos, quando aplicados de maneira desigual, geram desequilíbrios entre os agentes que concorrem em determinado mercado relevante, não é correto dizer que são eles a única causa de todos os desequilíbrios concorrenciais. Ao contrário, tais desequilíbrios não só podem estar presentes independentemente da tributação, como os tributos podem exercer importante

papel corretivo em mercados desequilibrados. As diversas visões até aqui expostas em relação ao art.146-A, em síntese, concentram-se excessivamente na tributação como fator de desequilíbrio, e não na tributação como elemento de correção de desequilíbrios pré-existentes e decorrentes de fatores não fiscais.

Parece-nos, contudo, que o estudo da relação entre *tributação* e *concorrência* se enriquece quando adotado conceito de desequilíbrio mais afim ao direito concorrencial, que se refere àqueles gerados no âmbito do próprio mercado, em razão de poder eventualmente concentrado em um de seus polos, que terminam por abalar-lhe o perfeito funcionamento. Se o direito da concorrência se propõe a fornecer ferramentas ao Estado para evitar que desequilíbrios de mercado gerem efeitos danosos à sociedade, o art. 146-A aponta para uma ampliação do leque de instrumentos, autorizando que a tributação contribua com esses mesmos fins.

Conclui-se, portanto, que uma dissertação que analise a relação entre tributos e desequilíbrios concorrenciais, a partir da regra do art. 146-A, justifica-se, não só pela riqueza semântica do dispositivo, capaz de contemplar as mais variadas interpretações, mas também por sua capacidade de servir de elo entre as regras jurídico-tributárias e o universo concorrencial.

A linha de pesquisa **Constituição: Articulações e Relações Constitucionais** é, portanto, apta a acolher, em seu objeto, o estudo de mandamentos constitucionais que se relacionam com normas de vários ramos do Direito, notadamente quando este se propõe a enfatizar a relação entre aquelas e o comportamento dos agentes econômicos.

Finalmente, cumpre explicitar, sinteticamente, o objeto da presente dissertação: explorar as consequências teóricas de se utilizar o art. 146-A para viabilizar a implementação de regimes tributários que interfiram positivamente em mercados de competição imperfeita.

METODOLOGIA

O problema-objeto da presente pesquisa tangencia saberes de distintos ramos do conhecimento, na medida em que se propõe a contribuir no estudo da relação entre tributação e concorrência. Obriga-nos, pois, a uma abordagem, necessariamente,

interdisciplinar, que permita a análise das normas jurídico-constitucionais à luz de sua função na realidade social.

Nesse sentido, será uma constante, ao longo do trabalho, o recurso a autores e teorias mais propriamente ligados à microeconomia e à ciência das finanças, porquanto permitirão compreender melhor a eficácia das normas jurídicas analisadas, bem como seus efeitos no comportamento das pessoas a quem se destinam.

Feito isso, cuidaremos, enfim, de cotejar as conclusões dos economistas em relação a vários temas da microeconomia com o respectivo tratamento jurídico-constitucional, de modo a identificar, ao final, o potencial e as limitações da regulação, pelo direito tributário, dos desequilíbrios da concorrência.

Para alcançar esses objetivos, revelam-se úteis os instrumentos teóricos oferecidos pela Análise Econômica do Direito (AED), que consiste, justamente, na:

“aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico” (GICO JÚNIOR, 2009, p. 12).

Esse instrumental permitirá, enfim, avaliar de maneira mais segura o impacto das normas tributárias sobre o fenômeno da concorrência, tomando como referência o agir individual do conjunto dos agentes de determinado mercado. Feita desta forma, a análise permitirá prever as consequências decorrentes da aplicação de determinada norma tributária no âmbito da concorrência em mercados perfeitamente equilibrados ou não.

Primeiramente, buscar-se-á compreender a forma como a incidência tributária distorce o livre funcionamento dos mercados. Essa análise viabilizará a compreensão de dois temas jurídicos inter-relacionados: extrafiscalidade e neutralidade tributária. Em seguida, serão estudados os desequilíbrios concorrenciais propriamente ditos: em um primeiro momento, concentrando-se no comportamento dos agentes monopolistas e oligopolistas e como este afeta o perfeito equilíbrio dos mercados; logo

após, na forma como o direito da concorrência trata do tema, enfatizando seu fundamento constitucional e suas limitações práticas e jurídicas. O capítulo seguinte se voltará para a relação entre tributação e concorrência, expondo os métodos e critérios tributários propostos pela doutrina econômica para evitar a ocorrência de desequilíbrios da concorrência ou para atenuar seus efeitos. Finalmente, todo o arcabouço teórico desenvolvido ao longo do trabalho será utilizado para buscar um sentido juridicamente coerente, e tecnicamente eficaz para concretizar os objetivos do art. 146-A da Constituição Federal.

Enfim, cumprida essa estratégia, crê-se ser possível alcançar, de maneira coerente e consistente, uma leitura mais rica do art. 146-A, que permita mediar adequadamente a relação entre tributação e concorrência.

Quanto ao método propriamente dito, este consistirá, fundamentalmente, em estudo sistemático de levantamento bibliográfico específico sobre o tema, abrangendo, inclusive, análise da legislação brasileira, e no que se relacionar com o tema, de institutos de direitos estrangeiros que facilitem o entendimento de nosso ordenamento e auxiliem em seu exame crítico.

MARCO TEÓRICO E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

A fim de cumprir a estratégia referida no item anterior, o método de interpretação normativa que se apresenta como apropriado é o que tende a uma abordagem pragmática, em que se busca analisar a interação da norma com o destinatário.

As escolas hermenêuticas tradicionais, entre as quais se destacam a Escola da Exegese, a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Conceitos e a Jurisprudência dos Interesses, tinham em comum – cada uma com seus métodos e justificativas – o objetivo de atingir a essência da norma jurídica contida no texto interpretado.

A Escola da Exegese, apoiada em um legalismo exacerbado, delegava, ao juiz-intérprete, a estrita missão de desvendar, na lei escrita, por métodos literais, a vontade do legislador (*intentio legislatoris*) (ANDRADE, 2006, p. 38). Ora, a breve descrição da tramitação da proposta que introduziu o referido art. 146-A no

ordenamento jurídico já permite vislumbrar o quão difícil pode revelar-se a busca pela vontade do legislador¹⁰.

As demais escolas citadas, mesmo dotadas de métodos mais sofisticados, e embora ainda exerçam grande influência na doutrina e na jurisprudência, também associam a interpretação jurídica a uma “operação sintática [...] como meio de chegar-se metodologicamente ao sentido essencial dos termos e expressões jurídicas, possibilitando a aplicação correta do direito” (NEVES, 2006, p. 198).

Constata-se, contudo, a inviabilidade científica das teorias essencialistas, que, apesar de terem inspirado, em grande medida, nosso ordenamento jurídico, vêm perdendo espaço para novos modelos hermenêuticos não-representacionistas (ANDRADE, 2006, p. 59). Modernamente, tem-se acentuado esse aspecto pragmático da hermenêutica jurídica, em que prepondera a figura dos participantes do processo.

Assim, como demonstra Neves (2006, p. 200-203), seja a partir da teoria jurídica estruturante proposta por Friedrich Müller, seja da democratização/pluralização do afazer hermenêutico preconizado por Häberle, o texto normativo deixa de se confundir com a norma, que passa a ser “construída” pelo intérprete/aplicador. A segurança jurídica não mais se lastreia na imutabilidade do texto normativo e se transfere para o processo de concretização da norma, que deve ser aberto à crítica da esfera pública pluralista.

Por outro lado, ainda segundo Neves (2006, p. 206), mesmo plurívoca e vaga, e condicionada por valores, interesses e expectativas, a linguagem jurídica não é arbitrária. O direito é uma construção social¹¹. Mesmo que as normas sejam construídas em cada caso concreto, elas estão condicionadas pelas demais decisões e com elas devem manter alguma coerência. É nesse sentido que, na perspectiva da teoria sistêmica

¹⁰ No direito norte-americano, as chamadas teorias originalistas, que, com a finalidade de esclarecer o sentido de uma regra constitucional, buscam desvendar o contexto histórico vigente no momento de sua promulgação, ainda encontram forte eco na Suprema Corte dos Estados Unidos (TRIBE; DORF, 2007, p. 131-135). Justifica-se, em parte, pela reverência que ainda existe em relação à bicentenária carta constitucional.

¹¹ “Essas construções formam um arcabouço conceitual, um sistema de referências mediadas por adestramentos (formação universitária, formação de jurisprudência sobre determinados aspectos de cada conceito).” (ANDRADE, 2006, p. 265)

de Luhmann, pode-se afirmar que “deve haver uma congruência com outras soluções no interior do sistema (consistência)” (NEVES, 2006, p. 208).

Ademais, mesmo reconhecendo a função criadora do intérprete, a doutrina hermenêutica atual ainda reserva papel importante para o texto normativo. Müller (2000, p. 56-57) considera que o texto da norma, se com esta não se confunde, continua a integrar o processo estruturado da normatividade, ocupando o papel do âmbito da norma. Hesse (1983, p. 52-53), por sua vez, insiste que as possibilidades de compreensão do texto limitam o campo de suas possibilidades tópicas.

Em síntese, adotar uma perspectiva pragmática de interpretação da Constituição, especificamente em relação ao seu art. 146-A, pressupõe enfatizar a dimensão da eficácia, dando relevo ao papel do destinatário da norma, a quem cabe a função de, por meio de sua aplicação, preenchê-la de sentido, sem deixar, contudo, de manter-se coerente com o texto normativo (a despeito da impossibilidade teórica e prática de “encontrar” seu sentido único e correto).

Enfatizar essa relação entre norma e seu destinatário, sob certa perspectiva, implica reconhecer o efeito que aquela gera no comportamento do agente, que altera sua conduta diante da vigência da lei. Essa interação entre norma e agente, conforme se mencionou acima, pode ser analisada com o auxílio da Análise Econômica do Direito, cujos princípios básicos compõem o marco teórico da presente dissertação. Ademais, a mediação da AED exige que se recorram às teorias microeconômicas ligadas à tributação e à concorrência, além das relacionadas à formação de preços e à organização dos mercados.

Em síntese, serão dois os alicerces que compõem o marco teórico. Em primeiro lugar, a constatação de que a interpretação normativa, no estágio em que se encontra a hermenêutica jurídica, demanda que se enfatize a atuação do intérprete-aplicador, o que implica compreender o efeito das normas tributárias no comportamento dos agentes econômicos. Em segundo lugar, essa aproximação entre norma e destinatário se fará na perspectiva da Análise Econômica do Direito, que fornece instrumental teórico que permite avaliar, com mais clareza, o efeito comportamental da norma jurídica, especialmente quando se trata de normas tributárias.

Adotadas tais premissas, passa a ser necessário apresentar os pressupostos teóricos da AED, além de alguns conceitos que auxiliarão nas análises construídas ao longo da dissertação.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a AED toma de empréstimo, para seu trabalho, os postulados fundamentais da economia. O primeiro deles é a escassez de recursos na sociedade, o que impõe a necessidade de escolha entre alternativas possíveis e excludentes (GICO JÚNIOR, 2009, p. 17).

Também adota como pressuposto a ideia de que os fenômenos econômicos podem ser explicados por escolhas e ações individuais, e que os indivíduos atuam racionalmente segundo seus próprios interesses (individualismo metodológico) (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 51). Esse pressuposto orientará seu comportamento no mercado¹², independentemente de sua estrutura ou organização, sendo essencial para compreender o processo de formação de preços.

Agindo racionalmente, e dispondo de recursos finitos, o indivíduo, no papel de consumidor, agirá para maximizar a utilidade de seu consumo, dados os preços dos bens no mercado (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 66). Disso decorre que uma alteração na estrutura de incentivos poderá levar a alterar suas escolhas e adotar outro comportamento (GICO JÚNIOR, 2009, p. 17). A utilidade de cada bem, enfim, decorre da valoração feita por quem o adquire no mercado. Na perspectiva do fornecedor, este, também agindo racionalmente, buscará maximizar seus ganhos.

Dessa interação, feita livremente no mercado, chega-se ao equilíbrio após todas as trocas serem realizadas. Esse equilíbrio somente será alterado se mudar a estrutura de incentivos dos agentes. A norma jurídica, na perspectiva da AED, constitui mais um elemento a influir nessa estrutura de incentivos, alterando esse equilíbrio.

Tais pressupostos, fundamentais para a análise microeconômica e, igualmente, para a AED, viabilizam a construção do modelo de mercado de concorrência perfeita. Esse modelo, ao longo da dissertação, servirá de parâmetro de comparação para a análise dos mercados dominados por monopólios e oligopólios e dos mercados que sofrem a incidência da tributação.

¹² “Contextos sociais onde a interação entre os agentes é livre para realizar trocas por meio de barganhas” (GICO JÚNIOR, 2009, p. 18).

O *mercado de concorrência perfeita* possui as seguintes características: a) todos os fornecedores produzem bens homogêneos, de forma que os consumidores não se importam com o fornecedor de quem compram, desde que o preço seja o mesmo; b) cada fornecedor ocupa fatia proporcionalmente tão pequena do mercado que o aumento ou decréscimo de sua produção, ou mesmo a sua saída, não afeta as decisões dos demais fornecedores daquele mercado; c) todos os participantes têm perfeito conhecimento de preço, produção e demais informações sobre o mercado (HOVENKAMP, 2005, p. 73). A essas, Gico Júnior acrescenta que os agentes econômicos: a) não enfrentam barreiras à entrada ou à saída¹³; b) não incorrem em custos de transação; e c) não há externalidades¹⁴ (2008, p. 48).

Nesse mercado, formam-se dois grupos de indivíduos que ocupam polos opostos: os consumidores, que, olhados em conjunto, representam a demanda; e os fornecedores, que representam a oferta. Como cada consumidor valora diferenciadamente o produto oferecido, a demanda oscilará em função do preço de reserva de cada indivíduo¹⁵. Como, em princípio, menos indivíduos estão dispostos a pagar um preço mais elevado pelo bem, um gráfico do preço em função da quantidade apresentará a demanda em forma de curva decrescente.

No outro polo do mercado, a oferta se organiza em função do custo¹⁶. Como este, em princípio, eleva-se com o aumento da produção¹⁷, a curva no gráfico do preço em função da quantidade é crescente.

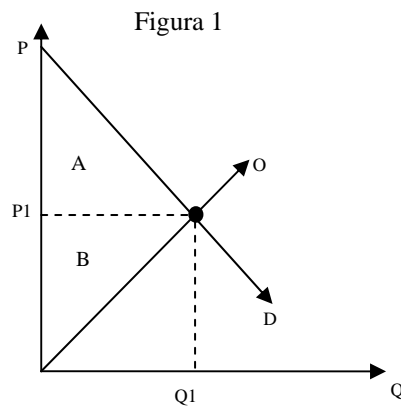
¹³ Isso significa que as empresas podem entrar e sair do mercado sem incorrerem em custos específicos e irrecuperáveis substanciais (GICO JÚNIOR, 2008, p. 49)

¹⁴ Este é o conceito de externalidades que será mais bem desenvolvido no Capítulo 1: constituem custos (ou ganhos) sociais não refletidos no preço da atividade (OGUS, 1998, p. 768).

¹⁵ O preço de reserva é o maior preço a que um consumidor em particular está disposto a pagar por um produto (HOVENKAMP, 2005, p. 74).

¹⁶ O custo, para todos os fins da presente dissertação, inclui o lucro suficiente para manter o investimento na indústria. Além disso, está implícito o custo de oportunidade, que é a perda de utilidade decorrente da não alocação dos recursos na segunda finalidade mais interessante, que terminou preterida (GICO JÚNIOR, 2009, p. 17).

¹⁷ Isso ocorre porque a produção inicial utiliza os insumos mais baratos e mais produtivos. À medida que a produção cresce, insumos menos produtivos e mais caros têm que ser usados (HOVENKAMP, 2005: 75).



A figura acima retrata as curvas de oferta (O) e demanda (D) e suas principais implicações. A curva de demanda, conforme mencionado, é decrescente, pois à medida que o preço cai, maior a quantidade de bens que os consumidores estarão dispostos a consumir, se lhes for ofertado. Em sentido oposto, a curva de oferta ascende à proporção que o preço sobe, pois aparecerão mais fornecedores dispostos a produzir por aquele preço. O cruzamento entre as duas curvas indica o ponto em que oferta e demanda se equilibram, nos níveis de preço e quantidade ótimos, em que não há mais trocas a gerar ganhos que superem os custos. Esse equilíbrio é considerado eficiente, pois não há como alocar os recursos de maneira diversa que não gere perdas para alguém. Eliminaram-se, pois, todos os desperdícios.

É importante observar que, dado esse nível de preço e quantidade, os consumidores, em sua maior parte, terminam por adquirir o bem por preço inferior ao que estariam dispostos (preço de reserva). Da mesma forma, a maior parte dos fornecedores termina por vender seus produtos por preço superior ao custo de produção (incluindo o lucro normal). Ambos os polos do mercado, pois, saem ganhando, o que resulta em aumento da riqueza social. A parcela de riqueza apreendida pelos consumidores é denominada de *excedente do consumidor*, indicada, no gráfico, pela área delimitada pelo triângulo retângulo A. A parcela de riqueza gerada em favor dos fornecedores, por sua vez, é denominada de *excedente do fornecedor*, indicada, no gráfico, pela área delimitada pelo triângulo retângulo B (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 79).

Por fim, vale ressaltar que o fornecedor, nesse modelo, não tem qualquer influência sobre o preço, em relação ao qual é mero tomador. Não adianta oferecer seu produto por valor superior ao mercado, pois outro fornecedor, praticando o

preço de mercado, tomaria seus consumidores. Também não vale a pena oferecer a preço inferior, pois estaria deixando de maximizar seus ganhos. Cabe ao fornecedor, por outro lado, decidir o quanto produzirá, sempre com o objetivo de maximizar seus ganhos. Em um mercado perfeitamente competitivo, o ganho máximo é obtido quando o fornecedor produz a quantidade exata para que o preço de mercado iguale seu custo marginal¹⁸. Até chegar a esse ponto, o aumento da produção continua a ser vantajoso, pois é possível continuar a lucrar com mais vendas. Produzir além desse ponto, no entanto, acarretaria prejuízo, pois, dado o preço de mercado, sobre o qual não se tem influência, a receita advinda da venda desses bens a mais não cobriria os custos para produzi-los (HOVENKAMP, 2005, p. 78)¹⁹.

Essas breves considerações sobre o funcionamento dos mercados competitivos e do processo de formação de preços tiveram o intuito de, sem intenção de exaurir o tema, buscar fixar alguns conceitos que serão retomados ao longo da dissertação. Compreender, ao menos perfunctoriamente, como funciona um mercado em perfeito equilíbrio será necessário quando forem explorados os elementos que perturbem esse equilíbrio (tributação e poder de mercado). Será a partir do modelo aqui exposto que serão avaliados os efeitos nocivos das práticas anticoncorrenciais e a tributação, e, enfim, como esta pode contribuir para atenuar aqueles efeitos.

No Capítulo 1, é oportuno antecipar, analisaremos como a tributação afeta o comportamento dos agentes econômicos e, em especial, como o processo de formação de preços é influenciado pela introdução de imposto em um mercado de concorrência perfeita. Assim, estabeleceremos as primeiras noções da teoria da tributação que será mais bem desenvolvida no Capítulo 3.

¹⁸ *Custo marginal* é o custo adicional que o fornecedor incorre na produção de um bem a mais (HOVENKAMP, 2005, p. 78).

¹⁹ GICO JUNIOR (2008, p. 47-65) descreve de maneira mais completa o comportamento dos agentes em um mercado competitivo.

CAPÍTULO 1 – ASPECTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS DA EXTRAFISCALIDADE

A atividade de cobrança e arrecadação de tributos, conquanto lastreada em regras e princípios jurídicos, constitui objeto de análise de especial relevo para o estudioso do Direito. O fenômeno da tributação, por outro lado, também pode ser tema de interesse da ciência econômica. Seus efeitos na formação de preços, na alocação de recursos da sociedade e no comportamento dos indivíduos têm sido largamente estudados por esse ramo do conhecimento.

Conforme explicitado na Introdução, nosso objetivo é avaliar como as normas tributárias podem ser utilizadas para prevenir desequilíbrios da concorrência e, com isso, extrair conclusões que nos auxiliem na compreensão do art. 146-A da Constituição Federal.

Para tanto, procuraremos, por meio dos instrumentos de análise microeconômica, avaliar os efeitos da tributação sobre o comportamento dos agentes econômicos, indagando se é possível induzi-los a adotar conduta que aproxime o mercado em que atuam do equilíbrio competitivo.

Com esse objetivo, expusemos, na introdução, o processo de formação de preços e de produção em mercados perfeitamente competitivos. Foi visto que, atendidas certas condições, o ponto de equilíbrio entre oferta e demanda é alcançado pela atuação livre de consumidores e produtores, em um conjunto de tomada de decisões individuais que maximiza o ganho social, aumentando a riqueza de ambos os lados. Mas como esse modelo reage quando o Estado decide captar riqueza da sociedade por meio de tributos? A análise desses efeitos, campo típico de estudo da economia, permitirá esclarecer um dos aspectos centrais desta dissertação: os efeitos extrafiscais das normas tributárias.

1.1 – Efeitos distorcivos da tributação

O Estado moderno não pode abrir mão da tributação como forma de obter receita para a realização de seus fins. A expropriação de bens da sociedade por meio de impostos, taxas e contribuições, como se verá no presente item, a depender da

política adotada, gera mais ou menos efeitos no processo de tomada de decisões dos agentes privados.

Do ponto de vista teórico, se se busca apenas extrair recursos da sociedade, sem que se pretenda interferir no equilíbrio livremente alcançado pela interação dos agentes privados no mercado, deve-se evitar que a norma tributária gere mudanças no comportamento dos contribuintes (tributos não-distorcivos). Para alcançar esse objetivo, o tributo não deve incidir sobre fatos jurídicos que guardem relação com condutas humanas, especialmente quando revestidas de conteúdo econômico. Ao contrário, para que não haja influência no comportamento dos contribuintes, a norma tributária deveria estabelecer como critério de incidência a identidade dos agentes. Aos tributos com esse perfil dá-se o nome de *lump-sum* (soma global) (SALANIÉ, 2003, p. 8). Se a norma tributária não incide sobre um fato realizado pelo contribuinte, mas sobre sua condição pessoal, ele não poderá influir no montante devido mediante alteração no seu comportamento (SALANIÉ, 2000, p. 8)²⁰.

Enquadrar-se-ia nessa categoria de tributo um imposto que, em vez de incidir sobre a renda auferida pelo indivíduo, variasse em função de sua capacidade de produzir riqueza (KAPLOW, 2008, p. 55). Dessa forma, o imposto seria neutro em relação a sua disposição para o trabalho, pois o montante de imposto devido seria constante em relação à renda auferida. O principal efeito social de tal exação seria a manutenção da curva de oferta de trabalho nos níveis pré-imposto.

Também seriam do tipo *lump-sum* os impostos que incidissem, de maneira uniforme, sobre todos os habitantes (ou todas as pessoas jurídicas) de determinado território, indiferente à capacidade contributiva de cada um.

Tributos dessa natureza, contudo, são, em princípio, inviáveis na prática, seja porque iníquos demais para serem politicamente aceitos (hipótese do parágrafo anterior), seja porque requereriam dos governos informações extraordinariamente detalhadas dos contribuintes e de suas interações na economia (hipótese do imposto sobre capacidades²¹) (SALANIÉ, 2003, p. 9)^{22;23}.

²⁰ Salvo se abandonasse o território de vigência da norma tributária.

²¹ Tributar a capacidade de trabalho das pessoas, ademais, implica inquirir fato não-observável, o que reforça sua inviabilidade. Ainda assim, KAPLOW (2008, p. 96-103) defende que, ainda que não

Diante dos obstáculos à implementação de tributos não-distorcivos, os governos devem usar impostos distorcivos, os quais, por definição, dependem das decisões dos agentes privados (SALANIÉ, 2003, p. 9; KAPLOW, 2008, p. 96).

Esse é o caso, por exemplo, dos diversos impostos e contribuições que integram o Sistema Tributário Nacional, como o imposto sobre a renda, o imposto sobre produtos industrializados (IPI), e a Cofins. Todos eles têm em comum o fato de incidirem sobre eventos com conteúdo econômico, sobre condutas do contribuinte que revelam capacidade financeira para arcar, segundo sua capacidade, com o tributo.

Nesses casos, em que uma conduta do contribuinte enseja a incidência do tributo, passa o contribuinte a poder reduzir seu débito fiscal, alterando o seu comportamento²⁴ (SALANIÉ, 2003, p. 9-10). E é justamente essa alteração no comportamento do contribuinte o principal efeito não-fiscal, ou extrafiscal, da tributação.

Porém, como se dá, mais exatamente, essa alteração comportamental?

Como expusemos na Introdução, em um modelo perfeitamente competitivo, os produtores regulam sua oferta até que seu custo marginal coincida com o preço de mercado do produto. Nesse ambiente, os produtores são tomadores de preços, ou seja, não são capazes de individualmente, restringindo ou ampliando sua

inteiramente, alguns aspectos de tributos não-distorcivos do tipo individualizável, podem ser úteis para aprimorar o balanceamento entre os efeitos de distribuição e distorção dos tributos em geral.

²² A história nos fornece dois exemplos de impostos não-distorcivos: *capitation*, utilizado, por exemplo, nos Estados Unidos e na França, que variava segundo o *status* social do indivíduo e a *poll tax* (imposto por pessoa), instituída na Inglaterra durante o Governo de Margareth Thatcher (SALANIÉ, 2003, p. 9). A *Community Charge*, como ficou conhecida, variava segundo o número de moradores de uma residência e destinava-se a financiar os governos locais.

²³ Vale notar que, em caráter excepcional, tributos com tal conformação podem ser identificados no ordenamento jurídico nacional. O art. 170-A da Lei do Município do Recife nº 15.563, de 1991 (Código Tributário do Município) prevê que o imposto sobre determinados serviços, quando prestados por sociedades, não será determinado pelo valor das respectivas operações de prestação de serviço, mas, a cada mês, pelo número de profissionais habilitados a atuar em nome daquela sociedade. Vê-se, pois, que o valor do imposto não varia em função de transações econômicas ou manifestações de riqueza, mas da identidade dos agentes (ainda que de maneira imperfeita, pois o número de profissionais é dado que pode ser alterado por comportamento do contribuinte), o que o aproxima da definição de tributo *lump-sum*. (Fonte: Prefeitura da Cidade do Recife. <http://www.recife.pe.gov.br/pr/secfinancas/legislacao/art115126.php#art117a>. Último acesso em 20 de agosto de 2009).

²⁴ Como visto na Introdução, o individualismo metodológico pressupõe que todos buscam maximizar sua riqueza e que, quando se alteram os incentivos, pode-se alterar o comportamento. Quando determinada atividade passa a ser tributada, o contribuinte somente continuará a realizá-la se o custo, ainda que majorado, continuar inferior à utilidade que ela lhe traz. Grosso modo, é possível afirmar que o tributo positivo representa um desincentivo ao contribuinte para realizar o fato gerador. Se não é possível escapar à realização do fato gerador (imposto *lump-sum*), repita-se, não há incentivo a alterar o comportamento.

produção, influenciar o preço de mercado. Assim, agem racionalmente ao ampliar sua produção até que o custo de produção de um item a mais (custo marginal) coincida com esse preço. Se produzir mais, seu custo subirá acima do preço de mercado e ele venderá o produto com prejuízo. Se produzir menos, deixará de maximizar seus ganhos, pois estará abrindo mão de vender mais produtos ainda com algum lucro.

O consumidor, individualmente, também não exerce influência sobre o preço. Apenas se limita a comprar se, e somente se, houver oferta de um produto com valor igual a seu **preço de reserva**²⁵, ou abaixo dele. Em ambos os lados da cadeia, os recursos (fatores de produção e capital) são destinados aos fins os mais eficientes possíveis. E é o sistema de precificação que coordena de maneira eficiente os agentes.

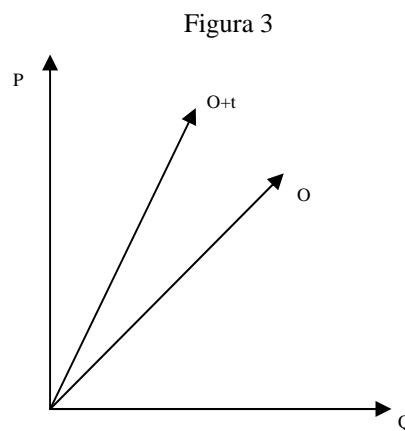
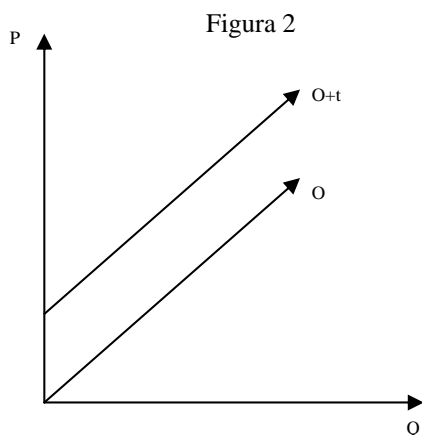
Quando se introduzem os tributos, altera-se a estrutura de incentivos existente, a empurrar os agentes a um novo patamar de equilíbrio. Com a tributação, os preços percebidos por cada lado do mercado passam a diferir: os consumidores percebem o preço pós-exação (quanto pagarão pelo bem), enquanto os produtores percebem o preço pré-exação (quanto receberão pelo bem) (SALANIÉ, 2003, p. 35). Como consequência, os produtores, para maximizar seus ganhos, devem interromper sua produção antes de alcançar a quantidade ótima²⁶. Então, com uma produção menor, menos consumidores são atendidos, gerando perdas sociais. Essas perdas decorrem do fato de os recursos da sociedade não estarem sendo alocados da maneira mais eficiente possível, que é na produção dos bens que os consumidores estavam dispostos a adquirir. Essa parcela não atendida de consumidores (cujos recursos serão destinados a fins menos eficientes), bem como a parcela de produtos não produzidos (cujos fatores de produção também serão destinados a fins menos eficientes), delimita a chamada perda de peso morto (*deadweight loss*).

A exposição em gráficos permitirá melhor visualizar essa perda. Nas figuras 2 e 3, verificamos o efeito na curva de oferta (“O”) decorrente da introdução de

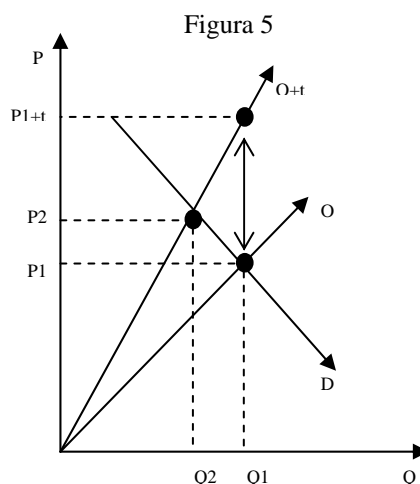
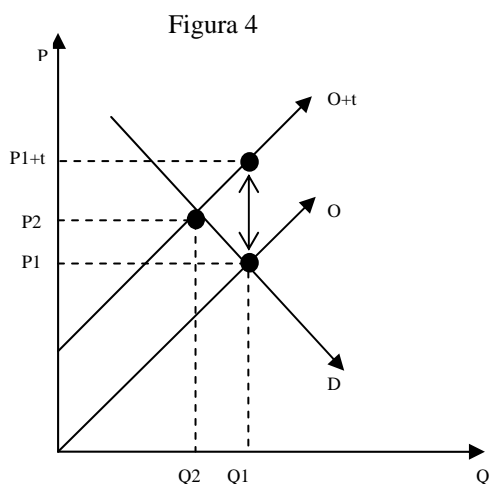
²⁵ O preço de reserva, lembre-se, é o maior preço a que um consumidor em particular está disposto a pagar por um produto (HOVENKAMP, 2005, p. 74).

²⁶ Como o valor do imposto integrará o custo do produto, o fornecedor interromperá sua produção quando o custo de produzir uma unidade a mais for igual ao custo marginal (antes do imposto) subtraído o valor do próprio imposto.

um tributo indireto²⁷ com alíquota específica (“t”), e, no gráfico 2, o efeito decorrente da introdução de tributo, com alíquota *ad valorem* (“t”)²⁸.



A introdução de um imposto, não importa o tipo de alíquota, gera, pois, deslocamento na curva de oferta. Como a curva de demanda permanece inalterada, o ponto de equilíbrio muda de posição. A consequência dessa alteração no equilíbrio pode ser observada nos dois gráficos abaixo.



Com o deslocamento da curva de oferta, o ponto de equilíbrio não se dá mais com a quantidade produzida (Q_1) sendo vendida ao preço de mercado (P_1). O

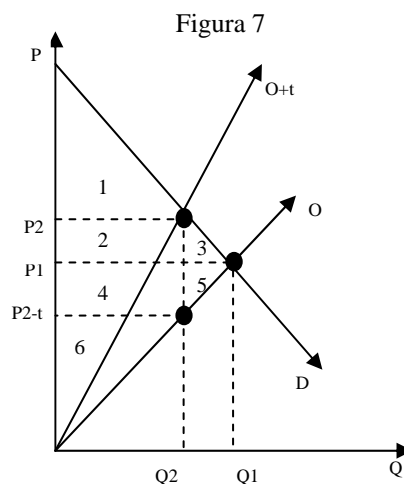
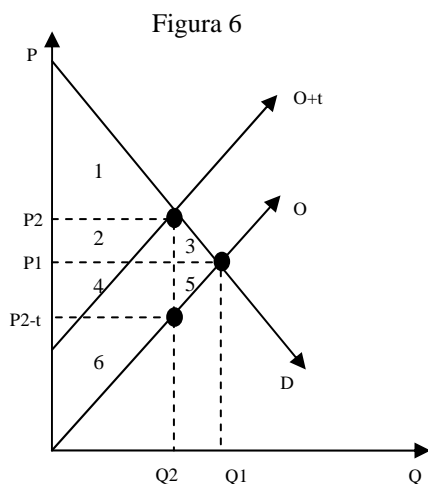
²⁷ *Tributo indireto* é expressão que abrange qualquer exação que incida sobre operações de produção ou circulação de mercadorias. O termo *indireto* decorre da possibilidade de o contribuinte de direito poder repercutir o ônus financeiro para o contribuinte de fato.

²⁸ Na alíquota específica, estabelece-se um *quantum*, fixo por unidade. Alíquota *ad valorem*, por sua vez, é estabelecida num critério de proporcionalidade ao valor (BALEIRO, 2003, p. 212).

novo equilíbrio é alcançado com uma produção menor (Q_2), cujos bens, por consequência, serão a um preço mais elevado (P_2).

Cumprir notar, a propósito, que o preço P_2 é menor do que o P_1 mais o valor do imposto, o que significa que o fornecedor transferiu parte do custo do imposto para o contribuinte e assumiu a outra parte, reduzindo seu lucro. A transferência do ônus financeiro do imposto para outra pessoa (no caso, o comprador) é denominada repercussão (*shifting*) (BRAZUNA, 2009, p. 44). Em mercados competitivos, o tanto de imposto que será repercutido depende da elasticidade das curvas de demanda e oferta²⁹, mas é sempre limitada pelo montante do próprio imposto³⁰.

Finalmente, poderemos identificar, nas Figuras 5 e 6, a perda de peso morto gerada pela tributação.



A partir da análise estática desses dois gráficos, percebe-se que o excedente do consumidor, quando tomados o preço P_1 e a quantidade Q_1 , englobava as áreas 1, 2 e 3. No nível de preço P_2 (como visto, esse é o preço percebido pelo consumidor) e de quantidade Q_2 (novo ponto de equilíbrio após a introdução do

²⁹ A elasticidade da demanda consiste na relação entre a mudança no preço do produto e o quanto que a demanda se altera por causa dele. Em termos matemáticos, é o resultado da divisão entre a mudança percentual na demanda e a mudança percentual no preço causador daquela. A demanda será elástica se a divisão for superior a um inteiro, e inelástica se inferior à unidade (HOVENKAMP, 2005: 77). A elasticidade da oferta, no mesmo sentido, representa o impacto da mudança do preço do produto na sua oferta. Da mesma forma, a oferta será elástica ou inelástica.

³⁰ Se a curva de oferta for bastante elástica (horizontal), a repercussão será integral (*fullshifting*). Se esta for crescente (tendendo a inelástica) (como nas Figuras 1 a 6 do Capítulo 1), a repercussão será menor do que o montante do imposto (*undershifting*) (BESLEY; ROSEN, 1999, p. 158).

imposto), o excedente se reduz à área do triângulo 1. Do lado do produtor, que percebe o preço P2 menos o valor do imposto (que é, afinal, quanto vai receber), seu excedente é reduzido à área do triângulo retângulo 6 (no estágio pré-imposto, em que os preços P1 e a quantidade Q1 eram vigentes, seu excedente englobava as áreas 4, 5 e 6). A área dos retângulos 2 e 4, por sua vez, representa o valor transferido ao Estado como produto do imposto arrecadado. Finalmente, a área dos triângulos 3 e 5 não é nem apropriada pelo Estado nem pelos agentes privados. Esse é o custo social da tributação denominado de perda de peso morto³¹.

Vê-se, pois, que a perda de peso morto foi gerada para que o Estado pudesse auferir receitas para cobrir suas necessidades. E essa perda, repita-se, decorre do fato de os agentes ajustarem seu comportamento após o advento do imposto.

A perda de peso morto, é bom que se note, não é um valor desprezível, especialmente se a alíquota aplicada for muito elevada. Em um modelo simplificado como o da Figura 5, a área dos triângulos 3 e 5 resulta da operação matemática que multiplica a base do triângulo (valor do imposto) por sua altura (diferença entre as quantidades pré e pós-imposto), dividido por dois (fórmula da área do triângulo) (SALANIÉ, 2003, p. 54-55)³². A depender da elasticidade da curva de demanda (SALANIÉ, 2003, p. 64), esse custo social pode ser bastante alto³³.

O modelo aqui adotado é extremamente simplificado e adota o formato de equilíbrio parcial. Não leva em conta, pois, os efeitos decorrentes da diminuição de recursos disponíveis para o fornecedor e para o consumidor (efeito-renda) (ZOLT, 1996, p. 63) nem os efeitos na economia decorrente dos gastos feitos

³¹ Também são custos sociais decorrentes da tributação os gastos com a administração tributária (órgãos responsáveis por fiscalizar, arrecadar, cobrar, recolher e executar a política fiscal do Estado). Não se confundem, contudo, com o conceito de perda de peso morto. POSNER (2007, p. 516) lembra que, ao reduzir sua produção, a indústria também reduzirá sua necessidade de insumos, incluindo mão-de-obra. Assim, a perda de postos de trabalho, desde que seus ex-ocupantes não consigam novos empregos de igual qualidade, também representa um custo social daquele imposto.

³² Como o montante do imposto corresponde à base do triângulo que delimita a perda de peso morto, quanto maior a alíquota, maior essa perda.

³³ Como a perda de peso morto é proporcional à curva de elasticidade da demanda do produto tributado, Ramsey (1927) propunha que a tributação indireta se concentrasse em produtos mais inelásticos, cuja demanda pouco oscilaria com o aumento do preço gerado pelo tributo, mantendo, pois, o nível de produção próximo ao ótimo. KAPLOW (2008, p. 146-147) critica esse modelo, apontando-lhe sua incompatibilidade com um sistema tributário em que o imposto de renda esteja disponível. SALANIÉ (2003, p. 55) lembra que, se a perda de peso morto é diretamente proporcional à alíquota do imposto, é melhor ter vários impostos de alíquotas baixas sobre vários produtos, do que um único imposto de alíquota elevada.

pelo Estado com o tributo arrecadado (SALANIÉ, 2003, p. 23). Além disso, também não leva em conta que os recursos sociais, se não destinados aos fins mais eficientes, terminam sendo gastos em outras finalidades menos tributadas (efeito substituição) (ZOLT, 1996, p. 63), que geram também ganhos sociais, ainda que menores³⁴. Em razão dessas variáveis, somente manejáveis em um modelo de equilíbrio geral, é inviável uma definição universal e exata de perda de peso morto decorrente da tributação (SALANIÉ, 2003, p. 56).

Na análise até aqui empreendida, partimos da hipótese de um imposto indireto, que incidiria sobre o consumo de determinado bem. Adotamos esse caminho em razão de se tratar de exemplo em que a perda é facilmente demonstrável e porque utilizaremos esse modelo de análise mais adiante. Contudo, conforme já foi antecipado, as perdas e distorções estão presentes em todos os tributos que tenham como fato gerador um comportamento do contribuinte que tenha conteúdo econômico.

No caso do imposto de renda, por exemplo, pode-se verificar seu impacto em pelo menos três dimensões do comportamento humano: a disposição para o trabalho; para poupar; e para assumir riscos (SALANIÉ, 2003, p. 37).

KAPLOW (2008, p. 80-90) analisou o impacto do imposto de renda sobre a oferta de trabalho. Em resumo, concluiu que, no curto prazo, a oferta de trabalho tende a ser bastante inelástica, sendo, pois, pouco influenciada por alíquotas mais elevadas desse imposto. No entanto, a elevação da tributação sobre a renda, de acordo com o autor, leva o contribuinte a buscar atividades não tributadas ou despesas dedutíveis, o que reduz a base imponible do imposto. Finalmente, se adotada uma perspectiva de longo prazo, ele constata que eventual alteração na oferta de trabalho é difícil de ser dimensionada, pois, ao ampliar o intervalo de análise, inúmeros fatores e variáveis terminarão por mascarar os resultados.

Em suma, quando o mercado está em equilíbrio e o objetivo da tributação consiste em extrair riquezas da sociedade para o Estado poder financiar seus serviços e finalidades públicas, as distorções constituem um mal necessário (SALANIÉ,

³⁴ Zolt (1996, p. 63) aponta, ainda, o chamado *efeito financeiro da tributação*, que se caracteriza por mudanças na estrutura ou organização de suas atividades em razão dos impostos. Esse efeito é observado, por exemplo, quando o contribuinte opta por prestar serviços profissionais por meio da criação de uma pessoa jurídica apenas para recolher menos tributos (AGUIAR, 2008).

2000, p. 9). Nessas situações, o objetivo da política tributária deve ser, na medida do possível, minorá-las ao máximo.

Há casos, contudo, em que a tributação, em vez de gerar ineficiências, pode colaborar para recolocar o mercado em equilíbrio. Isso ocorre quando se está diante das chamadas falhas de mercado³⁵. Nessas hipóteses, os efeitos extrafiscais podem atuar positivamente para induzir o comportamento dos agentes privados a um estado de maior eficiência³⁶.

Esse é o caso, por exemplo, das externalidades³⁷. Estas constituem custos (ou ganhos) sociais não refletidos no preço da atividade (OGUS, 1998, p. 768). São externalidades, por exemplo, o incômodo sonoro gerado por uma casa noturna aos moradores circundantes (externalidade negativa), e a valorização de um imóvel em decorrência da construção de um *shopping center* nas proximidades (externalidade positiva). Como esses ônus (ou ganhos) não são suportados (ou apropriados) integralmente pelo produtor, o preço do bem não refletirá com perfeição os recursos envolvidos em sua elaboração. Como consequência, o volume produzido ficará além (ou aquém) do nível ótimo. A intervenção estatal, nesses casos, tem o intuito de restabelecer o perfeito funcionamento dos mecanismos de mercado (SCHOUERI, 2005, p. 77).

Tal intervenção, repita-se, pode ser feita por meio de tributação positiva ou negativa (na forma de isenções ou créditos fiscais, por exemplo), a depender do intuito de estimular ou desestimular a produção. Tributos corretivos foram defendidos, pela primeira vez, por Arthur C. Pigou (OGUS, 1998, p. 768), com a finalidade de internalizar o custo (ou os ganhos) da atividade.

Já demonstramos que a introdução de um imposto com alíquota positiva, seja específica, seja *ad valorem*, faz a curva de oferta se deslocar, reduzindo o

³⁵ A viabilidade e operacionalidade do mercado dependem de diversos pressupostos. Na ausência deles, “a mecânica operacional do sistema passa a rodar em falso, produzindo resultados também falhos, distaciados do esperado e, em muitos casos, francamente inaceitáveis” (NUSDEO, 2001, p. 142).

³⁶ É importante ressaltar, desde logo, que toda intervenção na economia que vise a corrigir uma imperfeição em determinado mercado tem de levar em conta as consequências nos demais mercados e sua interação com as demais imperfeições existentes no referido mercado. Essas variáveis limitam a capacidade de diagnosticar e mensurar o nível de tributação corretiva adequado (ZOLT, 1996, p. 70).

³⁷ Entre as falhas de mercado apontadas pela literatura econômica, também está o poder de mercado, seja no polo da oferta (monopólio e oligopólio) seja no polo da demanda (monopsônio e oligopsônio). Deixaremos, contudo, para abordar a relação entre essa falha e a tributação mais adiante.

nível de produção. Será útil, pois, quando se estiver diante de um produto que gere externalidades negativas, em que o nível ótimo de produção deve ser reduzido. Na hipótese oposta, o subsídio fará a curva de oferta se deslocar no sentido contrário, estimulando a produção do bem que gere externalidades positivas³⁸.

As idéias de Pigou encontraram eco nas discussões em torno dos meios de controlar a poluição ambiental, especialmente nas décadas de 1970 e 1980 (OGUS, 1998, p. 768). Como lembra SCHOUERI (2005, p. 77), a internalização de custos está na origem do princípio do poluidor-pagador³⁹.

Em suma, na correção das falhas de mercado, objetiva-se que as distorções geradas pela tributação sejam aproveitadas para compensar as distorções que surgem quando mercado não funciona da forma esperada.

Finalmente, além de servir para financiar as funções estatais (ainda que à custa da geração de ineficiências) ou para corrigir falhas de mercado (restabelecendo-lhe o correto funcionamento), os tributos (ou, mais precisamente, as distorções por eles causadas) podem se dirigir a realizar fins politicamente determinados, ainda que em oposição ao livre curso do mercado e a sua máxima eficiência (ZOLT, 1996, p. 62).

É com essa função em mente que se discute, por exemplo, o efeito redistributivo da tributação. Exigir que os mais aquinhoados recolham aos cofres públicos parcela maior de sua renda do que os demais não visa a corrigir uma falha de mercado ou, exclusivamente, transferir recursos para o Estado, mas realizar objetivo político de redução das desigualdades sociais. E, nesse contexto, cabe à teoria econômica auxiliar os legisladores na concepção de sistemas tributários que realizem esse desiderato.

³⁸ Apesar de terem sido adotadas em muitos países, as taxas corretivas estão longe de ser unanimemente aceitas. BUCHANAN (1969) afirma que, ainda que todas as condições sejam propícias, a imposição de uma taxa corretiva, em vez de elevar, sempre reduzirá o bem-estar, no sentido da eficiência de Pareto. PLOTT (1966), por sua vez, lembra que o tributo corretivo nem sempre deve incidir sobre o produto final, mas sobre o insumo que origina a externalidade, sob pena de piorar a situação. COASE (1960), enfim, propõe solução completamente diversa para resolver o problema das externalidades.

³⁹ A compensação ambiental, prevista no art. 36 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, apesar de não ter natureza tributária, tem o objetivo de internalizar as externalidades negativas causadas por atividades potencialmente poluidoras.

O papel da tributação como instrumento social ganhou importância ao longo do século XIX, à medida que a industrialização dos Estados Unidos avançava e a concentração de riquezas crescia. A crise da década de 1930 pôs ênfase nos aspectos morais da tributação, o que se estendeu pelas décadas seguintes (VENTRY JR, 2002, p. 25). Nesse contexto, a tributação progressiva da renda⁴⁰ surge como solução viável para a questão da justiça fiscal vertical⁴¹. Não sem protestos^{42;43}, a tributação progressiva vem sendo utilizada, em maior ou menor grau, como instrumento de política fiscal. No Brasil, por exemplo, a progressividade do imposto de renda tem *status* constitucional, prevista no inciso I do § 2º do art. 153.

Não somente a tributação da renda pode ter fins redistributivos, mas também a tributação indireta pode exercer tal função extrafiscal. Ao tributar os bens consumidos normalmente pelos mais ricos, terminar-se-ia por extrair mais renda dessa faixa de contribuintes, favorecendo a justiça fiscal em sua perspectiva vertical. KAPLOW (2008, 123-124) critica o uso dos tributos indiretos para fins redistributivos. Em seu estudo, ele verifica que a tributação indireta gera as mesmas distorções que a tributação da renda (em termos de redução na oferta de trabalho), às quais se somam as distorções causadas pelo tributo indireto em si. Defende o autor, portanto, que somente o imposto de renda seja utilizado para fins redistributivos. No Sistema Tributário Nacional, contudo, espera-se que também os impostos indiretos exerçam esse papel, na medida em que se estabeleceu que o IPI (obrigatoriamente) e o ICMS (facultativamente) sejam seletivos em função da essencialidade, respectivamente, dos produtos e mercadorias ou serviços (arts. 153, § 3º, I; e 155, § 2º, III).

Essas, portanto, são as três vertentes por meio das quais se manifestam os efeitos extrafiscais da tributação. Podem ser um mal necessário, diante da necessidade inarredável de extrair recursos da sociedade. Podem, por outro lado, ser um meio de compensar distorções decorrentes da própria atuação do mercado, restabelecendo seu funcionamento. Podem, enfim, constituir instrumento de

⁴⁰ A alíquota se eleva à medida que se eleva a base de cálculo.

⁴¹ *Justiça vertical* é parte da questão mais ampla da *justiça distributiva* e se refere à forma como a tributação entre desiguais deve variar (MUSGRAVE, 2002, p. 9).

⁴² Entre os críticos da taxa progressiva, estão Milton Friedman, Friedrich Hayek, Ludwig Von Mises, Richard Epstein e John Rawls (FRIED, 2002, p. 149).

⁴³ POSNER (2007, p. 531-534) oferece razões de variadas ordens em favor da tributação proporcional da renda, a qual, em sua óptica, poderia, no longo prazo, aumentar o total de imposto arrecadado.

interferência no mercado, atuando deliberadamente para induzir ou desestimular comportamentos no sentido de determinada política pública. Tomando esse tríplice papel da tributação como norte, tentamos identificar o papel da ciência econômica, apresentando algumas das respostas que esta oferece para os problemas postos em cada uma dessas funções.

1.2. Aspectos jurídicos da extrafiscalidade

As análises até então realizadas permitiram esclarecer como a norma tributária interfere no comportamento dos indivíduos, enfatizando seus efeitos no processo de formação de preços em mercados competitivos. Essas distorções foram analisadas por meio de modelos de microeconomia, sob as balizas da Análise Econômica do Direito. Como se demonstrará no presente item, será possível examinar alguns aspectos de certos institutos jurídicos à luz dos modelos teóricos expostos no item anterior, ainda que não se perca sua perspectiva jurídica. Esse é o caso da **extrafiscalidade**, bem como do conceito corolário de **neutralidade tributária**.

1.2.1. Extrafiscalidade

No item anterior, ficou demonstrado que, com exceção de modelos tributários de inviável aplicação prática, os impostos, taxas e contribuições universalmente adotados geram, em alguma medida, alteração no comportamento dos indivíduos expostos a sua incidência. Essa influência no comportamento do destinatário da norma constitui o que se denomina de *efeito extrafiscal da tributação*.

GOUVÊA (2005, p. 1-9), após expor várias concepções de extrafiscalidade adotadas por autores nacionais e estrangeiros, acusa de limitada a associação da extrafiscalidade somente à capacidade de estimular ou desestimular condutas. Defende o autor que uma definição ampliada de extrafiscalidade deve abranger, também, “todo expediente tributário que vise, intencionalmente ou não intencionalmente, a realização de valores [constitucionais] que excedam à ‘mera’ arrecadação de tributos, embora em conjunto com este objetivo arrecadatário”. Parece-nos, contudo, que a realização desses valores constitucionais se dá, exatamente, pela capacidade de a norma tributária induzir e desencorajar comportamentos. O que restringe a compreensão do fenômeno da extrafiscalidade, em nosso entendimento, é

associá-la necessariamente à realização de um valor constitucional, uma vez que, já ficou claro, a extrafiscalidade é, na maior parte das vezes, um mal necessário.

Nesse sentido, se a extrafiscalidade é comum a todos os tributos, não pode ser utilizada como *discrimen* das espécies tributárias. Inviável, em outras palavras, tentar classificar os tributos em fiscais ou extrafiscais.

SCHOUERI (2005, p. 15-24) expõe as principais teorias que se propõem a identificar tributos extrafiscais (ou normas tributárias indutoras, conforme expressão adotada pelo autor). O principal critério seria o finalístico, consistente no “desejo deliberado de influir na ordem econômica e social” (SCHOUERI, 2005, p. 17). Esse “desejo”, por sua vez, seria aferido ora por elementos subjetivos (vontade do legislador), ora por objetivos (vontade da lei), ora pela combinação de ambos.

Ocorre que a vontade do legislador, enquanto não objetivada em termos positivos (normas jurídicas), mantém-se como algo inalcançável ao aplicador, devendo ser, de logo, rechaçada como aferidor da finalidade da norma (SCHOUERI, 2005, p. 17).

Do ponto de vista objetivo, por sua vez, apontam-se vários elementos a indicar o objetivo extrafiscal do tributo. Seria extrafiscal o tributo quando, por exemplo, essa intenção fosse explicitada no próprio texto legal, ou quando o contexto político em que a norma foi aprovada o indicasse (quando, por exemplo, não houver, naquele momento, necessidade de recursos adicionais para financiar o Estado). Também constituiriam indícios fortes de extrafiscalidade custos de cobrança incompatíveis com a receita esperada, ou alíquotas elevadas a ponto de impedir, na prática, a própria ocorrência do fato gerador (SCHOUERI, 2005, p. 19).

Estar-se-ia, da mesma forma, diante de tributo extrafiscal, quando este limitasse excessivamente o universo de fatos imponíveis, ou quando, para mensurar o valor do imposto, deixasse de atender à capacidade contributiva do contribuinte. O mesmo ocorreria quando suas alíquotas variassem em função da classe de contribuinte que pratica do fato gerador, ainda que em idêntica situação econômica (SCHOUERI, 2005, p. 20-23).

Essa discussão adquirira especial importância na Alemanha, em razão de a competência tributária outorgada pelo art. 105 de sua Lei Fundamental⁴⁴ somente autorizar a instituição de tributos “arrecadadores”, uma vez que o código tributário daquele país inclui a finalidade de obtenção de receita na própria definição legal de imposto (SCHOUERI, 2005, p. 155). Os “tributos extrafiscais”, por sua vez, teriam de encontrar fundamento jurídico no poder de regular (SCHOUERI, 2005, p. 329). A necessidade de estabelecer um critério distintivo, pois, decorria do próprio sistema tributário alemão.

Também nos Estados Unidos da América, a distinção entre tributos arrecadadores e regulatórios adquiriu relevância jurídica. Como a União, segundo sua constituição, dispõe de competência tributária, mas não regulatória (salvo em questões de comércio interestadual e internacional), surgiu controvérsia jurídica em torno da admissibilidade de imposto da União com feições regulatórias⁴⁵.

Para os que recusassem validade aos impostos federais extrafiscais, a diferenciação segura entre tributos arrecadadores e regulatórios seria condição para

⁴⁴ Artículo 105

[Competencia legislativa]

(1) La Federación posee la competencia legislativa exclusiva sobre los derechos aduaneros y monopolios fiscales.

(2) La Federación posee la competencia legislativa concurrente sobre los demás impuestos cuando los ingresos provenientes de dichos impuestos Le correspondan total o parcialmente o se den las condiciones establecidas en el artículo 72, apartado 2.

(2a) Los Länder poseen la competencia legislativa en materia de impuestos locales sobre el consumo y el lujo mientras y en tanto que estos impuestos no fueran del mismo tipo que los regulados por ley federal. En el caso

del impuesto de la compra de terrenos tienen la competencia para determinar el tipo impositivo.

(3) Las leyes federales sobre impuestos cuyos ingresos correspondan total o parcialmente a los Länder o a los municipios (asociaciones de municipios) requieren la aprobación del Bundesrat.” Fonte: sítio eletrônico da Embaixada da Alemanha no Brasil (http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01/Constituicao/grundgesetz__espanol__down,property=Daten.pdf)

⁴⁵ Diante dessa questão, três linhas de interpretação surgiram. A primeira delas, que remonta a 1787, somente admite a instituição de tributos para auferir receitas. Segundo essa posição, Congresso somente pode impor tributos para outros fins que não arrecadadores se estiverem diretamente vinculados a outra competência da União, como o poder de regular o comércio interestadual e internacional.

A posição intermediária aceita que os tributos possam ser usados para outros fins além da mera arrecadação de recursos, como regular o comércio ou suplementar alguma outra competência. Mas também não aceitam que os tributos possam ser usados para invadir competência dos estados, porquanto inviabilizaria o intuito constitucional de limitar o poder central.

Finalmente, há os que não enxergam, na delegação tributária feita à União, limitação alguma à instituição de impostos regulatórios. Assim, o Congresso poderia usar os tributos para quaisquer fins que visassem ao bem-estar geral, inclusive regular, controlar ou tornar proibitiva a circulação de produtos considerados nocivos (LEE, 1973, p. 4-5).

acoimar esses últimos de inconstitucionais. Instada a solucionar essa questão, a Suprema Corte absteve-se de indagar os motivos do Congresso para adotar determinada política (*voluntas legislatoris*). Em seu lugar, preferiu utilizar critério denominado “objetivo-subjetivo”. Assim, o imposto seria aceito se tivesse “feição” (*on their face*) arrecadadora, e rejeitado se claramente regulasse ou proibisse um direito fundamental (LEE, 1973, p. 215-216). Como se vê, o critério não é mais satisfatório do que os apontados pela doutrina alemã.

Ocorre que, conforme se apontou no item 1.1, os únicos impostos exclusivamente “fiscais” são os que adotam o formato *lump-sum*. Todos os demais são, independente de sua finalidade, também extrafiscais, ainda que permitam ao Estado auferir elevadas receitas. Não é proveitoso, pois, insistir em identificar as normas tributárias extrafiscais. O enfoque deve ser outro: examinar o efeito extrafiscal das normas tributárias (SCHOUERI, 2005, p. 29). Se toda norma tributária é, também, extrafiscal, o que se deve buscar é estabelecer parâmetros de validade jurídica para o controle dos efeitos não-fiscais das normas tributárias.

Adotada essa premissa, retomamos as conclusões do item 1.1, em que se identificaram as três modalidades de efeitos distorcivos gerados pelas normas tributárias.

No primeiro grupo, estão os custos sociais tolerados pelo ordenamento jurídico para satisfazer o interesse preponderante de carrear recursos ao Erário. Do ponto de vista econômico-financeiro, viu-se, esses custos são inevitáveis. No entanto, a depender da estrutura tributária adotada, pode-se ampliar ou reduzir a perda de peso morto⁴⁶. Assim, se tais efeitos indesejados não cumprem função constitucional alguma, mas, ao contrário, perturbam o livre funcionamento do mercado, devem, na medida do possível, ser minorados.

Dessa forma, a instituição de tributo que gere custos sociais acima do necessário terá efeito equivalente ao confisco (art. 150, IV, da Constituição Federal) e afrontará o direito de propriedade. Ainda que o resultado dessa perda não seja apropriado pelo ente tributante (nem por ninguém), o custo social não pode ser compatível com aquele princípio, porquanto se trata de desperdício de recursos e,

⁴⁶ Ver nota de rodapé 33.

portanto, ineficiente. Numa outra perspectiva, à luz do princípio da proporcionalidade, este restaria contrariado quando se elege, entre as medidas tributárias possíveis, uma que gere mais perdas sociais que outra, sem que nenhuma outra justificativa a ampare.

Em segundo lugar estão as normas tributárias cujos efeitos extrafiscais são, não somente esperados, mas anelados pelo legislador, a fim de que sejam contrabalançadas as distorções existentes no mercado, permitindo que este volte a operar com o máximo de eficiência. Se aceitarmos que o livre funcionamento dos mecanismos de mercado – fundado na livre iniciativa, na livre concorrência e na liberdade de trabalho – constitui valor constitucional⁴⁷, a validade jurídica dos chamados tributos corretivos dependerá, apenas, de que seja demonstrada a idoneidade do meio eleito em relação ao resultado esperado, bem como a impossibilidade de o Estado alcançar o mesmo fim por meio de outra forma de intervenção econômica mais adequada. Não é mais o caso, pois, de tentar minorar os efeitos extrafiscais da norma, mas de garantir que esses sejam administrados na dosagem adequada. Também nesse caso, é necessário avaliar a medida tributária à luz da proporcionalidade, mas em outra perspectiva, a de adequação ao fim colimado.

Finalmente, os efeitos extrafiscais podem se direcionar não à correção de falhas de mercado, mas à realização de algum outro fim constitucional, ainda que à custa da perturbação de seu livre funcionamento. Nesse caso, estaremos diante de pelo menos dois valores constitucionais em contradição. Por consequência, o ônus argumentativo imposto ao aplicador da norma tributária é maior, pois este deverá justificar sua validade superando o aparente conflito entre dois princípios, concluindo pela preponderância daquele concretizado pela norma tributária. A solução se deve dar, pois, pela otimização de princípios contrapostos (máxima de proporcionalidade) (ALEXY, 1993, p. 111-115).

Tome-se o seguinte exemplo para ilustrar esse processo de ponderação. Suponha-se que seja elevada a alíquota do IPI de determinada variedade de

⁴⁷ GRAU (2007, p. 179-191) sistematiza as diversas opiniões da doutrina acerca do sentido assumido pela Constituição de 1988 em relação à ordem econômica. Preponderam as posições que admitem que a Constituição adota o modelo de economia de mercado, com mais ou menos espaço para o intervencionismo. Ainda que se admita, contudo, que a Constituição de 1988 adotou perfil intervencionista, lembra GRAU (2007, p. 73-76) que o Estado intervencionista, tal como o delineado pela Constituição de 1988, toma a ordem econômica capitalista como dado do mundo do ser e busca prover o Estado de meios de preservá-lo.

achocolatado em pó a patamar superior à dos produtos similares. Norma tributária com essas características teria, como efeito extrafiscal, a redução da produção do produto abaixo dos níveis ótimos, esperados em um mercado competitivo. Como consequência, os produtos concorrentes teriam seu consumo estimulado, em razão do efeito substituição⁴⁸. Essa evidente intervenção na livre concorrência somente será justificada se outra regra ou princípio for aduzido para fundamentar a referida norma. Pode-se citar, por exemplo, o princípio da proteção à saúde, argumentando-se que esse produto é menos nutritivo que seus concorrentes diretos (complementos vitamínicos em pó, por exemplo). Pode-se defender, ainda, se fosse o caso, que o achocolatado em pó implica alto impacto ambiental em seu processo de fabricação, e sua produção, por consequência, deveria ser desestimulada⁴⁹.

A partir daí, deve-se demonstrar que a elevação do imposto é medida necessária e adequada ao objetivo proposto. Por fim, é necessário evidenciar que o sacrifício dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa é medida razoável, porquanto a elevação da alíquota do imposto sobre aquele produto privilegia outros valores constitucionais de igual importância que, no caso específico, merecem prevalecer.

Em todos os casos, contudo, deve-se ter extremo cuidado com os efeitos extrafiscais da tributação, uma vez que dispõem de elevada capacidade de gerar impactos na formação de preços e na concorrência. Em voto proferido em consulta⁵⁰ perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), demonstrou-se, com base em estudo da cadeia econômica de alguns produtos específicos, que a redução de 18 pontos percentuais do ICMS pode redundar em aumento de até 388% no lucro do fabricante, o que representaria decisivo fator de desequilíbrio competitivo em favor do contribuinte beneficiado pelo favor fiscal.

⁴⁸ A *elasticidade cruzada de demanda* é um conceito econômico que indica o efeito na demanda por um produto ou serviço em decorrência da mudança no preço de um outro (POSNER, 2007, p. 512). Esse conceito permite identificar que produtos serão beneficiados, e em que medida, com a elevação da tributação sobre o achocolatado.

⁴⁹ GOUVÊA (2006, p. 81-134) identifica a relação entre normas tributárias e diversos valores constitucionais com os quais a extrafiscalidade se relaciona.

⁵⁰ Trata-se da Consulta nº 0038/99, formulada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE) ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relator: Conselheiro Marcelo Calliari. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a3839463a3798d66be50dd7cd4>. Último acesso em 9 de agosto de 2009.

Para concluir este subitem, cumpre constatar que, adotada a noção de extrafiscalidade até aqui exposta, qualquer espécie tributária é idônea a influenciar as decisões dos agentes econômicos. Assim, todas elas poderiam, em tese, ser utilizadas para intervir na economia para tentar realizar algum fim constitucionalmente relevante.

Isso fica claro quando examinamos as várias regras previstas na Constituição de 1988 que outorgam às mais variadas espécies tributárias expressos mandamentos extrafiscais.

O imposto de renda, por exemplo, deverá ser progressivo (art. 150, § 2º, I). Como consequência, os contribuintes com renda mais alta arcarão com parcela maior do financiamento do Estado. Como consequência extrafiscal, espera-se, está a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III).

O imposto territorial rural, por sua vez, não incidirá sobre pequenas glebas rurais, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel (art. 153, § 4º, II). O efeito extrafiscal desejado é a redução do custo de produção dos pequenos produtores rurais, favorecendo sua competitividade.

O IPI, em razão do que dispõe o art. 153, § 3º, IV, deve ter reduzido impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto. Assim, estimula-se a modernização do parque industrial brasileiro, valor implicitamente contido na idéia de soberania como princípio da ordem econômica (art. 170, I).

O imposto sobre propriedade predial e territorial urbana, por sua vez, pode servir para induzir o proprietário de imóvel urbano a parcelá-lo ou edificá-lo, dando-lhe utilização consentânea com os princípios da política de desenvolvimento urbano (art. 182, § 4º, II).

Esses são alguns dos inúmeros exemplos de regras constitucionais que prevêm a utilização de tributos para a realização de fins extrafiscais, por meio de indução de comportamento dos agentes econômicos.

A par disso, a Constituição de 1988, no art. 149, outorgou competência à União para instituir contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE) como instrumento de sua atuação na economia. Em que essa intervenção, contudo, se diferencia das demais formas de intervenção por meio da tributação? Em

outras palavras, se a indução econômica é inerente a qualquer tributo, e se a Constituição de 1988 expressamente admite essa função extrafiscal em várias espécies tributárias, qual o papel específico desempenhado pela CIDE?

Como visto, não é a possibilidade de intervir na economia o que diferencia a CIDE dos demais tributos. O que a CIDE tem de especial é a autorização para que o produto de sua arrecadação sirva à intervenção econômica (SCHOUERI, 2001, p. 361). Enquanto os impostos não podem ter sua receita afetada a nenhum fim específico, salvo as exceções previstas (art. 167, IV, da Constituição de 1988), a CIDE, como espécie do gênero contribuição, caracteriza-se pela destinação do produto de sua arrecadação a uma finalidade determinada (no caso, à intervenção econômica). Ademais, o universo dos contribuintes da CIDE também deverá estar, ao menos indiretamente, relacionado com o setor da economia objeto da intervenção (SCHOUERI, 2001, p. 363).

Finalmente, a identificação do fato gerador, a mensuração da base de cálculo e a calibração das alíquotas devem ter em conta o objetivo da intervenção, e voltar-se para sua realização. Parece-nos correta, neste ponto, a posição de Brazuna (2009, p. 184), pois se a CIDE ignorasse, em sua aplicação, a finalidade interventiva que justificou a sua criação, reservando essa função somente ao produto de sua arrecadação, resultaria em imposto (sem amparo no sistema taxativo de competências tributárias) cujos recursos estariam vinculados a determinado fim interventivo.

Conclui-se, pois, que, ainda que os efeitos extrafiscais da CIDE devam, como condição de validade, contribuir para a realização da finalidade interventiva (complementada pela aplicação do produto de sua arrecadação), os demais tributos *poderão*, e em alguns casos *deverão*, realizar fins específicos, determinados pela Constituição Federal. Isso garante amplo leque de alternativas ao legislador para adotar a forma de tributação mais adequada ao fim extrafiscal buscado.

1.2.2. Neutralidade tributária

Outro conceito, intrinsecamente vinculado ao de extrafiscalidade, e que merece ser abordado à luz do que foi analisado no item 1.1, é o de *neutralidade tributária*.

Não se pode, contudo, enxergar a neutralidade tributária como a negação da extrafiscalidade, porquanto implicaria retirar-lhe toda a utilidade prática, reduzindo-a a uma cogitação meramente teórica, inútil, pois, ao direito tributário. Neste ponto da exposição, já ficou claro, a extrafiscalidade é característica comum a toda norma tributária. Não há, portanto, como falar em tributo neutro.

Adotada essa premissa, fica clara a insuficiência das definições de neutralidade que a associam à não interferência na economia, à indiferença na competitividade e na concorrência ou na formação de preços (LIMA, 2005, p. 68-69). Todo tributo interfere no comportamento dos agentes econômicos, desde que se refiram a fatos econômicos como causa de sua incidência.

Assim, ainda que seja tomada a neutralidade como um objetivo ou ideal de política fiscal, deve-se manter no horizonte a inafastabilidade do efeito extrafiscal da norma tributária. Dessa maneira, não faz sentido vislumbrar um sistema tributário que não influencie a economia, o mercado ou a concorrência (LIMA, 2005, p. 69).

Abandonada qualquer concepção absoluta de neutralidade, somente nos resta cogitar de uma noção relativa (BRAZUNA, 2009, p. 143). Se não existem tributos neutros *per se*, podemos conceber tributos mais neutros em relação a outros.

Com esse sentido, a neutralidade tributária passa a ser um parâmetro de graduação qualitativa da extrafiscalidade, especialmente quando vista como mero efeito distorcivo da tributação, indesejado, mas inevitável à obtenção de receitas. Nesse sentido, a neutralidade atuará como critério de controle da extrafiscalidade, admitida nos limites e condições necessários à realização das finalidades constitucionais. O conceito ganha, com esse enfoque, operacionalidade e utilidade prática.

Assim, a extrafiscalidade e a neutralidade passam a conviver no sistema jurídico, mediados pelo princípio da proporcionalidade, que permite, em cada caso concreto, verificar se a atenuação da neutralidade se faz para realizar algum fim constitucional (fiscal ou extrafiscal), e na medida necessária e adequada para tanto.

Ocorre que a extrafiscalidade, como visto no subitem 1.2.1, é fenômeno multifacetado, a desafiar, em cada uma das três dimensões, a identificação do

modo adequado de controlá-la, sempre mediado pela proporcionalidade e tendo em conta a neutralidade tributária a nortear sua aplicação.

Quando se está diante das distorções indesejadas, mas inevitáveis e necessárias para extrair recursos da sociedade por meio da tributação, a neutralidade se manifesta como obrigação de manter nos níveis mínimos tais efeitos. Nesse sentido, a neutralidade tributária se ampara no direito à propriedade (art. 5º, *caput*, e XXII, da CF) e no princípio da vedação ao confisco (art. 150, IV, da CF), pois não é lícito ao Estado, ao extrair recursos da sociedade, gerar danos desproporcionais aos benefícios fiscais buscados pelo Estado.

Quando se está diante de normas tributárias adrede concebidas para gerar efeitos positivos sobre o mercado, buscando sanar alguma de suas falhas, o controle exercido pela neutralidade passa a ser mais qualitativo. Em vez de se preocupar com o tanto de distorção, o foco passa a incidir sobre a necessidade da medida e em sua adequação em restabelecer o equilíbrio de mercado. A proporcionalidade, mais uma vez, orienta a conciliação entre extrafiscalidade e neutralidade. Ademais, são os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (art. 170, *caput* e IV, da CF) que amparam essa perspectiva da neutralidade tributária, pois são esses princípios que concretizam a adesão da Constituição Federal à economia de mercado e aos benefícios econômicos a ele associados.

Essa mesma ponderação entre neutralidade e extrafiscalidade, realizada pelo princípio da proporcionalidade, tem lugar quando as normas tributárias extrafiscais se voltam à realização de algum outro fim constitucional, à custa de distorções e ineficiências geradas no mercado (terceira perspectiva da extrafiscalidade). Serão sopesados os valores protegidos pela neutralidade tributária (entre eles, a isonomia tributária) com os valores constitucionais buscados pela medida tributária extrafiscal. Aqui, a função da neutralidade é garantir o respeito aos princípios da igualdade e da isonomia tributária (art. 150, II, da CF), que repelem a interferência do Estado em favor de determinado contribuinte.

Em resumo, a neutralidade tributária, tomada como princípio constitucional, impõe que as distorções indesejadas decorrentes da tributação sejam as menores possíveis; que os efeitos extrafiscais de tributos corretivos de falhas de

mercado sejam eficazes e adequados àquele fim⁵¹; e que os valores constitucionais visados pela norma tributária sejam alcançados com o mínimo de reflexo no equilíbrio da economia.

Compreender a neutralidade como um conceito relativo, de outro lado, permite que ela sirva de parâmetro de comparação de regimes tributários. Assim, passa a ter sentido afirmar que, em tese, tributos com alíquota menor são mais neutros, ou que a tributação progressiva da renda é menos neutra que a tributação proporcional. Em termos gerais, passa-se a considerar “mais” neutro o tributo que gera menos perda de peso morto, ou menos distorções na oferta de trabalho, por exemplo.

Sendo mais específico, em termos comparativos, é razoável afirmar que o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) é um imposto neutro, enquanto a Cofins, sob as regras da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, não (desde que se adote a cumulatividade como único critério de diferenciação). A cumulatividade corresponde ao chamado “efeito cascata”, em que o tributo cobrado em uma das fases de circulação se soma ao mesmo tributo cobrado na fase seguinte. Assim, quanto mais longa a cadeia de produção, mais essa acumulação de tributos onera o preço final do produto, fazendo com que a alíquota nominal seja menor do que a real. A não-cumulatividade, por sua vez, significa que o contribuinte da fase seguinte pode abater o tributo pago na etapa anterior. Dessa maneira, a alíquota nominal tende a se aproximar da alíquota efetiva.

O efeito extrafiscal da cumulatividade é, pois, privilegiar os que adotam cadeia produtiva mais curta. Os contribuintes desse tributo são induzidos a adotar estrutura de produção que concentre, em uma só pessoa jurídica, várias fases de produção, ainda que esta não fosse a estrutura empresarial adotada em situação de não-tributação. A distorção gerada por um tributo cumulativo, em síntese, é a indução à concentração vertical.

⁵¹ Lima admite, em contexto um pouco diverso, que a neutralidade possa ter uma vertente positiva, em que se espera do Estado uma ação que previna ou restaure, “quando for o caso, a igualdade de condições na concorrência, quando esta se encontre ameaçada por ações de particulares ou outros fatores relevantes, sempre objetivando a preservação da igualdade de condições competitivas no mercado” (2005, p. 73).

Vale ressaltar que a não-cumulatividade do tributo é um parâmetro de neutralidade fiscal especialmente caro à Constituição Federal de 1988. Além de ser obrigatório para os dois principais impostos sobre circulação de bens e serviços (IPI – art. 153, § 3º, II; e ICMS – art. 155, § 2º, I), pode ser adotado pela Cofins (art. 195, § 12). Ademais, os impostos e contribuições criados no exercício da competência residual da União também terão de ser, necessariamente, não-cumulativos (art. 154, I). Esse aspecto demonstra a preocupação do Constituinte em privilegiar, na medida do possível, a neutralidade da tributação, ainda que, como se verá, reserve importantes funções para a extrafiscalidade como meio de intervenção na economia.

1.3 – Conclusões

Neste Capítulo 1, demonstrou-se como os contribuintes reagem aos incentivos e desestímulos gerados pela incidência tributária. A essas distorções, comum a todos os tributos normalmente utilizados, denominou-se extrafiscalidade.

A extrafiscalidade, com tal alcance, abrange amplo leque de efeitos (excluído, por definição, o principal deles, que é a extração de recursos da sociedade), que variam conforme o tipo de norma tributária. Assim, o imposto de renda pode desestimular o trabalho ou a assunção de riscos, enquanto a tributação do consumo pode influenciar o processo de formação de preços. Finalmente, outros aspectos acessórios da legislação tributária, como a cumulatividade, podem influenciar a organização dos agentes em determinado mercado.

A amplitude dada ao conceito de extrafiscalidade viabilizará, ao longo da dissertação, uma análise mais completa da relação entre tributação e concorrência. Tomada a extrafiscalidade como causa de alteração do comportamento do contribuinte, será possível enxergar com mais inteireza as diversas influências que os tributos exercem sobre o equilíbrio em mercados competitivos ou não.

As análises empreendidas neste Capítulo 1, ademais, focaram em mercados perfeitamente competitivos. Além da facilidade didática dessa abordagem, também se justifica pelo fato de que o modelo de competição perfeita servirá de parâmetro de comparação quando se analisar a tributação em mercados de competição imperfeita, a ser empreendida no Capítulo 3.

CAPÍTULO 2 – PODER DE MERCADO E DESEQUILÍBRIOS DA CONCORRÊNCIA

No Capítulo 1, concluímos, que, entre os potenciais efeitos extrafiscais do sistema tributário, está o de, na medida do possível, aproximar o comportamento do contribuinte daquele adotado em mercado perfeitamente competitivo. Em outras palavras, a tributação pode servir para atenuar os efeitos das chamadas falhas de mercado, permitindo que o mercado funcione à semelhança dos modelos clássicos de concorrência perfeita, no qual, em princípio, obtém-se o máximo de eficiência.

Entre as imperfeições ou inoperacionalidades do mercado, aquela que nos interessa particularmente e será abordada no presente capítulo é a considerada por Nusdeo (2001, p. 149) como *falha de estrutura*. Trata-se do poder de mercado, que se revela em seu grau máximo na figura do monopólio ou do monopsônio, mas, na prática, é mais comum se apresentar na forma de oligopólio ou oligopsônio.

2.1 – Monopólios

O mercado, para funcionar de maneira perfeitamente competitiva, necessita que, em seus dois polos (fornecedor e consumidor), os atores sejam tão numerosos que suas decisões individuais, por si, não tenham o poder de influenciar o funcionamento do mercado como um todo. Assim, os consumidores apenas optam entre adquirir ou não o bem pelo preço oferecido (se igual ou inferior a seu preço de reserva), e os fornecedores se limitam a regular a própria produção, pois o preço pelo qual venderão seus produtos é ditado pelo mercado, e não por eles controlado (ver Introdução).

Tem-se um mercado operando de maneira imperfeita, pois, quando se reduz tanto o número de fornecedores ou consumidores de determinado produto, que a decisão individual de um deles termina por influenciar diretamente a formação de preços e a quantidade de bens produzidos. A essa capacidade de, regulando sua própria produção, interferir na formação de preços em determinado mercado, dá-se o nome de *poder de mercado*.

Nesse sentido, existe monopólio quando um único fornecedor atua no mercado (SALANIÉ, 2000, p. 141)⁵². No entanto, para que o monopolista tome suas decisões relativas a preço e quantidade, não basta ser o único a atuar no mercado, mas é necessário que haja barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado⁵³ (HOVENKAMP, 2005, p. 80). Em outros termos, o monopolista deve ser o único fornecedor do mercado, tanto no presente quanto no futuro próximo, independentemente de sua conduta em relação ao preço cobrado e à quantidade produzida.

Ser o único fornecedor no mercado significa, ademais, que não há substitutos próximos para o produto vendido (LOEVINGER, 1953, p. 532). Assim, o comprador limita-se a optar entre comprar ou não o produto, sem que haja uma opção de recorrer a um produto que lhe traga utilidade equivalente.

Ambas as condições são assunções meramente hipotéticas. Na prática, é sempre possível encontrar substituto, ainda que imperfeito, para qualquer produto. Além disso, é quase sempre inviável, a depender dos lucros obtidos pelo monopolista, impedir a entrada de novos concorrentes, ainda que leve algum tempo⁵⁴.

A simples caracterização do monopólio, entretanto, não é suficiente para identificar os prejuízos que o comportamento monopolista traz à sociedade. Imprescindível, para tanto, é diferenciar o comportamento do agente monopolista do racionalmente adotado pelos agentes em ambiente de competição perfeita.

Como visto na Introdução, em um mercado competitivo, com o fim de maximizar seus ganhos, o fornecedor, na medida em que não exerce influência direta

⁵² “O monopsônio ocorre quando há singularidade de comprador, o que lhe confere poder de mercado extremo ou poder de monopsônio” (GICO JÚNIOR, 2007, p. 90). Como fica claro da definição, trata-se do mesmo fenômeno do monopólio, visto através do prisma oposto, em que o poder de mercado é exercido no polo comprador. Por esse motivo, a fim de simplificar a exposição das ideias, a partir deste ponto, somente nos referiremos aos monopólios e oligopólios.

⁵³ De acordo com Gomes (2004, p. 164), “constituem barreiras todos os fatores que impedem ou desestimulam o agente econômico de se retirar de um mercado não-lucrativo ou de ingressar em mercado que apresente lucros extraordinários”. Para Hovenkamp (2005, p. 92-93), as barreiras à entrada são todos os fatores que fazem o custo dos novos negócios mais altos que o dos já existentes. Somente com barreiras elevadas é possível se formar o monopólio. A barreira à entrada pode ser temporal, quando a entrada de novos concorrentes necessita de longo tempo para construção de fábricas e instalação de equipamentos. Nesse ínterim, o monopólio se viabiliza.

⁵⁴ Diante disso, Hovenkamp (2005, p. 80) adverte que, na prática, já é possível considerar monopolista empresa que, embora não única, detenha entre 70% e 90% do mercado. Além disso, é possível que ela exerça seu poder de monopólio ainda que exista a ameaça de entrada de novas empresas no mercado.

sobre o preço, tende a elevar sua produção até que o custo de produzir um bem a mais (custo marginal) se iguale ao preço de mercado. Se produzir menos, deixará de ganhar, pois outros fornecedores suprirão a demanda. Se produzir mais, terá prejuízo, pois não conseguirá vender por preço superior ao do mercado.

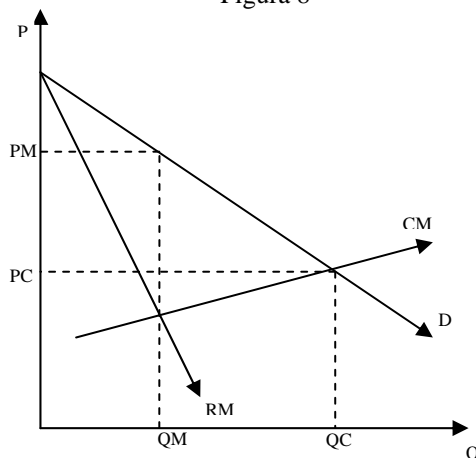
No monopólio, cada bem produzido a mais pelo monopolista influencia diretamente a formação do preço, pois somente ele pode satisfazer a demanda. Por consequência, cabe-lhe decidir para qual parcela de consumidores venderá seus produtos. Se produzir pouco, venderá apenas para aqueles com preços de reserva mais altos. Se aumentar a produção, venderá para estes e para os que tenham preço de reserva menor. Contudo, impossibilitado, em princípio, de discriminar preços, se decidir atender a parcela maior de consumidores, terá de reduzir o preço de toda a produção, que será sempre igual ao menor preço de reserva que se dispuser a atender.

Diante desse cenário, os dados relativos à curva de receita marginal passam a ser essenciais para o fornecedor regular o nível de produção de modo que seus ganhos sejam máximos. A curva de receita marginal representa a receita obtida à medida que o fornecedor monopolista eleva sua produção. Como a venda de um bem adicional depende da redução do preço de todos os bens anteriormente produzidos, a curva de receita marginal decresce de maneira mais aguda que a curva de demanda. Para o monopolista, enfim, o nível ótimo de produção será aquele em que a curva de receita marginal encontrar a curva de custo marginal. Em outras palavras, o monopolista deve produzir bens até que a receita obtida com a venda do bem adicional seja equivalente ao seu custo de produção (HOVENKAMP, 2005, p. 81). Produzidos os bens na quantidade ótima, o preço de venda será aquele estabelecido pela curva de demanda para a quantidade oferecida à venda⁵⁵.

A situação acima descrita pode ser exposta em formato gráfico:

⁵⁵ A redução da quantidade e a elevação de preços constituem, é importante frisar, a conduta racional de quem busca a maximização de seus ganhos. Essa conduta é denominada de comportamento malthusiano (SALANIÉ, 2000, p. 142).

Figura 8



Em concorrência, a quantidade (QC) e o preço (PC) tenderiam a se equilibrar no encontro entre as curvas de demanda (D) e de custo marginal (CM). No monopólio, o ponto de equilíbrio se dá no encontro entre as curvas de custo marginal (CM) e de receita marginal (RM), o que resulta em quantidade (QM) menor e, por consequência, em preço maior (PM) (GICO JÚNIOR, 2007, p. 71). Esse preço mais elevado é chamado de *preço de monopólio* (HOVENKAMP, 2005, p. 81).

Mas que prejuízos a sociedade sofre em razão do comportamento do agente monopolista? Da análise até aqui empreendida, constatou-se que a quantidade produzida fica abaixo, enquanto o preço fica acima dos níveis obtidos em ambiente de concorrência. Essas duas variáveis vão delinear os dois principais efeitos econômicos do monopólio.

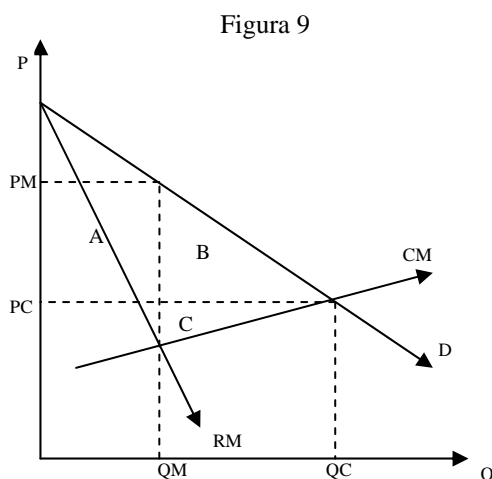
O preço mais elevado praticado pelo fornecedor permite que este se aproprie de parte do excedente do consumidor que seria auferido em ambiente de competição. Quanto mais o preço se eleva acima do que seria o preço de mercado (fixado em ambiente competitivo), menor é o excedente do consumidor, individualmente considerado, e maior o do fornecedor. Assim, ao permitir a elevação do preço do produto, o monopólio se torna prejudicial aos interesses dos consumidores.

No entanto, como enfatizam, entre outros, Hovenkamp (2005, p. 83) e Gico Júnior (2007, p. 76), a despeito dos prejuízos impostos à parcela da população representada pelos consumidores, trata-se de mera transferência de riquezas, que não torna a sociedade como um todo pior. Isso não significa que essa transferência não deva

ser objeto de estudo da economia, mas a reprovação desse efeito do poder de monopólio depende de juízo de valor estranho à análise meramente econômica (LANDE, 1999, p. 881).

Por outro lado, como o exercício do poder de monopólio também resulta na redução da quantidade de bens negociados, é possível identificar outro efeito decorrente da atuação do agente monopolista, este sim gerador de perdas sociais efetivas. Com a produção reduzida ao patamar monopolístico, a parcela dos consumidores que seria atendida se houvesse efetiva competição fica impossibilitada de adquirir o produto, uma vez que seu preço de reserva é inferior ao preço monopolista. Assim, os consumidores deixam de empregar seus recursos na finalidade mais eficiente, enquanto o produtor deixa de obter lucro com as vendas não realizadas (HOVENKAMP, 2005, p. 83). Da mesma forma que a perda decorrente da tributação, a ineficiência alocativa decorrente do monopólio também é chamada de *perda de peso morto*.

No gráfico abaixo, é possível visualizar essas perdas e constatar como se assemelham às estudadas no Capítulo 1:



Na Figura 9, o quadrado A representa a parcela do excedente do consumidor que é apropriada pelo fornecedor monopolista. Trata-se de mera transferência de riqueza, tal como se dá com as rendas transferidas da sociedade para o Estado por meio da tributação. O triângulo formado por B e C⁵⁶, por sua vez, delimitam

⁵⁶ Denominado de triângulo de *Harberger* (Salanié, 2000, p. 143).

a parcela de riqueza que deixa de ser gerada em razão do monopólio. Como a produção cai de QC para QM, os consumidores posicionados na curva de demanda após esta quantidade ficam desatendidos, e os ganhos potenciais decorrentes das vendas não-realizadas são perdidos. Essa é a perda de peso morto (*deadweight loss*), que em muito se assemelha à perda analisada no Capítulo 1.

A principal diferença, no entanto, é que, enquanto as perdas com a tributação são geradas para permitir o financiamento do Estado, essas últimas são geradas para ampliar o lucro do fornecedor monopolista. Além disso, enquanto, no Estado moderno, não existe alternativa mais eficaz que a tributação para financiar a atuação estatal, o monopólio, salvo em casos específicos, decorre de uma limitação do mercado que, se corrigida, restabelece o equilíbrio competitivo e os ganhos de eficiência dele decorrentes.

Também os efeitos sociais gerados pelo monopólio, assim como ocorre com a tributação, não são de fácil mensuração. Os gráficos apresentados têm finalidade meramente explicativa, pois, tanto no caso da transferência de riqueza, quando na perda de peso morto, muitos são os fatores a interferir em sua real dimensão.

No caso da perda de peso morto, deve-se abater o excedente adquirido pelos consumidores que são impelidos a utilizar seus recursos na compra de outros produtos que não o monopolizado, e conseguem fazê-lo por valor inferior ao respectivo preço de reserva (HOVENKAMP, 1982, p. 13).

Quanto ao valor retirado dos consumidores em razão da elevação de preços ao patamar monopolista, é importante observar que nem todo ele é apropriado pelo fornecedor. Na prática, para alcançar a posição de monopolista e, posteriormente, manter-se nela, o fornecedor pode gastar grande parte desse ganho potencial em práticas voltadas a prejudicar a concorrência, tais como preços predatórios ou elevação de custos dos rivais. É necessário, pois, contabilizar esses gastos como parte do custo social do monopólio (HOVENKAMP, 2005, p. 83). Gico Júnior trata desses custos como *perda dinâmica do monopólio* (2007, p. 83-89).

Os monopólios, enfim, geram outra classe de efeitos negativos, ainda mais difíceis de serem mensurados, e também enquadráveis como perda dinâmica. Trata-se da perda de eficiência por que passam as empresas que se afastam do ambiente

de competição. Essas perdas são agrupadas sob a denominação de ineficiência-X (*X-inefficiency*) (SALANIÉ, 2000, p. 143), e compreendem desde a redução no investimento em pesquisa e desenvolvimento, até o salário pago aos executivos de empresas monopolistas em patamar superior ao de mercado (LANDE, 1999, p. 883-884).

Os monopólios, contudo, não geram somente prejuízos. Em primeiro lugar, deve-se levar em conta que o empenho das empresas em se tornar monopolista pode levar a ganhos de eficiência produtiva. Na busca pelo lucro supracompetitivo, pode-se estabelecer ambiente de extrema competição, levando as empresas a reduzirem custos e preços e a melhorarem a qualidade de seus produtos (LANDE, 1999, p. 883).

Além disso, os ganhos de escala decorrentes do crescimento das empresas podem ter efeito positivo sobre o setor⁵⁷. Em certos casos, o monopólio pode ser a maneira mais eficiente de produzir e comercializar um bem (monopólio natural). Isso ocorre quando seus custos de produção decrescem à medida que a quantidade produzida aumenta, até o ponto em que o mercado é integralmente atendido (HOVENKAMP, 2005, p. 85)⁵⁸. Nesses casos, uma única empresa conseguirá oferecer o bem por preço menor que duas ou mais empresas em competição, ainda que aquela pratique o preço de monopólio (GICO JÚNIOR, 2007, p. 73).

Também é importante reconhecer que os modelos clássicos de competição e de monopólio são objeto de intensas críticas. Loevinger (1953, p. 505-539) expõe de maneira didática os vários autores que apontam as falhas e incompletudes do sistema neoclássico apresentado neste capítulo. Segundo seus críticos: a) o apontado equilíbrio competitivo nunca ocorreria pela livre atuação das forças de mercado (Keynes); b) o resultado do livre mercado seria, na verdade, a competição monopolística (Chamberlin); c) a concentração no polo da oferta é compensado pela tendência de concentração no polo da demanda (grandes rede de varejo), resultando em poderes contravalentes (*countervailing power*) (Galbraith); d) o monopolista, para

⁵⁷ Os conceitos de Escala Mínima Ótima (*Minimum Optimal Scale*) e Escala Eficiente Mínima (*Minimum Efficient Scale*) são úteis para avaliar até que ponto o crescimento de uma empresa pode implicar ganhos de eficiência para o setor (HOVENKAMP, 2005, p. 85).

⁵⁸ Salanié (2000, p. 81-83) demonstra, em termos algébricos, as circunstâncias em que uma única empresa deve assumir integralmente a fabricação de um produto, em vez de a produção ser repartida entre várias.

garantir a segurança de sua posição, nunca chega a praticar o preço monopolístico, mas um preço intermediário entre este e o de livre competição (Clark).

Schumpeter, por sua vez, defende que o lucro monopolístico é necessário para remunerar os investimentos feitos no desenvolvimento do produto que lhe garantiu o monopólio, e que a verdadeira competição não se dá entre produtos semelhantes, mas com a criação de produto novo, que torna o anterior obsoleto, gerando novo monopólio, em um processo de destruição criativa (HALE, 1955, p. 440-441).

O que une os críticos contra o modelo clássico de concorrência é o fato de ele ser **estático**, pois parte da premissa de que, ainda que as condições mudem, existe uma constante tendência de a produção ser tal que iguale custo e preço, e que a oferta seja igual à demanda (HALE, 1955, p. 433). Os modelos dinâmicos, por outro lado, tentam levar em conta a passagem do tempo, bem como a considerar a sociedade econômica como um organismo vivo, que cresce e funciona para incessante adaptação a um ambiente constantemente mutável (HALE, 1955, p. 435)⁵⁹.

Ainda assim, os modelos estáticos são bastante utilizados no estudo da concorrência, seja porque, de fácil compreensão, são capazes de, na prática, dar respostas adequadas aos problemas da concorrência⁶⁰, seja porque muitos modelos dinâmicos, em razão da necessidade de incorporação de inúmeras variáveis, ainda oferecem dúvidas e incertezas que inviabilizam sua aplicação disseminada.

2.2 – Oligopólios

Como foi antecipado no início deste capítulo, é muito mais comum nos depararmos com oligopólios do que com monopólios. Enquanto estes representam o caso extremo do poder de mercado, aqueles configuram posição intermediária, em que a redução no número de fornecedores não é total, mas suficiente para alterar os resultados esperados em concorrência perfeita.

⁵⁹ Quanto a este ponto, é relevante lembrar o alerta de Loevinger (1953, p. 554), de que o problema do exercício e controle do poder econômico é muito mais complicado, ao menos na sociedade moderna, do que poderiam pensar os economistas e juristas clássicos.

⁶⁰ Elzinga (1977, p. 1211-1212) aponta como importante razão para utilizar os modelos de equilíbrio parcial, baseados nos autores neoclássicos, o fato de que eles efetivamente funcionam. Dá como exemplo a formação de cartel que gera aumento de preços, que voltam a se reduzir quando o cartel se desfaz. Essa correlação existe, ainda que o modelo teórico desconsidere inúmeras variáveis existentes na vida real.

Nesses casos, o fornecedor nem é mero tomador de preço, como na concorrência plena, nem determina unilateralmente a fatia da curva de demanda que será atendida, como no monopólio.

Cournot (GICO JÚNIOR, 2007, p. 227-229) tentou estabelecer em que nível se daria o equilíbrio de preço e quantidade no mercado oligopolístico. Segundo seu modelo, dois fornecedores, em sucessivos ajustes de sua produção, sempre a igualar seu próprio custo marginal com a respectiva curva de receita marginal residual (decorrente da demanda desatendida pelo outro fornecedor), chegariam a um ponto de equilíbrio no qual ambos não mais modificariam sua produção, pois não seria possível elevar seus ganhos. Esse ponto, chamado de equilíbrio de Cournot, seria inferior ao preço monopolístico, mas superior ao competitivo.

Trata-se de modelo estático, em que se afasta a possibilidade de ajustes dos agentes por força da interação com os demais agentes⁶¹. No entanto, conforme aponta Gico Júnior (2007, p. 242), “não há um modelo econômico tão simples e robusto o suficiente para substituir o proposto por Cournot”, e:

“muitos estudos modernos não passam de versões mais ou menos refinadas da mesma ideia básica de Cournot e, mais interessante, os resultados previstos pelo modelo original encontram algum respaldo empírico” (GICO JÚNIOR, 2007, p. 243).

Modelos dinâmicos, por sua vez, baseados na teoria dos jogos, permitem prever que, ainda que somente com interações endógenas ao mercado, o preço oligopolístico pode superar o equilíbrio de Cournot (GICO JÚNIOR, 2007, p. 273). Se um dos agentes eleva seu preço, é provável que os concorrentes, em vez de optarem por manter o preço e tomar a fatia de mercado do desviante, terminem por também segui-lo, ampliando os ganhos de todos. Isso porque, ao se levar em conta as seguidas interações entre os agentes ao longo do tempo (característica do modelo dinâmico), esta se revela a conduta mais racional. Manter o preço garantiria ganhos em um primeiro momento, ao

⁶¹ Crítico de Cournot, Bertrand, por exemplo, aponta que o modelo ignora que os fornecedores não reagiriam somente alterando a produção, mas também seus preços. Assim, diante de um mercado oligopolizado, o equilíbrio de Cournot não seria alcançado ou mantido, pois a estratégia racional dos agente consistiria na elevação da produção e fixação do preço em patamar inferior ao dos demais para conquistar todo o mercado. Isso obrigaria os fornecedores restantes a adotarem comportamento semelhante, o que, ao final, empurraria os preços para o nível competitivo (SALANIÉ, 2000, p. 152-153).

açambarcar parcela de consumidores antes atendidos pelo concorrente que elevou seus preços. No entanto, logo o fornecedor desviante reduziria seus preços, restabelecendo as fatias de mercado de cada um, recolocando os ganhos no patamar inicial. Por outro lado, se seguem o primeiro fornecedor, aproximam mais seu preço do nível monopolístico, e estabelecem um novo ponto de equilíbrio, até que nova elevação seja provocada por outro agente do oligopólio (GICO JÚNIOR, 2007, p. 245-269).

O oligopólio, no entanto, somente gera perdas sociais e transferência de riqueza se as condições do mercado permitirem a ocorrência de colusão horizontal, seja expressa ou tácita, de modo que os fornecedores oligopolistas, agindo racionalmente, ainda que de maneira individual, consigam elevar seus preços acima do patamar competitivo⁶². A simples redução do número de concorrentes não é suficiente para garantir que as empresas não atuarão de maneira puramente competitiva.

Do exame do funcionamento dos oligopólios, portanto, surgem duas importantes conclusões: em primeiro lugar, na medida em que se constata que, dadas as condições propícias, o preço cobrado pelo fornecedor oligopolista tende a ser superior a seu custo marginal (ainda que não chegue ao preço monopolístico), é necessário concluir que o oligopólio pode gerar efeitos sociais semelhantes aos verificados no monopólio, ainda que em distinta proporção. Por esse motivo, devem ser tratados como falhas de mercado decorrentes de concentração econômica.

Outro aspecto a ser ressaltado é que, no modelo de Cournot (equilíbrio estático) e no modelo dinâmico (equilíbrio supracompetitivo), a elevação dos preços se dá em razão de comportamentos adotados individualmente, apenas buscando antecipar e reagir aos demais produtores, sempre visando à maximização dos próprios ganhos. No oligopólio, pois, não precisa haver combinação expressa entre os agentes para que o equilíbrio ocorra com preço maior e quantidade menor em relação ao ambiente de pura competição (HOVENKAMP, 2005, p. 99). Nesse cenário, ocorre mera colusão tácita, em que o “comportamento condutor ao equilíbrio supracompetitivo [é] adotado sem

⁶² As condições necessárias para a colusão horizontal são coordenação, monitoramento e sustentabilidade (GICO JÚNIOR, 2007, p. 275). Essas condições pressupõem ação reiterada, interdependência e capacidade de aumentar preços (GICO JÚNIOR, 2007, p. 282). Finalmente, vários outros fatores atuam de maneira a favorecer a sua ocorrência: homogeneidade do produto; simetria das empresas; estabilidade das condições de demanda (grau de incerteza no mercado); amplitude de contato; capacidade ociosa; poder de mercado do comprador; e probabilidade e significância de punição pelo Direito Concorrencial (GICO JÚNIOR, 2007, p. 281).

qualquer forma de comunicação exógena ao mercado ou acordo vinculante” (GICO JÚNIOR, 2007, p. 269).

Por outro lado, o reduzido número de agentes em um dos polos do mercado, somado a outras condições, implica constante risco de combinação expressa entre eles, com o fim de atuarem como uma só empresa. Isso lhes permitiria, se alcançassem a necessária estabilidade e organização, elevar o preço e reduzir a produção como se fossem um monopólio, apropriando-se da maior parcela possível do excedente do consumidor, ainda que à custa da conseqüente perda de peso morto.

Por meio da colusão expressa, tem-se a formação dos cartéis, que adotam as mais diversas práticas anticoncorrenciais para ampliar seus lucros. Podem atuar diretamente sobre os preços ou produção; dividir o mercado entre si; atuar para eliminar a concorrência; ou atuar para dificultar o funcionamento da competição (GICO JÚNIOR, 2007, p. 423-494). Em todos os casos, há conduta articulada expressamente entre os oligopolistas.

2.3 – Direito e Poder de Mercado

Até este ponto, foram expostos os resultados meramente econômicos dos monopólios e oligopólios. Constatamos que esses efeitos podem gerar ineficiência econômica (ineficiência alocativa estática ou dinâmica, e ineficiência-X) ou mera transferência de riquezas. Neste item, pretende-se analisar como os institutos jurídicos podem ser manejados para tratar da concentração econômica.

Cumprir lembrar, mais uma vez, que a exposição das características econômicas dos monopólios e oligopólios não determina, por si, como se dará a conformação das normas jurídicas para tratar da matéria. Nesse sentido, a constatação de que o exercício do poder de mercado gera ineficiência alocativa não obriga o direito a proibi-lo ou restringi-lo. Da mesma forma, se, para a economia, a transferência de riqueza do consumidor para o fornecedor por conta do monopólio constitui dado neutro em suas análises, não o será, necessariamente, também para o direito.

A exposição feita nos itens anteriores teve, enfim, o intuito de evidenciar melhor a realidade sobre a qual incidirão as normas jurídicas, permitindo que estas definam, de maneira consistente, os objetivos que o direito almeja alcançar.

Desse modo, é razoável supor que a legislação concorrencial se estruture em torno de propósitos articulados a partir de alguma das categorias de efeitos já identificadas. Dessarte, pode-se focar na *eficiência* (redução ou expurgo das perdas de peso morto e das ineficiências produtivas), ou na *redistribuição de riqueza* (seja da empresa para o consumidor, seja das empresas com poder de mercado para as demais).

Se o fim preponderante é, todavia, a eficiência, a legislação não pode se limitar a vedar todo e qualquer ato de concentração, ou a proibir qualquer ato que implique combinação entre empresas relativamente a preço e quantidade. Como visto, há casos em que o monopólio é a forma mais eficiente de organização empresarial, como se dá com os monopólios naturais. Além disso, no julgamento de atos alegadamente anticompetitivos, é necessário verificar se este, a despeito de eventuais prejuízos causados aos concorrentes, é capaz, ou não, de aumentar a eficiência sem prejudicar a competição⁶³.

Para tanto, é necessário eleger o critério de eficiência que permita ponderar se a situação gerada pelo ato em exame é preferível, em termos de eficiência, à situação anterior. Hovenkamp (1982, p. 10) examina os critérios de eficiência normalmente utilizados e encontra na idéia de *maximização de riqueza*, proposta por Posner, o único critério viável para avaliar o direito da concorrência. Segundo Posner, a adoção de uma regra legal será maximizadora de riqueza se todos os que se beneficiarem dela estiverem dispostos e aptos a pagar mais por sua adoção que os que se opuserem a sua adoção estarão dispostos e aptos a pagar por sua não-adoção. Assim, a política concorrencial desejável será aquela pela qual a sociedade está disposta a pagar mais (HOVENKAMP, 1982, p. 20). Se adotada, estar-se-á maximizando a riqueza geral e, por aproximação, aumentando a eficiência.

Hovenkamp, no entanto, termina por constatar que o critério, da forma como foi concebido, é de difícil aplicação prática, na medida em que o preço não é a única forma de a sociedade demonstrar suas preferências. Por exemplo, pode ser mais valorizada determinada política que privilegie empresas menores, ainda que à custa de produtos mais caros para os consumidores (1982, p. 21). O sistema de mercado

⁶³ Hovenkamp (2005, p. 138) explica que o dano à competição ocorre quando a conduta monopolística torna mais difícil aos competidores entrar ou operar no mercado e essa conduta **não aumenta a eficiência do monopolista**.

proposto por Posner, então, seria incapaz de avaliar adequadamente o valor dado pela sociedade a determinada política. Para resolver o impasse, Hovenkamp (1982, p. 30) remete ao legislador a tarefa de estabelecer a escala de valores da sociedade em relação ao direito da concorrência. A política mais eficiente seria, pois, a que alcançasse o fim almejado pela sociedade, maximizando sua riqueza.

Por outro lado, quando o legislador não define expressamente outro objetivo, Hovenkamp (1982, p. 31) entende ser razoável supor que esse será o de oferecer ao consumidor o menor preço com a melhor qualidade, o que se faz com a elevação da produção e conseqüente redução das perdas de peso morto.

Esse entrelaçamento entre eficiência e demais objetivos do direito da concorrência também é verificado se o ordenamento jurídico parte de algum critério de redistribuição de riqueza. Impedir, por exemplo, a apropriação pelo empresário monopolista do excedente do consumidor, ou privilegiar as empresas menores em detrimento das que possuem poder de mercado tem o efeito indireto de ampliar a concorrência e, como regra, garante ambiente mais próximo ao da pura competição, em que os ganhos de eficiência são máximos. Como já foi apontado, no entanto, nem sempre a defesa do consumidor se faz pelo reforço da competição (monopólios naturais, por exemplo, põem em lados opostos a competição e os interesses do consumidor). Flynn (1977, p. 939-964), no entanto, concorda que uma legislação da concorrência que garanta o ambiente de competição tende a ser benéfica para o consumidor⁶⁴ e para a própria indústria.

Em síntese, pode-se afirmar que o controle dos atos monopolísticos permite, ordinariamente, obter eficiência alocativa e redistribuição de riquezas simultaneamente. No entanto, nos casos em que há contradição entre esses objetivos, cumpre ao legislador eleger aquele considerado socialmente preferível.

Quanto ao direito brasileiro, é na Constituição Federal de 1988, especificamente entre os princípios da ordem econômica, que se encontram os valores

⁶⁴ É necessário ressaltar, contudo, que o combate ao poder de mercado não gera benefícios, sempre, para a integralidade dos consumidores. Se, como resultado da política antitruste, o consumidor, como categoria, sai beneficiado, em cada caso particular enfrentado pelos órgãos de defesa da concorrência, o mais comum é uma parte dos consumidores ser prejudicada em detrimento de outra. A proibição de venda casada, por exemplo, impede que os consumidores dos dois produtos aufera os ganhos de eficiência dela decorrentes, para que os demais consumidores possam adquirir os produtos separadamente (HOVENKAMP, 1982, p. 6-7).

de que deve o legislador se valer para estruturar o tratamento legal da concentração econômica.

Entre as regras e princípios constitucionais, estão contempladas a livre iniciativa e a livre concorrência, bem como a defesa do consumidor (art. 170), cuja garantia se contrapõe aos principais efeitos dos monopólios e oligopólios. No entanto, outros objetivos nitidamente redistributivos também têm *status* constitucional, tais como a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades regionais e sociais⁶⁵ e o tratamento favorecido das empresas de pequeno porte. Assim, a lei deve absorver também esses valores, seja no momento de sua elaboração, seja como norte interpretativo para sua aplicação⁶⁶.

Cumprido notar que a eficiência não consta do rol de valores a orientar a política concorrencial brasileira. No entanto, a busca imediata da eficiência econômica é condição para a busca mediata de algum desses valores constitucionais (GICO JÚNIOR, 2008, p. 121). A busca pela eficiência constitui um norte a orientar as políticas públicas voltadas à defesa da concorrência⁶⁷. Assim, o combate aos custos sociais estáticos e dinâmicos dos monopólios e oligopólios se alinha com os demais princípios da ordem econômica.

De outro lado, o § 4º do art. 173 da Constituição é expresso em outorgar competência à lei para reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Esse dispositivo sintetiza os efeitos socialmente indesejados da concentração econômica. É oportuno notar que o dispositivo se volta contra os efeitos indesejados do poder de mercado, não contra ele em si (o ilícito é o abuso, não o próprio poder econômico). Essa distinção será útil na análise do conceito de *desequilíbrios da concorrência*, que designa não a ausência de concorrência em si, mas, analogamente, apenas os efeitos nocivos decorrentes do poder de mercado.

⁶⁵ Elzinga (1977, p. 1194-1196) demonstra que, não raro, o combate à concentração econômica, ainda que tenha em vista a eficiência, gera efeitos na distribuição de renda, favorecendo o mais pobres com a redução dos preços cobrados e o aumento da produção.

⁶⁶ Os escopos econômicos, sociais e políticos do direito antitruste são analisados de maneira bastante aprofundada, a partir das regras e princípios constitucionais, por Gomes (2004, p. 103-266).

⁶⁷ Elzinga (1977, p. 1191-1213) aponta a complementaridade entre *eficiência* e *equidade*, lembrando que, ainda que se busquem objetivos outros, não se pode negligenciar os custos gerados pela perda de eficiência.

A lei a que se refere o art. 173, § 4º, foi editada sob o nº 8.884, em 11 de junho de 1994. O art. 20 define as condutas que são consideradas infrações à ordem econômica. A definição das condutas põe em relevo os efeitos, efetivos ou potenciais, sobre o mercado. Nesse sentido, pune as condutas que “independentemente de culpa [...] tenham por objeto ou possam:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Constata-se que a Lei nº 8.884, de 1994, em harmonia com o art. 173, § 4º, incorpora, em tese, os fundamentos das teorias microeconômicas e opta por impedir os efeitos intrinsecamente vinculados à atuação de monopólios e oligopólios, especificamente o prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa (que geram as ineficiências já expostas) e o aumento arbitrário dos lucros (decorrência da atuação racional dos agentes em ambiente com poder de mercado, ainda que parte desses lucros termine, como visto, convertendo-se em perdas econômicas).

Ao vedar condutas que gerem aumento arbitrário dos lucros, a lei parece tratar a transferência de riqueza do consumidor para o fornecedor como um desvalor, ainda que, relembre-se, esta não gere perda econômica alguma. Ocorre que não é qualquer transferência que se enquadra na vedação, mas a que resulta do exercício do poder de mercado. Sem essa atuação, não há motivo para proibir, por si só, o enriquecimento do fornecedor. A eficiência, nesse caso, a atuar como norte orientador da aplicação da lei, recomendaria a não-intervenção, a fim de proteger os ganhos do fornecedor adquiridos sem abuso de poder econômico.

O art. 21 da Lei nº 8.884, de 1994, por sua vez, lista diversos atos que são expressamente considerados ilícitos. Trata-se de condutas tipicamente voltadas para prejudicar a concorrência ou garantir a articulação de produção e preços entre empresas atuantes em mercado oligopolizado (cartel). No entanto, podem, em determinados casos, justificar-se em termos de eficiência ou até se revelar benéficas ao consumidor.

Assim, não se deve aplicar o art. 21 de maneira desconectada do art. 20, somente sendo ilícita a conduta quando, potencial ou efetivamente, gerar algum dos efeitos mencionados neste dispositivo (GICO JÚNIOR, 2007, p. 207-208).

Finalmente, o art. 54 da lei em referência trata dos atos capazes de limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência, ou, ainda, resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Apesar de seus efeitos negativos sobre a livre concorrência, eles poderão, após submetidos à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), ser autorizados, desde que:

I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Nota-se, pois, que a Lei nº 8.884, de 1994, apesar de combater o poder de mercado e seus efeitos sobre a economia, admite certos atos que limitem a concorrência, desde que sejam justificados em termos de eficiência e permitam a repartição dos benefícios entre fornecedores e consumidores. Trata-se de reconhecer a eficiência de certos arranjos econômicos, ainda que concentradores, mas impondo-lhes condições, como amenização da transferência de riquezas dos consumidores para os fornecedores.

Essas observações sobre a Lei nº 8.884, de 1994, conquanto superficiais, têm o intuito de introduzir a questão principal deste capítulo, essencial para justificar, nos Capítulos 3 e 4, a necessidade de analisar a relação entre tributação e concorrência. Trata-se de questionar os limites práticos e jurídicos da legislação

concorrencial. Em que situações a Lei nº 8.884, de 1994, deixa de fornecer os meios para restabelecer o equilíbrio competitivo e minorar os efeitos deletérios da concentração econômica?

A primeira hipótese em que a Lei nº 8.884, de 1994, se abstém expressamente de intervir é a do monopólio que se forma por “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” (art. 20, § 1º). Se o poder de mercado é adquirido ou se mantém sem que seu detentor tenha feito algo além do desempenho normal de suas atividades empresariais, e se não abusa do poder adquirido com o objetivo de inviabilizar a concorrência, não há ilícito algum a ser coibido pela legislação concorrencial brasileira⁶⁸. O monopolista não deixará, por esse motivo, de buscar maximizar seus ganhos, igualando seu custo marginal à receita marginal e, por consequência, produzindo menos do que o ótimo social e cobrando preços acima do nível competitivo. Mas não há, no plano comportamental, remédio para a conduta do monopolista (GICO JÚNIOR, 2007, p. 347)

Essa posição da lei brasileira encontra fundamento no já citado § 4º do art. 173 da CF. Ele outorga competência à lei federal para reprimir o **abuso** do poder econômico. Toleram-se, pois, a existência do poder econômico, ainda que à custa dos prejuízos gerados à sociedade e a parcela dos consumidores.

Da mesma forma, também não há espaço para aplicação da legislação concorrencial, quando se está diante dos chamados *monopólios naturais*, em que a existência de fornecedor único é a situação mais eficiente, na medida em que dois ou mais fornecedores elevariam os custos de tal maneira que não compensariam eventuais ganhos com a competição. A Lei nº 8.884, de 1994, nesses casos, é inapta a oferecer solução que proteja o consumidor⁶⁹.

Outro campo em que a legislação da concorrência é incapaz de dar resposta satisfatória é o das colusões horizontais tácitas constatadas em mercados

⁶⁸ Loevinger (1953, p. 551) anota que, para o direito americano, também a mera existência do monopólio, em si, não é ilegal, mas ressalva que, na prática, é quase impossível obter ou manter o monopólio sem transgredir a lei antitruste americana.

⁶⁹ Os exemplos mais citados de monopólios naturais são os setores de transporte, telecomunicações, abastecimento de água e energia, em que os altos custos fixos tornam proibitiva a coexistência de concorrentes em um mesmo território.

oligopolizados. Viu-se que, presentes certas condições, as empresas oligopolistas, ainda que não celebrem acordo de preços ou de produção, são capazes de, somente por força das interações intramercado, analisando a reação de seus concorrentes, elevar seus preços acima do patamar competitivo, seja no equilíbrio de Cournot, seja em nível ainda mais elevado (equilíbrio supracompetitivo).

Para fins jurídicos, as colusões horizontais são:

“atos colusivos, entre concorrentes potenciais ou efetivos, autônomos, potencialmente resultantes em vantagens comuns decorrentes da supressão total ou parcial da livre concorrência, tendentes à dominação de um dado mercado relevante” (GICO JÚNIOR, 2007, p. 216).

Assim, colusões tácitas ou expressas (cartéis) são igualmente ilícitas, porquanto geram efeitos semelhantes nos mercados em que ocorrem. No entanto, enquanto os efeitos dos cartéis são satisfatoriamente tratados pela legislação da concorrência, por meio da declaração de ilicitude do ato colusivo expresso, a colusão tácita permanece imune a tratamento idêntico ou mesmo assemelhado.

Como a colusão tácita decorre de atuação individual, racional e, em certa medida, competitiva dos agentes oligopolistas, é inviável, por si só, condenar sua atuação. Impor-lhes conduta diversa da que adotam implicaria exigir que não agissem racionalmente (HOVENKAMP, 2005, p. 99), ou que se mantivessem alheios ao comportamento de seus concorrentes. Quando a colusão se dá por cooperação fora do mercado (acordo relativo a preço, por exemplo), a simples ruptura desse diálogo é capaz de interromper o cartel, restabelecendo-se a competição. Tal não se dá, no entanto, quando a articulação de preços ocorre graças a ações e reações dos fornecedores atuando paralelamente. Nesses casos, mesmo que fosse jurídico puni-los, não haveria conduta **correta** a lhes ser imposta (GICO JÚNIOR, 2007, p. 381-383).

O já citado § 1º do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, ademais, respalda juridicamente a não-intervenção da lei nas colusões tácitas, na medida em que a dominação do mercado relevante pelos agentes oligopolistas se opera por mecanismos exclusivamente intramercado. Se o monopólio exercido nesses termos não se enquadra nas tipificações do art. 20, este dispositivo não poderia alcançar os oligopólios, cujos

danos sociais, aliás, tendem a ser inferiores (GICO JÚNIOR, 2007, p. 328). Da mesma forma, não se pode considerar abusivo o poder econômico exercido nas condições da colusão tácita, razão pela qual faltaria amparo no § 4º do art. 173 da CF para justificar tratamento diverso da legislação da concorrência.

A inadequação da legislação concorrencial para tratar desses aspectos da concentração econômica não implica, contudo, a completa inação estatal diante das ineficiências geradas e dos prejuízos causados ao conjunto dos consumidores.

Para impedir os efeitos danosos dos monopólios, Gico Júnior lembra que as alternativas consideradas são: “(i) a encampação estatal do monopólio^{70;71}; (ii) a imposição de regulação e controle de preços; ou (iii) a reestruturação do setor” (2007, p. 347).

Hovenkamp (2005, p. 99-100) trata deste último ponto sob o título de *abordagem estrutural*, que consistiria na cisão forçada de grandes empresas com poder de mercado, restabelecendo o ambiente de competição. No entanto, reconhece que essa abordagem enfrenta enorme dificuldade, uma vez que a maior parte dos setores altamente concentrados são assim exatamente porque os ganhos com economia de escala são substanciais. Dessa maneira, eventuais ganhos com o aumento de competidores terminariam sendo neutralizados pelo aumento de custos do setor.

A regulação mediante controle de preços, por outro lado, também não é um meio simples de enfrentar o problema, especialmente quando se trata de monopólios naturais. A fórmula mais simples para restabelecer a máxima eficiência seria obrigar os monopolistas a igualarem seus preços ao respectivo custo marginal. Ocorre que, nos monopólios naturais, uma vez que os custos fixos são extremamente elevados, o custo marginal tende a ficar abaixo do custo médio. Por conseguinte, obrigar o monopolista a vender sua produção pelo custo marginal implicaria impor-lhe

⁷⁰ Bastable (1891), ao analisar a utilização do monopólio estatal como forma de auferir receitas estatais, apresenta vários exemplos de produtos cuja comercialização foi encampada pelo Estado em vários momentos da história.

⁷¹ No Brasil, boa parte das atividades propícias ao surgimento de monopólios naturais já são consideradas, pela Constituição, como serviços públicos (art. 21 da CF). Como sua prestação pode se dar por meio de concessão ou permissão, no entanto, continua sendo necessária a regulação das empresas privadas que prestarão os serviços em nome do Estado.

prejuízos, os quais teriam de ser compensados pelo Estado, preferencialmente por transferência de soma única (*lump-sum*) para evitar distorções em seu comportamento (SALANIÉ, 2000, p. 84).

O cálculo do valor dessas transferências, no entanto, é extremamente complexo e, na prática, inviável. Ademais, ainda que fosse possível, não se evitariam as distorções, uma vez que os recursos para essas transferências teriam de vir da própria sociedade, por meio da cobrança de tributos, que, como se expôs no Capítulo 1, também geram distorções (POSNER, 2007, p. 381).

A alternativa seria igualar seu preço ao respectivo custo médio. Assim, o preço incorporaria os custos fixos, o que zeraria os lucros supracompetitivos do fornecedor, ao mesmo tempo em que dispensaria o Estado de transferir recursos ao monopolista. No entanto, cobrar de acordo com o custo médio afastaria parte dos consumidores com preço de reserva inferior, não permitindo que se alcançasse o nível ótimo de produção e consumo, necessário para anular as perdas sociais (SALANIÉ, 2000, p. 85).

Finalmente, também é possível contribuir para a redução dos efeitos nocivos da concentração econômica por meio do combate, senão ao oligopólio e ao monopólio diretamente, aos fatores que facilitam sua ocorrência e manutenção.

Nesse sentido, as ações que busquem, por exemplo, reduzir as barreiras à entrada de novos competidores poderiam contribuir para a redução dos preços de um mercado oligopolizado. Com menor custo de entrada, os fornecedores em atuação precisariam reduzir seus lucros supracompetitivos para impedir a entrada de novos concorrentes. Wenders (1967) demonstrou que, ao menos no universo e período por ele analisados (setor automotivo americano no período de 1952 a 1965), mesmo nos oligopólios colusivos com altos custos de entrada, o preço monopolístico era superior ao preço de entrada de novos concorrentes (*forestalling price*). Assim, o equilíbrio supracompetitivo gerado pela colusão, seja tácita ou expressa, tende a limitar-se a este preço, e não ao monopolístico. Assim, são bem-vindas as medidas que atenuem as barreiras à entrada.

Não são somente as barreiras à entrada que facilitam a formação e manutenção do poder de mercado. No caso do oligopólio, as chamadas *práticas facilitadoras* desempenham papel essencial para que haja colusão horizontal, seja expressa ou tácita. Como já mencionado⁷², as condições necessárias para a colusão horizontal são coordenação, monitoramento e sustentabilidade. As práticas facilitadoras visam a garantir a ocorrência dessas condições. Por consequência, se se impede que os oligopolistas se utilizem dessas práticas, pode-se dificultar que o oligopólio redunde em colusão horizontal e que os preços se elevem além do equilíbrio supracompetitivo de Cournot. Hovenkamp (2005, p. 100) denomina essa vertente do antitruste de abordagem de conduta.

Pode constituir prática facilitadora, por exemplo, o anúncio antecipado de alteração no preço. Um dos fatores que dificultam a colusão tácita é a ciência de qual preço está sendo praticado pelos concorrentes. Conhecer os preços dos concorrentes com velocidade adequada que permita aos demais fornecedores reagir de maneira conforme é, sem dúvida, necessário para garantir a subsistência da colusão tácita. Nesse sentido, o anúncio antecipado de que se vai elevar o preço pode funcionar como uma convocação para que os demais o sigam para o novo patamar de preços (supracompetitivo), mais próximo do monopolístico. Vedar a edição desses anúncios pode, pois, dificultar o monitoramento dos preços pelos fornecedores, contribuindo para desorganizar a colusão horizontal.

A caracterização da prática facilitadora, no entanto, depende de aprofundado exame das peculiaridades do mercado e exige extremo rigor dos julgadores. Uma mesma prática pode se revelar facilitadora em determinado mercado e ser pró-competitiva em outro. Gico Júnior (2007, p. 387-419) expõe de maneira mais aprofundada os critérios para identificar e, se for o caso, condenar uma prática facilitadora, reduzindo, por consequência, a probabilidade de uma colusão horizontal se formar e funcionar com alguma estabilidade.

⁷² Ver nota de rodapé 62 do Capítulo 2.

2.4 – Conclusões

No presente Capítulo 2, expusemos o modo de funcionamento dos mercados em que um dos fornecedores detém poder de influenciar, com a regulação de sua produção, por si só, o processo de formação de preços. As consequências do exercício desse poder de mercado também foram apresentadas e separadas em três categorias: a transferência de riquezas do fornecedor para o consumidor, as perdas estáticas e dinâmicas e as ineficiências-X.

Avaliamos, ainda, os parâmetros constitucionais e legais adotados para lidar com o fenômeno da concorrência. Enfatizamos que a eficiência, apesar de não constar como princípio explícito da ordem econômica, serve como critério para alcançá-los.

A descrição do comportamento dos agentes em mercados de concorrência imperfeita, bem como das consequências danosas do exercício do poder de mercado, será essencial para avaliar a eficácia do uso da tributação para bloquear seu desenvolvimento ou atenuar os efeitos negativos de sua atuação. Ainda no Capítulo 2, apresentamos os instrumentos de que dispõe o Direito da Concorrência para combater o abuso do poder econômico, bem como as limitações que aquele enfrenta diante da diversidade de condutas com a qual tem de lidar. Também aqui, o objetivo foi explorar os diversos aspectos da defesa da concorrência, de modo a permitir identificar os momentos em que a tributação pode ser mais útil.

Conjugando tudo o que se expôs nos Capítulos 1 e 2, tem-se um arcabouço teórico suficiente para compreender as análises que serão empreendidas no Capítulo 3, cerne do trabalho, em que estudaremos, mais detidamente, a relação entre a tributação e os desequilíbrios da concorrência.

CAPÍTULO 3 – TEORIA DA TRIBUTAÇÃO E CONCORRÊNCIA

No Capítulo 2, analisamos os custos sociais e os prejuízos causados pelo exercício do poder de mercado, assim como alguns dos meios de que dispõe o direito para neutralizar ou, pelo menos, amenizar esses efeitos negativos. Deu-se destaque, ainda, às limitações que o direito da concorrência encontra para cumprir integralmente seus objetivos constitucionais. Neste capítulo, analisaremos a relação entre tributação e concorrência. O objetivo é verificar como a tributação afeta o funcionamento dos mercados monopolista e oligopolista, e como a adoção de formas adequadas de tributação pode contribuir com o direito da concorrência e ajudar a prevenir esses desequilíbrios.

A incidência tributária em mercados concentrados, veremos, apresenta particularidades que demandam modelos tributários específicos, capazes de tornar os benefícios buscados com a obtenção de receita superiores aos respectivos custos econômicos.

3.1 – Tributos indiretos e concorrência imperfeita

A perda de peso morto gerada pela tributação foi apresentada, no Capítulo 1, utilizando-se, como referência, hipotético imposto indireto cobrado sobre produto negociado em mercado competitivo, tanto com alíquota *ad valorem*, quanto com alíquota específica. Em ambiente de competição pura, constatou-se, os efeitos fiscais e extrafiscais da tributação com uma ou outra alíquota são idênticos. Em outras palavras, se estabelecidas alíquotas específica e *ad valorem* equivalentes, o montante arrecadado, a redução na produção e o reflexo nos preços serão os mesmos.

Quando o mercado é perfeitamente competitivo, os fornecedores são meros tomadores de preço. Como a alíquota também não é determinada pelo fornecedor, o montante de imposto devido pela venda de cada produto, ainda que a alíquota seja *ad valorem*, é percebido por ele como uma quantia fixa, resultante da multiplicação do preço de mercado pela alíquota (KEEN, 1998, p. 4-5). Por esse motivo, se essa quantia fixa for idêntica à correspondente alíquota específica, o volume

de produção que maximiza o lucro será o mesmo, assim como o preço cobrado do consumidor final⁷³.

Como verificado no Capítulo 1, no modelo de competição perfeita, é possível afirmar que a repercussão (*shifting*) não ultrapassará o valor do tributo (YOUNG; BIELINSKA-KWAPISZ, 2002, p. 58). Assim, não interessa o tipo de alíquota ou seu montante, o fornecedor, ainda que consiga repassar integralmente o valor do tributo, não poderá cobrar mais do que a soma do preço com o tributo. Para elevar o preço acima do valor do imposto (*overshifting*), a produção como um todo teria que ser excessivamente reduzida. Mas, como já foi demonstrado, se há competição, o fornecedor que reduz sozinho sua produção tem sua fatia de mercado ocupada pelos demais concorrentes, sem que o preço de mercado seja afetado.

Em mercados concentrados, por outro lado, a opção entre uma alíquota e outra deixa de ser indiferente. Se há monopólio, abandonar a alíquota específica em favor da *ad valorem* traz benefícios para todos os interessados, gerando menor perda de peso morto. O consumidor ganha com a queda no preço⁷⁴. O fornecedor monopolista também é beneficiado, pois se elevar a produção, mesmo com a redução no preço, ampliará seus lucros. Finalmente, também o ente arrecadador se beneficia, pois o montante arrecadado tende a ser maior em razão do aumento da produção e dos maiores gastos efetuados pelo conjunto dos consumidores. A alíquota *ad valorem*, portanto, é amplamente vantajosa em um mercado dominado por um único fornecedor (KEEN, 1998, p. 8-9). Explica-se: como o aumento da produção do monopolista implica redução

⁷³ A identidade de efeitos decorrente da utilização de alíquota específica ou *ad valorem*, no entanto, depende de que a qualidade do produto se mantenha constante. Caso se admitam melhorias na qualidade do produto, a utilização de uma ou outra alíquota pode gerar efeitos extrafiscais distintos. A alíquota *ad valorem* apresenta *efeito multiplicador (multiplier effect)*: como o melhoramento na qualidade, em princípio, implica elevação de custo, esse termina sendo “taxado” pela *ad valorem* (que tem como base o valor do bem), o que resulta em desestímulo a sua implementação (o custo da melhoria é multiplicado pelo valor do tributo). Por outro lado, a alíquota específica (que incide sobre cada unidade de produto, independentemente de seu valor), em princípio, não é elevada se algum melhoramento eleva o custo do produto. Para o fornecedor, portanto, a alíquota específica gera *efeito de aprimoramento (upgrading effect)* (KEEN, 1998, p. 5). Por essas razões, Barzel (1976, p. 1185) afirma que a alíquota específica induz a substituição da quantidade pela qualidade, resultando em maior aumento do preço por unidade. A alíquota *ad valorem*, por sua vez, favorece a redução da qualidade e, por consequência, tende a gerar um menor preço pós-imposto. POSNER (2007, p. 516-517), no mesmo sentido, lembra que, ao tributar o carro, mas não as partes isoladas que o compõem, pode-se induzir a venda de carros sem acessórios. Ao contrário, se a tributação é fixa independentemente do valor do carro, os fabricantes são estimulados a elevar sua qualidade.

⁷⁴ Em comparação com a alíquota específica, pois ambas, em princípio, elevarão os preços em relação ao preço sem tributação.

no preço, a queda na receita marginal é mais acelerada quando se usa a alíquota fixa, pois o valor do imposto se mantém constante e, por conseguinte, seu peso na composição do custo vai ficando proporcionalmente maior. Com a alíquota *ad valorem*, a redução no preço é acompanhada pela redução proporcional do tributo, que mantém constante seu peso na composição do custo. O fornecedor pode, pois, praticar um preço pós-tributo menor⁷⁵.

Quando o número de fornecedores aumenta, os resultados se alteram. Se há oligopólio, mas as condições do mercado impedem que seus membros atuem colusivamente para elevar seus lucros (como no modelo descrito por Bertrand – ver nota de rodapé 61 do Capítulo 2), os efeitos fiscais e extrafiscais decorrentes da utilização de alíquota específica ou *ad valorem* se assemelham aos da concorrência perfeita.

Se, todavia, o oligopólio se estrutura conforme o modelo descrito por Cournot (preço superior ao competitivo, mas inferior ao monopolístico), a substituição da alíquota fixa pela *ad valorem* equivalente tende a causar redução no preço, aumento na arrecadação, mas redução do lucro dos fornecedores. Isso ocorre porque a mudança no tipo de alíquota estimula o fornecedor a elevar sua produção para ampliar seu lucro (tal como ocorre no monopólio). Mas como os demais fornecedores tendem a fazer o mesmo, o lucro esperado por um fornecedor individual é neutralizado pelo aumento geral da produção, que faz o preço cair abaixo do necessário para manter o ganho no mesmo patamar da tributação com alíquota específica (KEEN, 1998, p. 9-10). O fato de que somente as empresas perdem, enquanto o Estado e o consumidor ganham, não justifica opção automática pela tributação *ad valorem* para o oligopólio de Cournot. Se a alíquota específica propicia lucro maior para as empresas, pode, por consequência, vir a estimular a entrada de novos concorrentes dispostos a arcar com os custos fixos necessários para atuar no setor, ávidos por auferir os lucros extraordinários gerados pelo

⁷⁵ Suits e Musgrave (1953, p. 598-599) resumem em três proposições as diferenças entre alíquotas específicas e *ad valorem* em mercados concentrados: a) a arrecadação de uma dada alíquota específica é sempre menor que a arrecadação com a alíquota *ad valorem* necessária para manter o mesmo preço e produção; b) a arrecadação máxima que poderia ser obtida com alíquota específica é menor que a máxima arrecadação possível com uma alíquota *ad valorem*; c) se a mesma arrecadação é obtida com alíquota específica e *ad valorem*, o preço final será mais alto (e a produção, menor), com a alíquota específica.

sobrepreço (KEEN, 1998, p. 11). E quando se eleva o número de concorrentes, dificulta-se o exercício do poder de mercado⁷⁶.

Em mercados concentrados, ademais, deixa de ser válida a assertiva de que o preço ao consumidor, após a introdução do tributo (com alíquota específica ou *ad valorem*), será elevado, no máximo, pelo montante do próprio tributo. Esse teto é válido somente para os oligopólios que sigam o modelo de Bertrand, equivalente à concorrência perfeita (FULLERTON; METCALF, 2002, p. 1823-1824).

Nos monopólios e demais oligopólios⁷⁷, sempre que o aumento da produção implicar redução do custo médio (empresas com custos fixos elevados, por exemplo), haverá reflexo nos preços superior ao valor do tributo. Isso ocorre porque o preço se elevará em razão do imposto em si, e do fato de que o custo médio cresce com a redução da produção. A soma desses dois fatores gera o *overshifting* (YOUNG; BIELINSKA-KWAPISZ, 2002, p. 59). Também ocorrerá *overshifting* se os custos forem lineares e a elasticidade da curva de demanda for constante, sendo tanto maior quanto mais concentrado for o mercado (FULLERTON; METCALF, 2002, p. 1826). A repercussão acima do valor do imposto decorre do comportamento estratégico das empresas com poder de mercado. Como as empresas sabem que o repasse do valor do tributo para os preços vai gerar retração na demanda, tendem a elevar ainda mais os preços, com o intuito de compensar as perdas esperadas (FULLERTON; METCALF, 2002, p. 1825)⁷⁸. Havendo *overshifting*, ressalte-se, a consequente perda de peso morto se eleva.

A completa compreensão do fenômeno do *overshifting* demanda, por fim, que se examine o tipo de alíquota utilizada na tributação. Dadas as condições de mercado para a sua ocorrência, acima citadas, é de esperar que os preços subam mais do

⁷⁶ Outra vantagem decorrente da entrada de novas firmas, como efeito da tributação com alíquota específica é a diversificação dos produtos postos à disposição dos consumidores (Dröge; Schröder, 2005, p. 7).

⁷⁷ O tanto de *overshifting* vai depender do número de empresas no mercado e do comportamento da curva de elasticidade da demanda. Quanto mais inelástica, maior a tendência ao aumento excessivo dos preços (FULLERTON; METCALF, 2002, p. 1826).

⁷⁸ Carbonnier (2005) apresenta dados que vão de encontro a essas teorias. Analisando as reduções e elevações de impostos sobre mercadorias, verificou que, em mercados concentrados, a elevação de alíquotas tende a resultar em aumentos mais suaves nos preços, enquanto a redução causa fortes quedas. Isso porque, como essas empresas têm mais controle sobre a demanda, evitariam grandes aumentos com receio de que a procura se retraísse, e reduziriam agressivamente seus preços para aproveitar sua elevação, na hipótese de redução fiscal.

que o tanto do imposto cobrado. No entanto, caso se opte pela alíquota específica, o reflexo nos preços tende a ser maior (KEEN, 1998, p. 10). Essa diferença de efeitos se dá pelas mesmas razões já referidas, que apontam que, sob alíquota específica, os preços pós-tributo em mercados de competição imperfeita tendem a subir mais do que os tributados com alíquota *ad valorem*. Isso ocorrerá com ou sem *overshifting*.

Fica evidente, após essa exposição, que, em mercados cujas características escapam do modelo de competição perfeita, a definição de critérios específicos de tributação é essencial para que os efeitos extrafiscais não gerem perdas econômicas maiores do que as estritamente necessárias ao atendimento dos objetivos de arrecadação.

3.2 – Tributos corretivos e desequilíbrios da concorrência

A relação entre tributação e concorrência, no entanto, não se esgota na necessidade de buscar adequada compatibilização entre a perda de peso morto gerada pelos monopólios e oligopólios e a decorrente da tributação em si. Há variados modelos tributários que anseiam corrigir os efeitos nocivos gerados pela concentração econômica, buscando ganhos de eficiência, com ou sem resultado fiscal positivo.

A forma mais simples e direta de corrigir as perdas estáticas geradas pelos monopólios e oligopólios (perda de peso morto) consiste na indução ao aumento da oferta. Se elevada na medida correta, a conseqüente redução no preço aproximará a quantidade de trocas daquelas realizadas em contexto de efetiva competição.

No âmbito da tributação, como foi exposto no Capítulo 1 a respeito da correção das externalidades, tal indução poderia se dar por meio de tributo com alíquota negativa, que funcionaria como subsídio em favor do fabricante. Esse subsídio viria compensar o prejuízo assumido pelo fornecedor para produzir além do nível indicado pelo encontro entre suas curvas de custo e de receita marginais.

Ao proceder dessa maneira, cumpre ponderar, o Estado estaria transferindo recursos públicos para que os fornecedores mantivessem seus ganhos excessivos (normalmente expropriados dos consumidores do respectivo mercado) em troca do aumento da produção e, portanto, da satisfação de um número maior de consumidores.

Esse aspecto de política redistributiva, no entanto, não é o principal obstáculo à implementação de tributo negativo com essa finalidade. Ao buscar corrigir as imperfeições de determinado mercado com subsídios, o ente estatal precisa obter receita. E como foi demonstrado no Capítulo 1, dependeria, para tanto, preponderantemente de tributos distorcivos. Assim, a correção de determinado setor da economia se faria à custa da geração de perda de peso morto em outro. Além disso, não é tarefa simples conhecer o grau de competição em um oligopólio, o que dificulta a mensuração do imposto. Por fim, o subsídio estimularia a entrada de novos competidores. Por um lado, esse aspecto dificultaria a formação de colusão horizontal; por outro lado, no entanto, geraria ineficiência alocativa, na medida em que atrairia capital que, sem o subsídio, estaria investido em outras finalidades socialmente mais desejáveis (AUERBACH; HINES JR., 2001, p. 5).

Myles (1995, p. 3-4), contudo, argumenta que, ao combinar alíquota *ad valorem* positiva com subsídio concedido mediante alíquota específica (valor entregue ao fornecedor por unidade de produto), é possível neutralizar a perda de peso morto e ainda gerar receita para o Estado. Como resultado, eleva-se a produção a níveis ótimos com preço tendendo ao custo marginal, sem que seja necessário obter receitas de outros setores da economia. O lucro do fornecedor, por sua vez, reduz-se ao patamar obtido em competição perfeita.

Segundo o autor, a alíquota *ad valorem* altera a curva de receita marginal de forma que se reduz a percepção da influência do monopolista sobre o preço. A alíquota específica negativa, por sua vez, é adicionada ao custo marginal, neutralizando-o. Juntas, provêm a flexibilidade necessária para manipular a interseção do custo marginal e da receita marginal até o ponto desejado de preço e quantidade. Essa modalidade de tributação também se aplicaria com sucesso, segundo o autor, aos oligopólios de Cournot (MYLES, 1995, p. 8).

Para anular a perda de peso morto em monopólios cujo custo fixo seja zero, a fórmula proposta seria a de elevar a cem por cento a alíquota *ad valorem* e fixar a alíquota específica (negativa) em valor equivalente ao custo marginal no nível ótimo de produção. Ao tributar em cem por cento o valor da mercadoria, o Estado, na prática, confisca toda a receita auferida com as vendas, a fim de tornar constante sua curva de

receita marginal. A receita do fornecedor adviria, toda ela, do subsídio concedido em valor equivalente ao custo marginal (no nível ótimo de produção). Assim, independentemente do volume produzido, a receita marginal seria a mesma. Para maximizar seus ganhos, o fornecedor seria induzido a elevar sua produção até que seu custo marginal empatasse com o valor do subsídio, que coincide com o nível esperado pelo ente tributante. Se há custos fixos, a alíquota *ad valorem* deverá ser inferior a cem por cento, mas somente o tanto necessário para gerar receita para o fornecedor que remunere esses custos fixos (MYLES, 1995, p. 15-16). Em termos bem diretos, o sistema proposto por Myles implica impedir que o fornecedor se remunere por meio da venda de seus produtos no mercado em que exerce seu poder, mas sim por meio de subsídio concedido pelo Estado. Assim, não teria porque o fornecedor adotar o comportamento normalmente esperado do monopolista ou oligopolista, que é o de reduzir sua produção até que sua receita marginal coincida com seu custo marginal.

O sistema proposto, é oportuno ressaltar, pressupõe que o Estado disponha de informação suficiente a permitir determinar o nível ótimo de produção e o valor adequado do subsídio, bem como de arcabouço jurídico e suporte político que admitam tributação com alíquotas de até cem por cento. Cumpre notar, ainda, que, no desenho proposto por Myles, o Estado estabelece, unilateralmente, a remuneração que o monopolista auferirá com sua atividade.

É possível, no entanto, estimular o aumento da produção e a conseqüente redução do preço utilizando apenas um dos tipos de alíquotas, e sem necessidade de subsidiar o fornecedor com poder de mercado. Shilling (1969, p. 44) advoga que, se a produção for tributada com *alíquotas progressivas*, é possível reduzir e até eliminar a perda de peso morto decorrente do exercício do poder de mercado.

Até o momento, todos os exemplos e análises referentes ao manejo de alíquotas específicas ou *ad valorem* em mercados de competição imperfeita pressupunham valor fixo para aquelas e percentual constante para estas, independentemente do preço cobrado. A possibilidade de que, em mercados concentrados, sejam utilizadas alíquotas que aumentam à medida que se eleva a respectiva base de cálculo (valor da operação de venda, no caso) altera muitas das conclusões acima expostas.

Shilling (1969, p. 44) observou que, ao se comparar a elasticidade da demanda de determinado bem com a elasticidade do respectivo imposto, é possível prever se, em situação de monopólio ou oligopólio, sua incidência implicará aumento ou redução da produção e, por consequência, em preço maior ou menor para o consumidor.

A elasticidade da demanda, relembre-se, consiste na relação entre a mudança no preço do produto e o tanto que a demanda se altera por causa dele. Em termos matemáticos, é o resultado da divisão entre a mudança percentual na demanda e a mudança percentual no preço causador daquela. A demanda será elástica se a divisão for superior a um inteiro, e inelástica se inferior à unidade (HOVENKAMP, 2005, p. 77).

A elasticidade do tributo, por sua vez, decorre da relação entre a alteração da base de cálculo (preço) e a consequente alteração no montante do respectivo imposto (SHILLING, 1969, p. 17). O tributo será progressivo se a elevação percentual no valor do imposto for superior ao aumento percentual da base de cálculo sobre a qual incide. Nesse caso, o resultado da divisão daquele por este será superior a uma unidade, o que indicará a progressividade do imposto.

De acordo com Shilling (1969, p. 37-45), se a elasticidade da demanda for superior à elasticidade do tributo, haverá redução da produção e elevação do tributo. Se idênticas, produção e preço não se alterarão. Finalmente, se a elasticidade do imposto for superior à elasticidade da demanda, será possível afirmar que a produção se elevará e o preço se reduzirá após a sua entrada em vigor.

A incidência de tributo em mercados de concorrência imperfeita, como já foi exposto, leva o fornecedor a elevar o preço e a reduzir a produção, a fim de manter sua receita em nível máximo, ainda que à custa de menor demanda. Todavia, isso não ocorrerá se, com o novo preço, o tributo se elevar tanto que o valor recebido pelo fornecedor pela venda das mercadorias tributadas termine sendo menor do que a receita auferida com a mera manutenção da produção ou até mesmo com a sua elevação.

O tributo progressivo interfere no comportamento da curva de receita marginal. Normalmente, o aumento da produção leva a rápido decréscimo daquela, conforme visto no Capítulo 2, em razão de a queda de preço afetar todos os bens

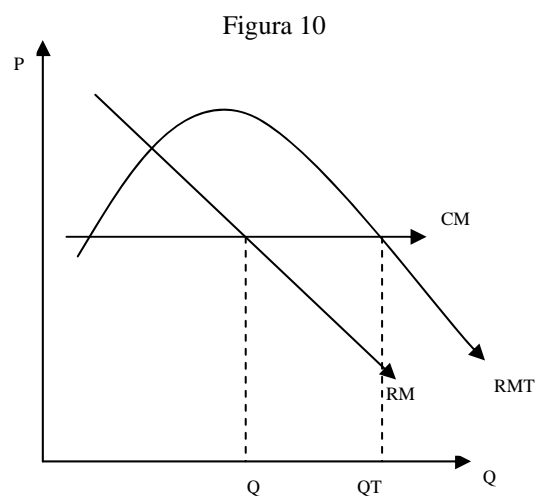
ofertados. Por esse motivo, o ponto de equilíbrio se dá no encontro entre custo e receita marginais, com volume de produção inferior ao nível ótimo. Se um tributo uniforme, como visto no item 3.1, é instituído, a produção se retrai ainda mais e o preço se eleva ainda mais, inclusive em valor superior ao próprio tributo (*overshifting*).

Se, por outro lado, o imposto for progressivo, a curva de receita marginal pode se tornar menos íngreme (se *ad valorem*) ou deslocar-se para a direita (se específica), estimulando a redução do preço e o aumento da produção. Assim, após a criação do tributo, a curva de receita marginal encontraria a curva de custo marginal em outro ponto, cujos níveis de produção e de preço seriam socialmente mais desejáveis. Esse resultado, repita-se, somente ocorre se o imposto for mais elástico do que a curva de demanda.

As conclusões de Shilling valem para vários tipos de alíquotas progressivas, tanto *ad valorem* quanto específicas.

Um dos formatos de imposto indireto progressivo e *ad valorem*, segundo o autor, perfaz-se com a utilização de operação de potenciação para elevar o valor do tributo progressivamente à elevação de seu preço. Um tributo com tal perfil seria representado pela equação $t(p)=k*p^n$. O expoente n , que indica a elasticidade do tributo, deverá ser superior a um inteiro para que o imposto seja progressivo, e o valor de n deve ser superior à elasticidade da curva de demanda do bem tributado (SHILLING, 1969, p. 51-53).

Atendidas essas condições, o fornecedor que eleve seu preço após a entrada em vigor do imposto progressivo será tributado mais severamente do que se o mantiver ou o reduzir. E se a curva de demanda não for suficientemente elástica, a sobretaxa anulará os ganhos auferidos com a elevação do preço. A curva de receita marginal assumirá a seguinte configuração com um tributo que adote essa fórmula de potenciação da alíquota (RMT):



Na figura 10, vê-se que a introdução do imposto progressivo fez a curva de receita marginal (RMT) se deslocar para a direita (pressupondo que a elasticidade da demanda o permitiu). Nessa posição, a curva de custo marginal termina cruzando com RMT em ponto que resulta em maior quantidade produzida e menor preço final ao consumidor.

Outra possibilidade sugerida pelo autor é a de aplicar alíquotas ascendentes (específicas ou *ad valorem*) para faixas de preços cada vez mais altas (SHILLING, 1969, p. 87-97). Trata-se de fórmula semelhante à do imposto de renda das pessoas físicas vigente no Brasil⁷⁹, que tributa com alíquotas cada vez mais elevadas as faixas de renda superiores. No entanto, para que gere efeitos positivos no preço praticado pelo monopólio, é relevante estabelecer intervalos estreitos para mudança de patamar de alíquotas, que devem ser fortemente progressivas, superando a elasticidade da curva de demanda. Desse modo, não restará ao fornecedor alternativa mais lucrativa do que reduzir seus preços e elevar sua produção, ou, ao menos, elevar o preço somente até o fim do intervalo em que a tributação se mantém no mesmo patamar (SHILLING, 1969, p. 88).

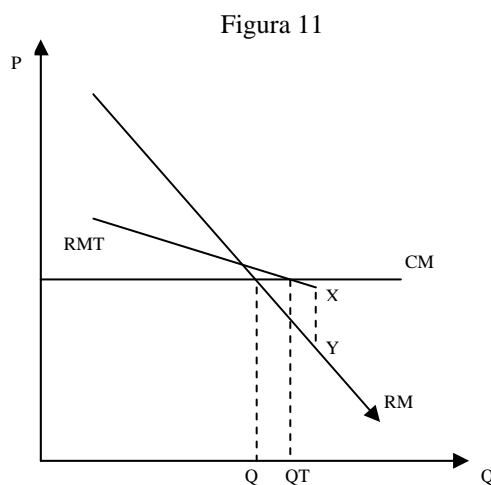
Finalmente, Shilling (1969, p. 73) estima resultado semelhante em tributo cuja alíquota proporcional incida somente quando o preço do produto ultrapassar determinado valor (chamada, pelo autor, de *tax on excess price*, ou imposto sobre

⁷⁹ Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, com alterações posteriores.

excesso de preço). Esse imposto obedeceria à seguinte função: $t(p)=t(p-p^*)$, desde que $p < p^*$, sendo p^* o preço de referência a partir do qual incide a tributação.

Essa fórmula de tributação, cumpre apontar, foi utilizada pelo governo americano para tributar bens de luxo em até dez por cento, no *U.S. Omnibus Budget Reconciliation Act of 1990* (OBRA-90) (SGONTZ, 1992, p. 115). Ao tributar o excesso de preço, seria possível alcançar somente os bens que ultrapassassem determinado valor, como carros de luxo, iates e outros bens consumidos por quem tem alta capacidade contributiva⁸⁰.

SGONTZ (1992), analisando essa nova espécie tributária, confirma o que já previra Schilling. A depender do valor fixado para p^* em relação ao custo marginal (ou receita marginal) na fase anterior ao imposto, a produção pode aumentar em mercados de concorrência imperfeita. Curiosamente, conclui este autor, um imposto que tinha a finalidade de tornar mais oneroso o consumo dos mais aquinhoados pode terminar, em certos cenários, por beneficiar essa faixa da população.



Como se observa no gráfico acima, a curva de receita marginal após o imposto (RMT) sofre uma descontinuidade, interrompendo sua trajetória em X e retomando em Y. A partir de Y, passa a coincidir com a curva de receita marginal antes do imposto (RM). Isso porque, quando preço é menor ou igual a P^* , nada é cobrado

⁸⁰ O mercado de bens de luxo apresenta características que o aproximam do mercado de concorrência imperfeita, em razão do efeito de diferenciação que as marcas produzem, o que permite ao fornecedor cobrar preços superiores aos obtidos em pura competição. Bagwell e Bernheim (1991) analisam os efeitos da tributação sobre bens de luxo instituída pelo OBRA-90.

pelo Estado. No trecho em que RMT se distingue de RM, portanto, é que o efeito sobre preço e produção ocorrem. No gráfico, finalmente, é possível perceber que, se o custo marginal cortar RMT em um ponto em que esta esteja à direita de RM, a quantidade produzida tende a se elevar e o preço, por consequência, a cair (SGONTZ, 1992, p. 115).

A utilização de alíquotas progressivas incidentes sobre bens negociados em mercados de competição imperfeita, conforme propõe Shilling, apresenta limitações. Ao contrário do modelo concebido por Myles, somente em circunstâncias muito específicas será possível que o preço pós-imposto coincida com o obtido em competição perfeita. O resultado mais frequente de sua utilização será a elevação da produção para um nível superior, mas não para o patamar socialmente desejável. A tributação progressiva, enfim, reduz os ganhos dos fornecedores, que aumentam sua produção para perder menos, transferindo parte para o Estado, parte para o consumidor.

De qualquer forma, ainda que a produção se mantenha no mesmo patamar, sem alteração do preço, trata-se de modelo tributário que tende a ser mais eficiente que o de alíquota uniforme, que amplia a perda de peso morto e gera elevação nos preços em montante, muitas vezes, superior ao próprio valor do imposto.

3.3 – Tributação do lucro monopolístico

Um dos efeitos do poder de mercado, conforme exposto no Capítulo 2, é a transferência de riquezas do consumidor para o fornecedor monopolista ou oligopolista, que, assim, obtém lucro superior ao normalmente auferido pelos demais agentes privados. É possível, pois, argumentar que, se a eliminação ou o controle dos monopólios e oligopólios não for possível, esse excesso de renda pode ser objeto de tributação diferenciada (HARRISS, 1938, p. 717). Assim, o lucro, em vez de ser apropriado pelo fornecedor, seria transferido para o Estado, que o devolveria em serviços públicos que beneficiariam toda a população.

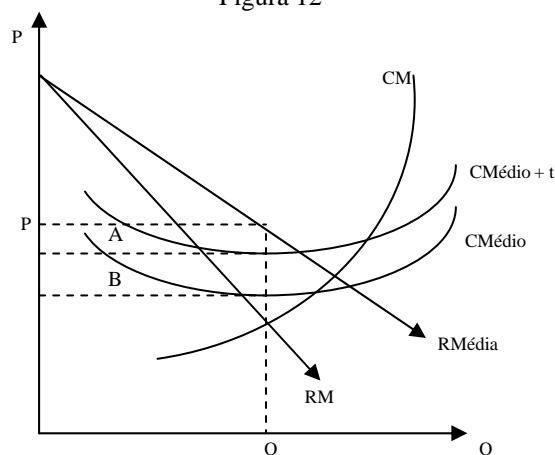
Esse imposto, ademais, poderia absorver todo aquele excedente sem gerar distorções (POSNER, 2007, p. 516), uma vez que o monopolista não é induzido a alterar sua posição, seja elevando seu preço, seja abandonando o negócio (a não ser que pudesse, sem custos de transação, auferir lucros exorbitantes em outro setor não

tributado). Sem aumento de preço, ademais, o consumidor não seria afetado, mantendo seu nível de consumo inalterado.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a tributação do lucro supracompetitivo gera efeito, não somente sobre o monopolista, mas sobre todos os fornecedores que atuem em determinado mercado em que vigente esse tipo de tributo. Como visto no Capítulo 2, os concorrentes atuam para reduzir seus custos ou para diferenciar seus produtos de modo que, superando seus concorrentes, possam adquirir posição mais confortável, preferentemente como monopolista. Uma vez alcançada, envidará todos os esforços para mantê-la, ainda que isso consuma parte de seus lucros (perda dinâmica). Esse objetivo de prevalecer sobre os demais competidores, conforme também se examinou no Capítulo 2, pode trazer elevados ganhos de eficiência, na forma de novos produtos ou novas formas de gerir os negócios. Assim, se se retira a recompensa, tributando-lhes os lucros que ultrapassem certo patamar, desestimula-se essa competição saudável, obstando, por consequência, os benefícios sociais correspondentes.

Uma das alternativas para alcançar esses lucros por meio da tributação seria a instituição de imposto do tipo *lump-sum* (ver Capítulo 1) cobrado do fornecedor monopolista, de modo que seu custo médio se elevasse até que a diferença entre este e a receita média equivalesse ao lucro obtido em competição. O gráfico abaixo delinea seu funcionamento:

Figura 12



Na Figura 12, o retângulo “B” indica a parcela subtraída do fornecedor pelo ente tributante, enquanto o retângulo “A” representa o quanto lhe sobra como lucro considerado normal.

Tributar o lucro por meio de imposto *lump-sum* garantiria a receita esperada ainda que o fornecedor não regulasse sua oferta para vender sua produção pelo preço monopolístico. Ademais, deixa para o imposto de renda o papel de tributar exclusivamente o lucro normal, em patamar idêntico para todos os contribuintes. O custo informacional necessário para regular o exato montante a ser transferido para cada empresa, no entanto, torna inviável, na prática, a utilização dessa modalidade tributária.

A única alternativa factível, pois, é instituir imposto de renda com alíquota mais elevada (que poderia ser de até cem por cento) incidente sobre os ganhos excessivos obtidos pelos fornecedores com poder de mercado. Impostos com esse perfil foram experimentados na primeira metade do século passado, ao menos nos Estados Unidos e na Inglaterra. Lei americana editada em 1940 (*Second Revenue Act of 1940*) elevou a alíquota do imposto de renda normal e aperfeiçoou o regramento do imposto sobre lucro excessivo, que já existia desde 1933 (BUEHLER, 1941, p. 86).

É relevante notar que esse imposto não se confunde com o adicional de dez por cento incidente sobre “a parcela do lucro real, presumido ou arbitrado, que exceder o valor resultante da multiplicação de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo número de meses do respectivo período de apuração”, previsto na Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. A disposição da legislação brasileira visa a garantir certa progressividade ao imposto de renda das pessoas jurídicas, tributando as rendas mais elevadas com alíquotas maiores. Incide, pois, sobre qualquer renda que ultrapasse aquele patamar, ainda que inferior ao lucro normal obtido em concorrência perfeita. O imposto norte-americano sobre lucro excessivo, reitere-se, incidia sobre os ganhos que, percentualmente, ultrapassassem o ganho normal, independentemente de seu valor total.

A lei estadunidense, ademais, não era dirigida apenas aos monopolistas, mas a todos que obtivessem rendimentos percentualmente mais elevados como fruto de seus investimentos.

Desde sua origem, contudo, as dificuldades teóricas e práticas relacionadas à confecção e administração daquele imposto já eram conhecidas. Por isso, a citada lei era vista como temporária e carente de revisão (BUEHLER, 1941, p. 86).

A primeira dificuldade a ser enfrentada na concepção e aplicação de tributo sobre ganhos excessivos decorrentes do exercício de poder de mercado é a de estabelecer com exatidão o grau de competição de dado mercado relevante. Essa providência permitiria estabelecer o poder de cada fornecedor e o tanto de seus ganhos que decorre desse poder. Muitos, contudo, são os aspectos que influenciam a formação do poder de mercado (tamanho da empresa, custos de transporte, poder de influenciar demanda e políticas públicas), o que torna muito difícil estabelecer essa exata medida a ponto de tornar possível aplicar tributo diferenciado sobre o excesso gerado pelo exercício desse poder econômico (HARRISS, 1938, p. 717-720).

Ademais, como visto no Capítulo 2, estabelecer o quanto o poder de mercado gera de perda de peso morto e de transferência de riqueza é extremamente complexo, uma vez que parte da riqueza auferida é utilizada, justamente, na manutenção do monopólio, convertendo-se em perda dinâmica e reduzindo o lucro do fornecedor. Também no Capítulo 2, viu-se que parte dos lucros é consumida em várias outras ineficiências geradas pelo ambiente de pouca competição (ineficiência-X).

Finalmente, como distinguir, do lucro de determinada empresa, o que foi oriundo da receita de produtos vendidos em mercados de pura competição, do que foi fruto de negócios realizados em ambientes de competição imperfeita?

Diante da impossibilidade prática de tributar especificamente os ganhos decorrentes do poder de mercado, a alternativa seria tributar todos os ganhos cujo retorno, relativamente ao capital investido, superasse determinado percentual considerado razoável. Dessa maneira, buscar-se-ia alcançar, de maneira indireta, os lucros obtidos com o exercício de poder de mercado⁸¹. Esse foi o caminho trilhado pelo *Second Revenue Act of 1940*. Ainda assim, as dificuldades teóricas e práticas não são menores.

⁸¹ Dados empíricos coletados no início do século XX na economia americana indicavam, se não que todas as empresas com poder de monopólio obtinham lucro excessivo, que todas as empresas com lucros excepcionais mantinham algum poder de monopólio (HARRISS, 1938, p. 744).

A principal delas se relaciona com o próprio cerne do tributo, especificamente quanto à mensuração de sua base de cálculo. Trata-se da valoração dos investimentos, de modo a estabelecer se o lucro obtido é excessivo ou não. As duas opções criadas pela lei foram a *taxa de retorno do investimento e seus ganhos médios* (BUEHLER, 1941, p. 88).

A taxa de retorno do investimento é o meio mais acurado de identificar e tributar investimentos especialmente rentáveis. Sua forma de medição, por outro lado, apresenta certas complexidades, pois é necessário identificar com precisão os valores que compõem o capital investido e os que constituem, ano a ano, o retorno efetivo daquele investimento. Essa medição envolve, ainda, opções legais em admitir, ou não, deduções relativas a amortização e depreciação dos investimentos, bem como questões relacionadas aos ganhos meramente nominais decorrentes do efeito inflacionário (BUEHLER, 1941, p. 89). Essas mesmas dificuldades são enfrentadas, em maior escala, no momento de estabelecer a taxa de retorno médio dos investimentos. Sem essa estimativa, não é possível fixar, com razoabilidade, a taxa de retorno a partir da qual o fornecedor sofrerá a incidência do imposto sobre lucro excessivo.

Cumprir lembrar, ademais, que a taxa de retorno varia ano a ano e de setor a setor (BUEHLER, 1941, p. 89). Aplicar tributo uniforme ao longo do tempo e para toda a economia implica passar ao largo das oscilações econômicas e das diferenças de lucratividade de cada setor. Ou a taxa de retorno considerada será tão alta que deixará de tributar boa parte dos elevados ganhos ou terminará por tributar ganhos auferidos sem exercício de poder de mercado.

O segundo método de apuração, baseado na média de ganhos de cada empresa, também não resolve todas as dificuldades. Ele prevê que a empresa será mais gravosamente tributada na parcela de seu lucro que exceda os ganhos médios por ela auferidos em determinado período de tempo (BUEHLER, 1941, p. 91). Assim, põe-se de lado o problema de descobrir a taxa de retorno médio dos investimentos.

Esse método, contudo, além de não ser útil para novas empresas, não serve para tributar os lucros de empresas com poder de mercado consolidado ao longo dos anos. Se o monopólio é exercido com sucesso por largo período, seus ganhos

médios, usados como referência, já terão incorporado os excessos do supracompetitivo monopolístico e não gerarão ônus fiscais adicionais.

A tributação sobre lucro excessivo, vale mencionar, ao menos nos Estados Unidos, sempre esteve associado a períodos de guerra, em que a necessidade de esforços adicionais de financiamento público respaldava a imposição de impostos sobre quem estivesse auferindo ganhos excepcionais.

3.4 – Tributação do capital

As alternativas de tributação expostas nos itens 3.2 e 3.3 deste capítulo não precisam ser, necessariamente, medidas excludentes ou soluções estanques para o problema da concentração econômica. Sobre esse aspecto, é oportuno fazer referência a estudo de Guo e Lansing (1995). Eles partem da premissa de que, na competição imperfeita, dois efeitos atuam de maneira contrária. A perda de peso morto implica investimento abaixo do economicamente ótimo, que constituiria o chamado *efeito de subinvestimento (underinvestment effect)*. Para combatê-lo, é necessário subsidiar o fornecedor para elevar a produção (ver item 3.2). Ao mesmo tempo, o monopólio permite a quem o detenha auferir lucros supracompetitivos, que seria o efeito lucro (*profit effect*). Nesse caso, tributá-lo em até cem por cento não geraria qualquer distorção, e ainda permitiria reduzir impostos distorcivos (GUO; LANSING, 1995, p. 1).

Observam, ainda, que a tributação sobre capital tangencia ambos os efeitos. Alíquota negativa sobre o capital levaria o fornecedor a investir mais no setor, elevando a produção dos bens e reduzindo o preço cobrado. Por sua vez, ao tributar o ganho de capital, tributar-se-ia o lucro gerado pela empresa, refletido nos dividendos pagos. Assim, o nível ótimo do imposto incidente sobre o capital, em mercados concentrados, deveria conciliar esses dois efeitos. Se o efeito lucro preponderar, a alíquota será positiva. Se equivalentes, a alíquota ótima será zero. E se o efeito de subinvestimento prevalecer, ou se for possível tributar o lucro de maneira autônoma, recomenda-se o subsídio ao capital (GUO; LANSING, 1995, p. 4).

Os autores, como se vê, não enfrentam a questão relativa ao financiamento do subsídio eventualmente concedido. Seu mérito, por outro lado, foi analisar o problema da tributação do monopólio de maneira integral, tratando o

problema da perda de peso morto juntamente com a transferência de riqueza do consumidor para o monopolista e demonstrando que tributar adequadamente o capital investido pode ser um caminho para contrabalançar os efeitos nocivos do poder de mercado em um dado setor.

3.5 – Tributos para ampliar a competição

A relação entre tributação e concorrência não se esgota nos quatro aspectos abordados neste Capítulo 3. É possível identificar outros papéis a serem desempenhados pela tributação que, indiretamente, podem favorecer ou prejudicar a competição entre os agentes privados, influenciando o comportamento de monopolistas e oligopolistas.

3.5.1. Redução das barreiras à entrada

Entre os diversos fatores englobados pelo conceito de *barreiras à entrada* (ver nota de rodapé 13 da Introdução), não é difícil encontrar lugar para os impostos, taxas e contribuições. Como a tributação pode incidir sobre qualquer fato econômico, todas as operações comerciais, financeiras e administrativas necessárias para iniciar o funcionamento de uma empresa podem se tornar mais custosas em razão da incidência de alguma exação.

A partir dessa premissa, é razoável supor que, reduzidos os tributos incidentes sobre frete, bens de capital e alvarás de instalação, por exemplo, tornar-se-ia menos custoso para novas empresas ingressarem em mercados carentes de competição, nos quais seus atuais integrantes, exatamente por essa característica, auferem lucros supracompetitivos. Com novos concorrentes, enfim, seria mais difícil o exercício de poder de mercado, favorecendo o consumidor diretamente e, indiretamente, a sociedade como um todo.

Indo mais além, é defensável que a entrada de novos concorrentes deva, na realidade, ser fomentada por meio de isenções e tributos negativos direcionados às novas empresas que pretendam ingressar em mercados de competição imperfeita. Mais uma vez, a ideia de que mais concorrentes implica menor probabilidade de colusão horizontal fundamenta essa posição.

É prudente, no entanto, atentar para o fato de que o aumento de competidores, por si, não é garantia de mais competição, uma vez que a colusão horizontal pode persistir se presentes outros fatores que favoreçam sua ocorrência. Além disso, mais empresas no mercado não significa, necessariamente, mais eficiência. Se a produção do bem depende de custos fixos elevados, estimular com subsídios a entrada de novas empresas implica multiplicar tais custos pelo número de empresas em disputa (KEEN, 1998, p. 11). No Capítulo 2, constatou-se que há casos em que reduzir o número de concorrentes é mais eficiente, ainda que à custa do enfraquecimento da competição.

Também é importante ponderar que, quando se cogita da concessão de isenções ou da fixação de alíquotas em patamar negativo, está-se propondo a concessão de subsídios. E, como já se expôs no Capítulo 1 e neste Capítulo 3, tal estratégia demanda recursos públicos que terão de ser arrecadados por meio de impostos geradores de novas distorções. No entanto, se a utilização de subsídios se dá pelo tempo necessário e suficiente para restaurar a competição em determinado mercado, as distorções geradas durante esse período limitado podem ser compensadas pelos ganhos permanentes obtidos com a pura competição.

É oportuno, ademais, repetir argumento francamente favorável à redução das barreiras à entrada, seja por meio de tributação ou por qualquer outro. Como visto no Capítulo 2, dados empíricos demonstram que, em muitos mercados oligopolizados, o teto de preço por eles praticado não é o preço monopolístico, mas um preço pouco abaixo daquele que terminaria atraindo novos concorrentes para o mercado (*forestalling price*) (WENDERS, 1967). Assim, seriam proveitosas tais medidas tributárias, pois, barateando os custos de ingresso, terminariam fazendo com que aquele preço-limite caísse, reduzindo, por consequência, a margem de manobra para a colusão horizontal tácita ou expressa.

Finalmente, para alcançar maior eficácia, os benefícios fiscais deveriam ser concedidos aos novos entrantes e vedados aos atuais concorrentes. Se oferecidos de maneira indistinta, as empresas que já atuam naquele mercado tenderiam a aproveitar o subsídio para elevar sua produção, reduzindo o preço. Isso seria vantajoso para o consumidor em um primeiro momento, mas dificultaria a entrada de novos

concorrentes. E para que a produção se mantivesse no novo patamar, o subsídio teria de permanecer indefinidamente, o que perpetuaria as distorções.

3.5.2. *Estímulo às pequenas e médias empresas*

Ainda com o objetivo de fomentar a concorrência por meio da elevação do número de competidores (ver ressalvas no subitem 3.5.1), apresenta-se a alternativa de criar estímulos fiscais voltados às pequenas e médias empresas.

Desde os debates legislativos que presidiram a elaboração da *Sherman Act*, há intensa discussão sobre se a grande empresa⁸² constitui, por si, ameaça à livre concorrência (LOEVINGER, 1953, 512-528). É inegável, contudo, a direta relação entre tamanho da empresa e poder de mercado. Essa relação é tão próxima que a Lei nº 8.884, de 1994, presume a posição dominante quando a “empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante” (art. 20, § 3º, *in fine*).

Nesse sentido, quanto menor a participação da empresa em determinado mercado, menor o seu poder de influenciar a demanda, até o ponto em que se torna mera tomadora de preço, em comportamento puramente competitivo. Parece razoável supor, pois, ainda que nem sempre seja necessariamente verdadeiro, que dar suporte financeiro às pequenas e médias empresas representa elemento de estímulo à competição e desestimulante da colusão horizontal.

Hovenkamp (2005, p. 98), no entanto, lembra que a convivência, em um mesmo mercado, de uma grande empresa com várias menores, pode resultar em colusão horizontal tácita e, por consequência, em preços supracompetitivos para o consumidor. Isso porque as empresas menores, sem poder de mercado, tendem a seguir o preço monopolístico praticado pela maior. Essa conduta é a mais racional, pois, se decidem manter seus preços baixos para tomar mercado da maior, esta terminará reduzindo seus próprios preços, retomando sua participação e afetando negativamente os ganhos de todos, pequenos e grandes. Por outro lado, se as empresas menores a seguirem, todos ganharão com o preço mais elevado.

⁸² O critério utilizado para avaliar o tamanho da empresa é o de sua participação no mercado.

Também é relevante apontar que, ao prever tratamento tributário distinto entre empresas de um mesmo mercado, é preciso que o aparato fiscalizador seja apto a detectar a ocorrência de controle de várias pequenas empresas por uma só pessoa.

Pelo menos um exemplo de norma tributária que favorece a desconcentração econômica por meio do estímulo às empresas menores pode ser encontrado na Constituição de 1988. Esta determinou que se definisse “tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte” (art. 146, III, *d*). A providência se alinha com um dos princípios da ordem econômica, consistente no “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” (art. 170, IX). Estas duas disposições demonstram a crença do texto constitucional na capacidade de as empresas menores garantirem ambiente econômico mais competitivo.

É oportuno abordar, por fim, mais um aspecto que se deve levar em conta caso se pretenda fortalecer a competição por meio do apoio legal às empresas de menor porte. Há várias normas tributárias que, ao serem aplicadas, terminam se mostrando desproporcionalmente mais onerosas para o pequeno empresário que para as grandes empresas.

Schmidt (1961, p. 8) aponta diversas disposições da legislação tributária americana que são especialmente gravosas quanto menor a capacidade econômica do contribuinte. Muitas delas, como se verá, encontram correspondência na legislação brasileira. Com especial destaque, o autor aponta que a crescente complexidade da legislação e o aumento das obrigações acessórias punem de maneira desproporcionalmente mais severa as empresas menores⁸³.

Outro aspecto destacado por Schmidt (1961, p. 188-189) diz respeito às alíquotas aplicáveis. Quanto mais altas, menor a taxa de retorno do investimento. E a taxa de retorno é essencial para a tomada de decisão dos investidores. Como os pequenos empreendimentos tendem a ser mais arriscados e mais carentes de investimentos, são especialmente punidos pelos altos impostos. Além disso, entre outros

⁸³ Carvalho e Jobim (2008) demonstram, por meio de ferramentas de análise econômica do direito, a relação entre obrigações acessórias e o princípio da livre iniciativa, com especial ênfase no custo administrativo que acarretam.

efeitos negativos, os impostos comprometem a capitalização dessas pequenas empresas, dificultando sua gestão.

As regras tributárias relativas a fusões e cisões então vigentes também estimulariam a concentração econômica, uma vez que haveria margem legal para operações isentas de fusão e incorporação de empresas, enquanto as cisões seriam sempre tributadas (SCHMIDT, 1961, p. 191-192). Trata-se, pois, de evidente estímulo ao crescimento das empresas por meio da compra de outras menores.

Regras de depreciação que não acompanham a taxa real de obsolescência dos bens de capital, por sua vez, obrigariam a empresa a adquirir novas máquinas antes de abater integralmente os gastos já feitos anteriormente. Como as pequenas empresas tendem a ter menos disponibilidade financeira, terminam tendo de recorrer desnecessariamente a financiamento (SCHMIDT, 1961, p. 192). Em suma, conclui o autor que, em muitos aspectos, os objetivos buscados pela legislação da concorrência estariam sendo frustrados pelas regras tributárias.

3.5.3. Combate às práticas facilitadoras

No Capítulo 2, destacou-se que um campo promissor para o combate aos desequilíbrios da concorrência, especificamente os causados pela colusão horizontal tácita e expressa entre oligopolistas, seria o da restrição às práticas facilitadoras.

O conceito de *prática facilitadora* deve ser amplo o bastante para abarcar todos os atos e procedimentos que colaborem para a coordenação, monitoramento ou sustentabilidade da colusão horizontal.

A prática facilitadora pode, pois, até mesmo advir de políticas públicas. Com efeito, encontram-se, na legislação tributária, vários exemplos de normas que, indiretamente, terminam por contribuir para a preservação do oligopólio e de seus nocivos efeitos.

Para que a colusão, expressa ou tácita, estruture-se e adquira certa estabilidade, um dos pressupostos é que seja possível aos concorrentes monitorar os preços cobrados pelos demais. Assim, quando houver a tentativa de um de seus integrantes de tomar mercado por meio da redução unilateral de seus preços, os demais poderão sancioná-lo rapidamente, baixando seus preços e anulando seus ganhos. Ao

longo do tempo, conforme se analisou, isso tende a desestimular as defecções, reforçando o acordo tácito ou expresso de preços.

Nesse sentido, o regime especial de tributação das bebidas frias, instituído pela Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, quando da alteração feita pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008, pode auxiliar o monitoramento do cumprimento da colusão horizontal eventualmente existente nesse mercado. O regime permite que vários impostos e contribuições sejam calculados a partir de um valor-base definido a partir do preço de referência (art. 58-J da Lei nº 10.833, de 2003). Ocorre que o valor de referência, segundo o § 4º do mesmo art. 58-J, será apurado com base no preço médio de venda a varejo, “obtido em pesquisa de preços realizada por instituição de notória especialização, ou divulgado pelas administrações tributárias dos Estados e do Distrito Federal”, para efeito de cobrança do ICMS. Nesse regime, pois, o próprio ente tributante pesquisa os preços praticados no varejo e informa aos fornecedores para o cálculo dos tributos devidos. Nesse caso, a redução no preço médio serviria como alerta de que o oligopólio está sob ameaça, garantindo a pronta reação dos demais.

Em vez do preço, pode o ente tributante contribuir indiretamente com o sucesso dos oligopólios por meio da especificação detalhada dos tipos de produtos a serem produzidos. Com menos variedade, é mais fácil verificar se os preços permanecem no nível oligopolístico. Essa especificação ocorre, por exemplo, na fabricação de cigarros, em que a tributação pelo IPI é graduada segundo a classe do produto⁸⁴. São apenas quatro classes, sendo duas delas subdivididas em outras duas, totalizando apenas seis possibilidades de diferentes formatos de cigarros e respectivos tipos de embalagem.

Finalmente, merece atenção o § 2º do art. 14 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, com redação da pela Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989. Trata-se da lei que disciplina a cobrança e arrecadação do IPI. O referido dispositivo determina que “não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou

⁸⁴ As classes e respectivas alíquotas, atualmente, foram estabelecidas pelo Decreto nº 6.890, de 29 de junho de 2009, que altera a *Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI*, aprovada pelo Decreto nº 6.006, de 28 de dezembro de 2006.

abatimentos, concedidos a qualquer título, **ainda que incondicionalmente**”⁸⁵. Dessa forma, ainda que o fornecedor tenha reduzido o preço cobrado de determinado comprador, o imposto incidirá sobre o preço original, sem reduções. Essa disposição torna mais onerosos os descontos e abatimentos, pois se a carga fiscal mantém-se inalterada, termina crescendo proporcionalmente à receita auferida. Com isso, desestimula-se a disputa por preços entre os integrantes do mesmo mercado oligopolizado, reforçando sua estabilidade.

O ponto em comum entre os três exemplos apresentados é a necessidade de tornar mais eficaz a atividade de arrecadação e fiscalização tributárias. Assim, o estabelecimento de preço de referência visa a evitar a subvalorização das operações com bebidas frias, para reduzir o respectivo imposto. No caso dos cigarros, a especificação de classes tem a finalidade de permitir a identificação de falsificações e controle do contrabando. Finalmente, vedar os descontos e abatimentos na composição da base de cálculo visa a evitar o aproveitamento de brechas legais para redução do imposto devido. Conclui-se do exposto que, não raramente, a preocupação com a eficácia da arrecadação pode se opor a outros valores igualmente importantes, como a defesa da concorrência e a proteção ao consumidor.

3.6 – Conclusões

No presente Capítulo 3, foi possível analisar, de maneira mais aprofundada, a relação entre tributação e concorrência. Em primeiro lugar, constatou-se que, mesmo construções tributárias simples, quando aplicadas em mercados de competição imperfeita, ganham maior complexidade. Desde a escolha das alíquotas, até sua mensuração, geram-se efeitos extrafiscais diferenciados em relação ao modelo de perfeito equilíbrio. Ademais, também há distinção de efeitos quando se está diante de monopólios ou de oligopólios, o que torna ainda mais difícil definir um modelo tributário apropriado para cada um. Tudo isso, por outro lado, comprova a importância de levar em conta o nível de competição presente em determinado mercado no momento de elaboração da norma tributária.

⁸⁵ Essa disposição foi considerada inaplicável pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 908411/RN, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 11/09/2008). Ainda assim, é útil, como exemplo, para a presente análise.

Também foram analisadas as contribuições oferecidas pela doutrina econômica para permitir que a tributação, em vez de gerar perdas de eficiência que se somem às já causadas pela falta de concorrência, venha a minorá-las, trazendo o mercado de volta ao seu perfeito funcionamento.

Os modelos aqui analisados foram agrupados de acordo com o efeito gerado pelo exercício do poder de mercado que buscavam atenuar. Um último grupo, enfim, congregou todas as medidas tributárias voltadas para o aumento da concorrência, o que, em condições normais, faria a produção e os preços voltarem ao nível competitivo. A vasta gama de alternativas possíveis, ainda que, cada uma, apresente suas limitações, permite-nos constatar a complexidade do tema e as diversas nuances que o cercam, exigindo das regras e princípios constitucionais, flexibilidade para alcançar o fenômeno em todas as suas dimensões. Analisar a adequação entre o arcabouço constitucional, notadamente do art. 146-A, e os modelos tributários analisados neste capítulo, é o propósito do Capítulo 4.

CAPÍTULO 4 – CRITÉRIOS ESPECIAIS PARA PREVENÇÃO DE DESEQUILÍBRIOS DA CONCORRÊNCIA

Os Capítulos 1 e 2 objetivaram analisar os efeitos da tributação e dos monopólios e oligopólios sobre o comportamento dos agentes no mercado, além de examinar o modo como o direito pode mediar essa relação. No Capítulo 2, especificamente, também estudamos os limites práticos e jurídicos da legislação concorrencial para lidar com os efeitos nocivos da concentração econômica. No Capítulo 3, enfim, buscamos desvendar a relação entre tributação e concorrência, analisando a forma como aquela pode contribuir para que os desequilíbrios da concorrência sejam evitados, seus efeitos sejam minorados, ou, ao menos, que a tributação não contribua para que sejam agravados.

O trabalho até aqui empreendido teve como alvo obter subsídios para melhor compreender o sentido e alcance possíveis da norma contida no art. 146-A da Constituição Federal. Como será demonstrado, muito do que foi investigado nos capítulos anteriores permitirá iluminar os aspectos mais controvertidos do citado dispositivo constitucional, especialmente o conceito de *critério especial de tributação*, elemento central para a sua compreensão.

Conforme exposto na Introdução, as teorias hermenêuticas atuais não mais buscam extrair do texto jurídico um único e correto sentido, seja o pensado pelo legislador, seja o expresso objetivamente na lei ou na constituição. A distinção entre texto normativo e norma jurídica, ao mesmo tempo em que impõe ao intérprete um papel criador, de concretização da norma, também lhe obriga a reconhecer que sua interpretação é somente uma das possíveis, subsistindo, desde que se mantenha a coerência com o texto, outras visões igualmente válidas do mesmo texto. Assim, o que se pretende é oferecer uma leitura que, guardando coerência com o texto normativo, dê ao art. 146-A um sentido que lhe garanta máxima eficácia, mas em harmonia com os demais princípios constitucional-tributários.

4.1 – Regra de competência negativa (princípio da neutralidade tributária)

O art. 146-A outorga ao legislador um dever de agir positivo, instando-o a editar normas jurídicas voltadas à prevenção de desequilíbrios da concorrência.

No entanto, ao assim fazê-lo, seria possível vislumbrar, conforme Brazuna (2009, p. 144-146), que o art. 146-A também obriga o legislador a abster-se de editar normas tributárias que, sem amparo em algum outro objetivo constitucional, sejam causa de semelhantes desequilíbrios. Assim, ainda que nenhuma lei complementar seja editada com fulcro no art. 146-A, restaria ao dispositivo ao menos algum resíduo de eficácia jurídica, consistente na positivação, em artigo próprio, do princípio da neutralidade tributária.

Conforme exposto no Capítulo 1, todavia, o princípio da neutralidade tributária decorre de diversos princípios e regras constitucionais, a depender do efeito extrafiscal com o qual a neutralidade se relacione, mediados, sempre, pelo princípio da proporcionalidade. O suporte constitucional a esse princípio, pois, não é inovação do art. 146-A (LIMA, 2005, p. 76).

O art. 146-A, assim, apenas apontaria mais claramente para a relação que há entre tributação e concorrência. Mas o dever de manter os efeitos distorcivos da tributação dentro dos limites de necessidade e adequação aos fins almejados (sejam fiscais ou extrafiscais) preexiste à EC nº 42, de 2003, por meio da qual foi introduzido o art. 146-A.

Por outro lado, neste item 4.1, parece-nos oportuno, enfatizar alguns pontos de contato entre o princípio da neutralidade e os desequilíbrios concorrenciais examinados ao longo da dissertação.

A neutralidade tributária recomenda, conforme visto no Capítulo 1, por exemplo, a adoção de alíquotas menores, alcançando o maior número de fatos econômicos, em vez de concentrar-se na tributação de poucos produtos, com alíquotas maiores. Isso porque, no primeiro sistema, a perda de peso morto será menor, sendo, pois, mais neutro.

Conforme foi exposto no subitem 3.5.2, alíquotas mais elevadas são especialmente nocivas às empresas menores, porquanto são estas as que mais precisam atrair investidores, que são afugentados pela queda na taxa de retorno causada pelos altos impostos. Evitar que empresas menores sejam especialmente penalizadas pela aplicação da lei tributária constitui desdobramento importante do princípio da neutralidade⁸⁶, na medida em que contribuirá para manter o mercado permeável à entrada de novas empresas, garantindo, assim, a ampliação ou, ao menos, a manutenção do nível de competição em determinado mercado.

Da mesma forma, a cumulatividade, examinada no Capítulo 1 em termos mais genéricos, também guarda estreita relação com o fenômeno concorrencial. Isso porque, se o chamado “efeito cascata” favorece a reunião das várias etapas produtivas em uma única empresa, o resultado será a concentração do mercado em torno de menos empresas de maior porte. Uma nova empresa, para ingressar nesse mercado, terá de fazer investimentos maiores, a fim de que se torne capaz de desenvolver todas as etapas do processo produtivo, o que tornaria os custos de entrada mais onerosos⁸⁷. E como já ficou patente, barreiras à entrada elevadas implicam menos empresas no mercado, o que facilita, em princípio, a formação de colusões horizontais tácitas ou expressas.

A Emenda Constitucional nº 42, de 2003, a mesma que incluiu o art. 146-A na CF, também determinou que as contribuições para o financiamento da seguridade social que incidam sobre a receita ou o faturamento e sobre importação de produtos e serviços poderiam, em determinados setores de atividade econômica indicados por lei, adotar sistemática não cumulativa (art. 195, § 12). Vê-se, pois, que a preocupação com neutralidade tributária e concorrência não se limitou ao art. 146-A. Nesse sentido, a lei ordinária que regulamentar o § 12 deve levar em conta o grau de competitividade do setor para determinar a aplicação do regime não-cumulativo⁸⁸.

⁸⁶ As obrigações acessórias também podem gerar desequilíbrios entre empresas de diferentes portes. Exigir de pequenas empresas as mesmas obrigações acessórias que se exige das grandes pode onerar seus custos administrativos a ponto de inviabilizar sua sobrevivência.

⁸⁷ Sobre barreiras à entrada, ver nota de rodapé 13 da Introdução.

⁸⁸ A propósito, cumpre observar que a aplicação desse dispositivo, no plano da legislação infraconstitucional, vem se dissociando de seus aspectos concorrenciais. As Leis nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002 e nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que instituíram o modelo não-cumulativo de incidência das Contribuições para o PIS/Pasep e da Cofins, terminaram elevando agudamente as alíquotas para compensar a queda de arrecadação decorrente do sistema de creditamento inerente ao novo modelo.

Finalmente, mais um aspecto da legislação tributária merece ser analisado à luz do princípio da neutralidade tributária, especificamente por sua relação com a seara concorrencial. Tal como demonstrado no subitem 3.5.3, certas normas jurídico-tributárias podem propiciar a ocorrência de colusões horizontais, enquadrando-se no conceito de prática facilitadora. Normas com esse perfil vão de encontro ao princípio da neutralidade, na medida em que interferem negativamente no equilíbrio concorrencial.

Examinar a constitucionalidade dessas normas, contudo, obriga a indagar se esses mecanismos são justificados por outros princípios ou regras de igual *status* constitucional. Somente após ponderá-los, tendo em conta a máxima de proporcionalidade a orientar o aplicador, é possível dar uma resposta satisfatória⁸⁹. Nos três casos apontados no subitem 3.5.3, relativamente a dispositivos legais que facilitavam, ao menos de maneira indireta, a prática da colusão horizontal, havia fortes argumentos a justificar sua adoção, ora amparados no princípio da eficiência, ora no da isonomia tributária, de que decorre a necessidade de a aplicação da norma tributária recair de maneira uniforme sobre todos os que praticam determinado fato gerador.

A ponderação sugerida no parágrafo anterior, ademais, harmoniza-se com as premissas adotadas para o princípio da neutralidade tributária, que somente autoriza as distorções inevitavelmente necessárias para a extração de recursos da sociedade ou para a realização de alguma finalidade constitucional. Se a norma enquadrada no conceito de prática facilitadora é indispensável à consecução de outro fim constitucional, é da ponderação de ambos que surgirá a solução para esse aparente conflito entre princípios.

A elevação terminou impactando negativamente as atividades com cadeia de produção mais curta, que sofriam menos com o efeito cumulativo do sistema anterior. Em razão disso, seguidas leis ordinárias terminaram por devolvê-los ao sistema cumulativo, independentemente de qualquer indagação relativa ao grau de competitividade do setor implicado. Também merece menção o fato de que foram incluídos no novo sistema todas as empresas que adotassem o regime de apuração do imposto de renda segundo o lucro real (salvo as atividades que foram devolvidas ao sistema cumulativo), e excluídas do regime não-cumulativo todas as que adotassem o regime de apuração segundo o lucro presumido (art. 10, II, da Lei nº 10.833, de 2003), independentemente do setor de atividade a que pertencesse. Assim, desconsiderou-se o expresso mandamento constitucional de discriminar por setor de atividade econômica, e, por consequência, passou-se a admitir a coexistência, em um mesmo mercado relevante, de empresas sujeitas a regime tributário distinto, gerando impacto negativo sobre a concorrência.

⁸⁹ Ver subitem 1.2.1.

4.2 – Regra de competência positiva (fixação de critérios especiais de tributação)

Como afirmamos no item 4.1, o art. 146-A, ainda que implicitamente guarde relação com o princípio da neutralidade tributária, não foi o responsável por sua positivação na ordem jurídica brasileira. Ao contrário, a consagração do princípio da neutralidade tributária surge simultaneamente com o Sistema Tributário Nacional. O que o art. 146-A permite é a utilização dos efeitos extrafiscais da norma, justamente em detrimento do princípio da neutralidade tributária, para intervir na economia e, por meio de critérios especiais de tributação, prevenir desequilíbrios de concorrência. No presente item e no seguinte, será analisada essa perspectiva positiva da regra, sempre levando em conta as conclusões alcançadas nos capítulos anteriores.

O primeiro ponto que demanda atenção é o que trata da relação entre as duas leis previstas no art. 146-A: a lei complementar, que veiculará os critérios especiais de tributação, e a lei ordinária, que se refere à competência de a União, por lei, editar normas de igual objetivo. Em seguida, será objeto de exame o alcance da competência reservada à lei complementar, focando-se no termo “prevenir” e na expressão “critérios especiais de tributação”.

4.2.1. Competência legislativa da União (lei complementar vs. lei ordinária)

O art. 146-A outorga ao legislador, por meio de lei complementar, a competência para **estabelecer critérios especiais de tributação**, ao mesmo tempo em que confirma que a União possui competência para **estabelecer normas de igual objetivo**. É necessário, portanto, para compreender o sentido dessas outorgas de competência, identificar o seu destinatário e o seu conteúdo. Em outras palavras, cabe-nos responder às seguintes indagações: a quem foi outorgada a competência reservada à lei complementar (se somente à União ou também aos Estados, Distrito Federal e Municípios)? E sobre o que deve tratar essa lei complementar (se sobre a mesma matéria reservada à competência ordinária da União referida na parte final do dispositivo, ou sobre matéria distinta)? Essas questões se coimplicam e devem ser respondidas conjuntamente para que se compreenda melhor o dispositivo.

Quanto à primeira questão, Brazuna (2009, p. 157-162) apresenta considerações históricas e pragmáticas a demonstrar que a defesa da concorrência deve consistir em matéria de competência privativa da União. Com efeito, desde a criação do CADE, sob a égide da Constituição de 1946, passando pelas regras da Constituição de 1967 (após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969), que implicitamente reservavam à União a competência de intervir na economia, a matéria concorrencial sempre esteve sob responsabilidade do ente central da Federação. Além disso, como demonstra o autor, a intervenção na economia, especialmente em matéria de defesa da concorrência, pressupõe análise abrangente de todo o mercado, o que, na maior parte das vezes, ultrapassa as fronteiras de estados e municípios. Finalmente, admitir que os demais entes federativos pudessem intervir no restabelecimento do equilíbrio competitivo de mercado implicaria considerar viável que leis provenientes de inúmeras fontes fossem capazes de, articulada e eficazmente, realizar esse desiderato.

Não sem razão, pois, a repressão ao abuso do poder econômico, prevista no art. 173, § 4º, da CF, é regulada por lei federal ordinária, e aplicada por órgãos da estrutura administrativa da União. No âmbito tributário, analogamente, a instituição das CIDE também constitui competência legislativa privativa da União (art. 149 da CF). Ratifica-se, assim, a afinidade preponderante da União com o tema da intervenção econômica.

Não se pode ignorar, contudo, que impostos estaduais e municipais também sejam capazes de gerar reflexos na concorrência entre as empresas que atuam em seus respectivos territórios. Os efeitos distorcivos examinados ao longo da dissertação podem ser encontrados em todos os impostos da competência tributária dos entes subnacionais. Da mesma forma, ainda que com alcance mais restrito, são compatíveis com muitas das medidas corretivas e preventivas sugeridas no Capítulo 3, especialmente quando se tratar de desequilíbrios regionais ou locais. No entanto, pelas razões expostas, não lhes foi expressamente outorgada competência para manejar seu sistema tributário para interferir positivamente sobre eventuais desequilíbrios.

A segunda questão que precisa ser respondida se refere ao conteúdo da outorga de competência a ser desempenhada por meio de lei complementar. Deve ela estabelecer diretamente os critérios especiais de tributação, ou simplesmente fixar os

parâmetros gerais para que a lei que instituir cada tributo os aplique? Também neste ponto, valemo-nos das conclusões de Brazuna (2009, p. 128-130), que observa que, ao longo do texto constitucional, sempre que se utiliza da expressão “lei complementar poderá estabelecer” ou alguma equivalente, está-se diante de uma outorga direta de competência, e não uma determinação para o estabelecimento de normas gerais.

Além disso, quando a Emenda Constitucional nº 42, de 2003, pretendeu reservar à lei complementar apenas a tarefa de estabelecer normas gerais, optou por incluir nova alínea ao inciso III do art. 146, como o fez em relação à definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte (alínea *d*). Ao se inserir a norma sob exame em artigo apartado (art. 146-A), regido por mandamento direto e objetivo (“poderá estabelecer”), reforça-se o sentido de um comando voltado ao legislador federal para, diretamente, estabelecer os critérios.

Ademais, adotada essa posição, afasta-se com mais segurança a possibilidade, já discutida anteriormente, de que leis de Estados, Distrito Federal e Municípios, amparadas em normas gerais editadas pela União, venham a tratar de desequilíbrios da concorrência, o que poderia gerar conflitos e contradições que inviabilizariam qualquer efeito positivo almejado.

No entanto, diante dessa interpretação, como explicar a parte final do dispositivo, que faz menção à competência da União para tratar desse mesmo tema por meio de lei ordinária? Se a lei complementar deve esgotar o tratamento do tema, por que subsiste a autorização para a União tratar do mesmo assunto por meio de lei ordinária?

De acordo com a parte final do art. 146-A, a União poderá, por meio de lei ordinária, editar normas com igual **objetivo**. Ocorre que o objetivo previsto na parte inicial do dispositivo não é o de estabelecer critérios especiais de tributação, mas o de prevenir desequilíbrios da concorrência. Assim, enquanto a utilização de critérios especiais de tributação depende de lei complementar, há autorização para dispor, por lei ordinária, sobre prevenção a desequilíbrios de concorrência, desde que se utilize de outros instrumentos, tal como a legislação concorrencial já existente. Segundo Silva (2007, p. 339), a parte final do art. 146-A tem justamente o propósito de harmonizar-se

com a competência de que já dispõe a União para tratar do tema fora do âmbito tributário, tal como prevê o art. 173, § 4º, da CF.

Em síntese, segundo o art. 146-A, cumpre à União, com vistas a prevenir desequilíbrios da concorrência, estabelecer, diretamente por lei complementar, critérios especiais de tributação, relativamente aos tributos de sua competência, sem prejuízo da competência de que já dispõe, prevista no art. 173, § 4º, da CF.

4.2.2. Prevenção e repressão de desequilíbrios da concorrência

Abordados os aspectos de forma referentes à regra de competência contida no art. 146-A, é momento de investigar a natureza da matéria a ser tratada pela lei complementar. Se, no subitem anterior, concluímos que a lei complementar deve tratar diretamente dos **critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência**, neste subitem e no próximo item, buscar-se-á, na medida do possível, esclarecer o alcance mais preciso dessa expressão.

Antes de analisarmos na expressão “critérios especiais de tributação” (item 4.3), contudo, cumpre concentrar esforços na finalidade de tais critérios, qual seja, “prevenir desequilíbrios da concorrência”.

No Capítulo 2, foi possível delimitar com clareza os efeitos nocivos decorrentes do poder de mercado. É com tais efeitos que o art. 146-A pretende lidar, identificando-os pela expressão genérica **desequilíbrios da concorrência**. A parte final do dispositivo confirma esse entendimento. Ao se referir, ao menos implicitamente, à competência prevista no art. 173, §4º, da CF, reforça-se a ligação entre o art. 146-A e o direito da concorrência, cujo objetivo é, preponderantemente, combater esses efeitos, os quais, relembre-se, são três: transferência de riqueza do consumidor para o fornecedor; perda estática e dinâmica e a chamada ineficiência-X.

A identificação do significado da expressão “desequilíbrios da concorrência”, associando-a aos efeitos nocivos e não diretamente ao exercício do poder de mercado, permitirá compreender melhor as dificuldades de distinguir os meios de prevenção e de repressão a tais desequilíbrios.

Preliminarmente, é importante lembrar que a prevenção a desequilíbrios concorrenciais já é levada a efeito com a aplicação do princípio da

neutralidade tributária (aqui, no sentido de minorar as distorções e garantir a isonomia). Sempre que se busca minimizar os efeitos distorcivos da tributação, ou se evitar que a norma tributária sirva como prática facilitadora, a legislação contribui para que o mercado não se afaste do equilíbrio perfeitamente competitivo.

No entanto, como se viu, a norma do art. 146-A autoriza uma atuação positiva do legislador, com mecanismos jurídicos que evitem que os desequilíbrios concorrenciais ocorram.

Nesse sentido, se os desequilíbrios da concorrência dependem, para ocorrer, de que o mercado seja, em alguma medida, concentrado (como monopólio ou oligopólio), serão claramente preventivas todas as normas tributárias que, atuando positivamente, impeçam a concentração de determinado mercado.

Considerar uma medida preventiva ou repressiva, no entanto, não é tão simples quando já há algum nível de concentração, e se busca, ou ampliar o número de concorrentes ou, por algum outro meio, combater um dos efeitos nocivos do exercício do poder de mercado.

Nas hipóteses em que apenas uma empresa atua como fornecedora, pelo menos dois efeitos são inevitáveis e surgem simultaneamente com o monopólio⁹⁰: a transferência de riquezas e a perda de peso morto (perda estática). Assim, quando a norma se volta contra esses efeitos, terá feição nitidamente repressiva.

No caso dos oligopólios, tal assertiva não será necessariamente verdadeira. Como visto no item 2.2, as empresas integrantes de um mercado oligopolizado podem, a despeito de possuírem algum poder de mercado, atuar como se estivessem em concorrência perfeita, ou coludir tácita e expressamente, elevando seus preços, nessa segunda hipótese, para algum ponto entre o preço competitivo e o monopolístico. No entanto, como nos lembram Auerbach e Hines Jr. (2001, p. 5), normalmente não é possível estabelecer o grau de competitividade de determinado oligopólio. Por isso, as medidas dirigidas ao aumento da competição podem servir para restabelecer os níveis ótimos (repressivo) de preço e produção, ou simplesmente evitar que deles se afastem (preventivo).

⁹⁰ Mesmo no caso dos monopólios naturais, ainda que essa seja a estrutura de produção mais eficiente, ocorrem esses mesmos efeitos.

Quanto às ineficiências-X, estas somente são percebidas, em sua maioria, após longo período de manutenção do monopólio ou oligopólio. Assim, as medidas voltadas à correção dos outros dois efeitos (elevação da produção, por exemplo) terminam por prevenir a ocorrência daquelas. O mesmo se pode dizer das perdas dinâmicas.

Finalmente, quando o Estado busca se apropriar do lucro supracompetitivo auferido pelo monopolista ou oligopolista por meio de um imposto específico, está, certamente, tentando reparar um prejuízo já causado na esfera patrimonial do consumidor daquele mercado. No entanto, a vigência de imposto com esse perfil desestimularia novas tentativas de empresários em eliminar a concorrência e dominar mercados, prevenindo novos desequilíbrios da concorrência.

Enfim, em muitos casos, não é possível, em tese, afirmar com segurança se determinado critério especial de tributação é preventivo ou repressivo sem analisar, em concreto, o mercado relevante em que este será aplicado.

No entanto, o texto constitucional é claro em limitar a outorga de competência do art. 146-A à **prevenção** de desequilíbrios da concorrência. Assim, não há no art. 146-A fundamento jurídico para critério tributário que, com o fim de atenuar ou anular algum dos efeitos estudados no Capítulo 2, termine por revelar caráter repressivo.

4.3 – Critérios especiais de tributação à luz do art. 146-A

Persistindo no propósito de contribuir com o melhor entendimento das normas contidas no art. 146-A da CF, resta, enfim, esclarecer o alcance da expressão “critérios especiais de tributação”. Primeiramente, a atenção recairá sobre o conceito de critério de tributação, para, em seguida, buscar identificar os casos em que uma alteração do regime legal de determinado tributo deva ser classificada como critério especial, a exigir, para ser válida, que atenda ao requisito formal de ser introduzida no ordenamento jurídico por meio de lei complementar. Finalmente, as várias medidas tributárias estudadas no Capítulo 3 serão analisadas à luz dessas conclusões.

É oportuno lembrar, preliminarmente, que os critérios de tributação aqui analisados, destinados a prevenir desequilíbrios concorrenciais, visam a colaborar

com o direito da concorrência, cujas limitações foram examinadas no Capítulo 2. A diferença mais notável entre os dois caminhos possíveis para atuar na defesa da concorrência reside no fato de que, ao contrário do direito da concorrência, a tributação não se preocupa em avaliar a reprovabilidade do comportamento dos agentes em determinado mercado para impor suas normas. O direito tributário, especificamente em suas manifestações extrafiscais, destina-se ao mero desestímulo de condutas, que, em princípio, são apenas socialmente indesejáveis ou ineficientes. Assim, desde que atendidas todas as exigências formais, e tendo como norte o feixe de regras e princípios consagrados no texto constitucional, o direito tributário pode alcançar resultados inviáveis para outros ramos do direito.

Por outro lado, a norma tributária, para ser válida, deve resguardar certo espaço de liberdade para que o contribuinte possa decidir se aderirá, ou não, ao seu propósito extrafiscal. Se ao contribuinte não é dada alternativa de praticar ou não o fato gerador, não se está diante de norma tributária válida. Essa é a limitação que se impõe ao direito tributário.

Quanto ao significado da expressão critério de tributação, é razoável supor que se refira aos parâmetros, previstos em lei, necessários e suficientes à incidência da norma tributária (BRAZUNA, 2009, p. 132-133). Assim, são critérios de tributação as normas legais que definam o fato gerador, inclusive quanto a seus aspectos temporal e espacial (CARVALHO, 1999, p. 178-188), identifiquem os sujeitos ativo e passivo (CARVALHO, 1999, p. 211-216), bem como possibilitem a quantificação da obrigação tributária (base de cálculo e alíquota) (CARVALHO, 1999, p. 232-233).

Por consequência, segundo Brazuna (2009, p. 134-135), seriam especiais os critérios que, em face dos normalmente utilizados no ato de tributar, tornassem alguns deles diferenciados, criando normas especiais de incidência. Segundo o autor, enfim, mediante a alteração de quaisquer desses critérios, seria possível diferenciar contribuintes de um mesmo mercado, onerando uns em benefício de outros, a fim de interferir em seu equilíbrio competitivo.

Porém, conforme ficou explicitado no Capítulo 3, não é somente a discriminação entre os sujeitos passivos da obrigação tributária que tem potencial para influenciar no equilíbrio concorrencial. Em mercados de concorrência imperfeita, até a

escolha entre alíquota específica e *ad valorem* repercute em seu grau de competitividade.

No mesmo sentido, conforme foi apresentado no item 3.3, os tributos sobre o capital influenciam os níveis de produção das empresas (*underinvestment effect*), ao mesmo tempo em que absorvem parte de seus lucros (*profit effect*). A graduação de suas alíquotas, por consequência, pode ser útil para anular parte dos ganhos dos agentes monopolistas e oligopolistas e até para estimular o aumento da produção.

Finalmente, depois de tudo o que se expôs acerca dos efeitos da cumulatividade sobre a concorrência, não se pode ignorar que alterações nas regras relativas ao ressarcimento de créditos fiscais podem repercutir sobre o equilíbrio concorrencial de determinado mercado, estimulando a concentração ou desconcentração de seu ciclo de produção.

Assim, quando os meios de interferir na competitividade dos mercados se multiplicam, torna-se mais difícil agrupá-los todos em torno da expressão “critérios especiais de tributação”, sob pena de se passar a exigir lei complementar, por exemplo, para substituir a alíquota *ad valorem* por específica de determinado imposto indireto, ou para fixar alíquota de imposto de renda sobre ganho de capital, ou, ainda, para alterar regras relativas à apuração de créditos de algum imposto não-cumulativo.

A expressão critério especial parece ter, pois, alcance mais restrito. Em vez de alcançar toda e qualquer alteração nos critérios de tributação que tenham impacto sobre a concorrência, deve se referir somente às hipóteses em que a alteração empreendida na lei tributária, com o fim de prevenir desequilíbrios da concorrência, demande que seja excepcionado ou relativizado algum princípio ou regra constitucional-tributário ordinariamente aplicável em sua plenitude a determinado tributo. Somente nesses casos, caberá à lei complementar viabilizar sua inserção no ordenamento jurídico.

A simples possibilidade de editar uma lei complementar, todavia, não autoriza o legislador a ignorar as demais normas constitucionais para alcançar seu objetivo de prevenir um desequilíbrio concorrencial. Permanece obrigado a agir com razoabilidade e proporcionalidade, sopesando a necessidade e adequação das medidas

especiais tomadas em confronto com o restante do sistema constitucional-tributário. Apenas o meio formal para externar o resultado dessa ponderação é que será o da lei complementar.

Esse papel outorgado à lei complementar encontra paralelo, por exemplo, no art. 146, II, da CF. Também nessa hipótese, cabe ao legislador, inclusive, definir melhor o alcance de certas imunidades, estabelecendo requisitos a sua fruição, de modo a preservar a isonomia e a até a neutralidade tributária. Não está autorizado, contudo, a restringir a imunidade a ponto de desfigurá-la em nome de algum outro princípio constitucional.

Na própria CF, cumpre ressaltar, encontramos vários dispositivos que autorizam o legislador ordinário a estabelecer regras que interferirão diretamente no equilíbrio concorrencial. Assim, não é estranho ao nosso sistema que normas tributárias veiculadas em leis ordinárias contribuam para prevenir desequilíbrios concorrenciais⁹¹. No entanto, salvo em relação a essas autorizações específicas, sempre que a interferência do direito tributário na concorrência depender do sacrifício parcial de determinado princípio ou regra constitucional, esta se fará por meio da lei complementar, mais apta a refletir, em razão de seu *quorum* qualificado, o consenso em torno da valoração realizada pelo legislador.

Definidos os parâmetros iniciais para que sejam consideradas especiais certas alterações nos critérios de tributação com o fim de prevenir desequilíbrios da concorrência, é chegado o momento de avaliar, sob a perspectiva jurídica, a viabilidade de normas que instituem algum dos mecanismos tributários estudados no Capítulo 3, voltados à prevenção, atenuação e correção dos efeitos nocivos da concentração econômica. Cumpre alertar, enfim, que os obstáculos de ordem técnica ou prática discutidos no Capítulo 3 não serão mencionados neste capítulo, salvo quando necessários ao exame de seus aspectos jurídicos.

⁹¹ Apenas a título exemplificativo, citamos a autorização para que a Cofins adote alíquotas ou base de cálculo diferenciadas “em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho” (art. 195, § 9º). Também pode ser citada a já mencionada autorização para que essa mesma contribuição social adote a sistemática não-cumulativa em determinados setores de atividade (art. 195, § 12). Outro exemplo emblemático é a autorização para que a CIDE-combustíveis diferencie suas alíquotas por produto ou uso, ampliando seu poder de intervir no mercado de energia.

4.3.1. Tributos corretivos e desequilíbrios da concorrência

As primeiras medidas tributárias a serem analisadas à luz do art. 146-A da CF são as que se voltam contra a chamada perda de peso morto associada aos monopólios e oligopólios, consistente na ineficiência alocativa causada pela menor quantidade de bens produzidos em relação ao nível de perfeito equilíbrio e, por consequência, da parcela de consumidores que deixa de ser atendida.

A solução mais simples e direta para restabelecer o nível ótimo de produção, conforme visto no item 3.2, é subsidiar o bem produzido em concorrência imperfeita, por meio de tributo direto com alíquota negativa ou qualquer outro mecanismo que estimule o fabricante a produzir mais bens do que o faria antes da incidência da tributação.

Ainda de acordo com a doutrina econômica sobre o tema, essa solução não seria recomendável em razão da necessidade de que os recursos destinados ao subsídio fossem extraídos de outros mercados, por meio de impostos que gerariam semelhantes perdas de peso morto.

Ocorre que, conforme adverte Zolt (1996, p. 62), nem sempre a sociedade escolhe a alocação mais eficiente de recursos, preocupada que está com questões concernentes à justiça ou à equidade, ou com algum outro valor. A proteção de outros valores constitucionais, ainda que à custa de ineficiências, compõe a própria essência do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, apesar de ser economicamente desaconselhável, é juridicamente defensável o estímulo, por meio de tributos negativos, ao aumento da produção de bens em mercados concentrados, desde que a proteção àquele mercado encontre fundamento em algum outro valor constitucional.

Por exemplo, os valores sociais do trabalho podem justificar o estímulo a determinada indústria altamente empregadora, em detrimento de outras que utilizem pouca mão de obra⁹². Itens essenciais, ademais, podem ser subsidiados com recursos obtidos em mercados de bens supérfluos^{93;94}.

⁹² Os valores sociais do trabalho constituem fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).

⁹³ A seletividade, em função da essencialidade do produto, mercadoria ou serviço, orienta a aplicação do IPI (art. 153, § 3º, I) e do ICMS (art. 155, § 2º, III).

A necessidade de fundamentar o referido subsídio em algum princípio constitucional deriva, outrossim, da necessidade de justificar juridicamente a transferência de recursos para o mercado concentrado a fim de indenizar o monopolista ou oligopolista pelas perdas que ele terá ao elevar sua produção. Na prática, o subsídio serve para manter a taxa de retorno do fornecedor que atua em mercados concentrados. Somente se justifica, assim, a manutenção desses ganhos com recursos públicos, se o aumento da eficiência e a elevação do bem estar social encontrar suporte em relevantes valores constitucionais.

De todo o exposto, conclui-se que o referido subsídio, em sua forma mais direta, exige a compatibilização entre princípios constitucionais, o que demanda um trabalho de ponderação por parte do legislador, cujo resultado, por força do que dispõe o art. 146-A, deverá ser externado por meio de lei complementar, tendo em conta o conceito de critério especial de tributação aqui adotado.

Finalmente, a concessão de subsídios para estimular o aumento da produção e aproximá-la dos patamares ótimos alcançados em equilíbrio perfeitamente competitivo somente é viável quando se está diante de poder de mercado que já produz efeitos nocivos. No entanto, se não é possível classificá-la como preventiva, não se pode, igualmente, considerá-la medida repressiva, uma vez que o subsídio compensa integralmente o monopolista ou oligopolista de qualquer perda.

Também foi visto no item 3.2, igualmente, que o subsídio direto, por meio de tributo negativo, não é a única forma de elevar a eficiência de determinado mercado. Conforme propõe Myles (1995), é possível, por meio da combinação de alíquota *ad valorem* positiva com uma específica negativa, elevar a produção ao nível competitivo e ainda obter receita para o Estado. Ocorre que esse resultado somente é possível quando se eleva a alíquota *ad valorem* a cem por cento ou a percentual muito próximo a esse, deixando o fabricante de remunerar-se pela venda de seus produtos,

⁹⁴ A Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009, por exemplo, elevou a tributação sobre os cigarros para compensar a renúncia de receitas decorrentes dos estímulos fiscais voltados a outras indústrias particularmente vulneradas pela crise econômica do final de 2008. Os benefícios fiscais se justificaram, de um lado, pela necessidade de garantir a manutenção do emprego de indústrias intensivamente dependentes de mão de obra, e, do outro, na possibilidade de que os recursos pudessem vir dos tributos cobrados da comercialização de cigarros, considerados geradores de externalidades negativas e supérfluos, cujo consumo deveria ser desestimulado.

para obter receita do Estado, por meio de subsídio equivalente a seu custo marginal, recebido em valores fixos por unidade de produto vendido.

Ainda que, do ponto de vista econômico, esse modelo esteja apto a restabelecer os mesmos níveis de produção obtidos em mercados perfeitamente competitivos, ele importaria na completa desconsideração de vários princípios e regras que compõem o Sistema Tributário Nacional. Com efeito, adotado esse modelo, as empresas deixam de se remunerar no mercado, passando a depender de quantias despendidas pelo Estado. Com isso, sacrificam-se integralmente a liberdade de iniciativa e o direito de propriedade, passando a empresa, no que tange à fixação de seus preços e à correspondente busca do lucro (elementos que caracterizam sua natureza eminentemente privada), a se submeter integralmente à vontade estatal. Ademais, ao elevar a praticamente cem por cento a alíquota *ad valorem* positiva, afronta-se a norma constitucional que veda a tributação com efeito de confisco (ainda que parte do que lhe é retirado termine sendo devolvido por meio do subsídio em valor fixo).

Além disso, tal qual o subsídio, somente após caracterizados os efeitos nocivos do poder de mercado é possível manejar com eficácia um modelo tributário como o sugerido por Myles. E nesse caso, há claro prejuízo imposto aos fornecedores monopolistas e oligopolistas, que terão sua remuneração fixada pelo Estado, ainda que em função do seu custo marginal no ponto de equilíbrio ótimo. Finalmente, deve-se reconhecer que se trata de fixação de preço travestida de critério tributário⁹⁵.

⁹⁵ É possível vislumbrar, no entanto, algum espaço para esse modelo nos serviços públicos prestados por sociedades empresárias por meio de contrato de concessão. Nesses contratos, são predeterminadas diversas variáveis contábeis e financeiras relativas ao desempenho da atividade objeto da concessão. Não raro, o próprio preço da tarifa também é definido contratualmente, bem como as cláusulas de reajuste e revisão. Além disso, é garantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesses casos, o âmbito de liberdade das empresas já é extremamente reduzido, não lhes restando autonomia nem mesmo para fixar o preço. Limita-se, praticamente, à adesão aos termos do contrato público. Ao mesmo tempo, os riscos do negócio são atenuados por meio da garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Em vez de o Estado fixar diretamente, no contrato, o valor da tarifa a ser paga pelo usuário, pode fazê-lo indiretamente, ao estabelecer o valor do subsídio que pagará ao concessionário, em patamar equivalente ao custo marginal. Fixada a remuneração devida ao concessionário, bastará a este regular sua produção para produzir o máximo de bens até que a curva de demanda encontre a de custo marginal (que constituirá o preço da tarifa). O Estado, por sua vez, paga o subsídio com a receita do imposto obtido com alíquota *ad valorem*. A liberdade de iniciativa da empresa, nesse caso, fica preservada em razão da facultatividade inerente à contratação com o Estado. Ademais, é no processo de licitação, do qual as empresas participam, que são fixadas muitas dessas variáveis relativas ao preço. Assim, a empresa pode indicar o valor do subsídio que estaria disposta a receber se vencedora do certame.

Finalmente, o terceiro modelo analisado no item 3.2 é o de imposto indireto com alíquotas progressivas, sejam *ad valorem*, sejam específicas, o qual, dadas certas condições, induziria o produtor a elevar sua produção e, por consequência, a reduzir seu preço ao consumidor. É necessário indagar, contudo, se, à luz do art. 145, § 1º, da CF, são admissíveis alíquotas progressivas em impostos indiretos, que incidem sobre operações com bens e serviços, ignorando, como regra, os aspectos pessoais dos sujeitos ligados ao fato gerador.

A esse respeito, vale mencionar o entendimento do STF acerca da progressividade, em função do valor do imóvel, da alíquota do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU), adotado antes do advento da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Em decisão de seu órgão plenário, aquele tribunal posicionou-se pela incompatibilidade entre a progressividade prevista no § 1º do art. 145 da CF e o IPTU, em razão de este ser um imposto real, enquanto a progressividade referida naquele dispositivo, vinculada à capacidade contributiva do contribuinte, somente seria autorizada para impostos pessoais. Assim, restava ao IPTU autorização para graduar sua alíquota apenas diante da hipótese do art. 182, § 4º, II, da CF, na qual o imposto serve como forma de obrigar o proprietário do imóvel a cumprir sua função social, promovendo seu adequado aproveitamento⁹⁶.

Não nos parece, no entanto, que esse entendimento impeça que se utilizem alíquotas progressivas para prevenir desequilíbrios da concorrência. Isso porque, segundo o STF, a progressividade consagrada no art. 145, § 1º, da CF, está associada ao princípio da capacidade contributiva, consistindo em meio para alcançá-la, mediante a discriminação entre contribuintes segundo sua disponibilidade econômica. Esse é o motivo pelo qual somente impostos pessoais podem ser progressivos de acordo com o referido dispositivo. Para alcançar outros objetivos, conforme reconhece o próprio STF, a progressividade é lícita, tanto que o IPTU cobrado nos termos do

⁹⁶ Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário nº 153.771-0/MG. Relator Min. Carlos Velloso. Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves. *Diário de Justiça* de 5 de setembro de 1997. Essa matéria, posteriormente, ensejou a edição da Súmula 668, daquele Tribunal: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

art. 182, § 4º, II, pode, sim, ser progressivo. O STF exige, apenas, que haja previsão constitucional para sua utilização⁹⁷.

No modelo proposto por Shilling, a progressividade do imposto tem a finalidade de influenciar o comportamento do monopolista, de modo que a reação mais racional seja o aumento da produção e a redução do preço. Trata-se, pois, indubitavelmente, de critério de tributação que se volta contra desequilíbrios da concorrência. No entanto, para ser válido à luz do art. 146-A, deve ser aplicado antes que se caracterizem os efeitos nocivos do poder de mercado (prevenção). Como o modelo leva em conta apenas a elasticidade do tributo em comparação com a elasticidade da demanda, é possível aplicá-lo em mercados em que ainda subsista a competição, de modo que as alíquotas progressivas somente desestimulem a elevação dos preços quando a concorrência se afaste do modelo de competição perfeita.

Resta, enfim, identificar os tributos inseridos na competência tributária da União que melhor se adaptariam aos critérios de tributação expostos neste subitem.

Com esse objetivo, o IPI se apresenta como a opção mais flexível e adequada à regulação dos desequilíbrios concorrenciais. Trata-se de tributo indireto, incidente sobre fatos econômicos abrangentes (operações de industrialização no mercado interno e de importação de produtos industrializados), já dotado de acentuado caráter extrafiscal (objetivo de regular a produção industrial), e com certa flexibilidade no estabelecimento de alíquotas (art. 153, § 1º, da CF).

O IPI pode ser utilizado, em primeiro lugar, para subsidiar a produção de bens em mercados de competição imperfeita. Nesse sentido, pode-se recorrer à

⁹⁷ O ISS e o ICMS, tributos indiretos, em hipótese específica e de maneira disfarçada, já têm suas alíquotas fixadas de maneira progressiva, mas não em função do preço da mercadoria ou serviço. Dá-se no caso do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, no qual as alíquotas se elevam progressivamente em função da receita bruta da empresa, elevando, por consequência, na partilha dos tributos, a parcela destinada ao ISS e ao ICMS, conforme o caso (Anexos I a IV). Na prática, o peso desses tributos se eleva à medida que a receita bruta mensal cresce. Seu fundamento constitucional, no entanto, é o art. 146, III, *d*, da CF, não o art. 145, § 1º. Além disso, a progressividade do Simples-Nacional acompanha o crescimento do porte da empresa (aspecto pessoal), pressupondo que sua capacidade contributiva se eleva com o crescimento da receita.

alíquota negativa, ou, com o mesmo resultado, à concessão de créditos fiscais em valor superior ao imposto devido em determinada operação.

Relembrando o que foi exposto neste subitem, no entanto, não apenas o mau funcionamento de algum mercado justifica a intervenção. No caso do IPI, o princípio da seletividade (art. 153, § 3º, I, da CF) exige que a necessidade de intervenção leve em conta a essencialidade do produto negociado no referido mercado, não sendo razoável utilizar recursos públicos escassos em mercados de produtos supérfluos.

O modelo de alíquotas progressivas, conforme se viu, dispensa a concessão de subsídios. Assim, pode ser aplicado em quaisquer mercados em que se negociem produtos sujeitos à incidência do IPI. Nem por isso, no entanto, o princípio da seletividade deve ser ignorado.

A seletividade prevê que o peso do tributo deve ser graduado segundo a essencialidade do produto tributado. Quando se pretende interferir em mercados concentrados por meio de tributação indireta progressiva, a calibragem das alíquotas, que definirá a elasticidade do tributo, dependerá da curva de elasticidade da demanda pelo produto, não de sua essencialidade⁹⁸. E, adotado o conceito de critério especial de tributação, sempre que o mecanismo tributário depender da relativização de alguma regra ou princípio posto na Constituição, dependerá de lei complementar para ser válido.

A relativização do princípio da seletividade em favor de outros princípios constitucionais, a propósito, já havia sido posta em prática pelo art. 2º da Lei nº 8.393, de 30 de dezembro de 1991, com o aval do STF. A lei diferenciou as alíquotas do IPI sobre açúcar de cana em função da localização geográfica do estabelecimento. Instado a decidir sobre sua constitucionalidade, aquele Tribunal julgou válida a medida⁹⁹, tendo em conta a permissão contida no art. 151, I, da CF, de conceder “incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-

⁹⁸ A fixação de alíquotas fortemente progressivas pode resultar, conforme prevê o modelo, em preço mais baixo para o consumidor. Contraditoriamente, pois, pode-se garantir o princípio da essencialidade por meio do agravamento da tributação.

⁹⁹ Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 515.168-1/MG. Relator Min. Cezar Peluso. *Diário de Justiça* de 21 de outubro de 2005.

econômico entre as diferentes regiões do País”. Admitiu, assim, a compatibilização entre a essencialidade e o combate às desigualdades regionais.

A Cofins, por sua vez, também pode ser útil na aplicação de modelos tributários voltados à regulação da concorrência. As Emendas Constitucionais nºs 42, de 2003, e 47, de 5 de julho de 2005, ampliaram seu âmbito de incidência, incluindo a importação de bens e serviços, e lhe deram mais flexibilidade na fixação de alíquotas, além de permitir, em casos específicos, que adquira feição não-cumulativa, aproximando-a do perfil jurídico do IPI.

O § 9º do art. 195, cumpre enfatizar, autoriza a Cofins a adotar “alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”. Trata-se de autorização expressa para adequar a tributação às peculiaridades de cada ramo de atividade econômica, podendo, até mesmo, conceder tratamento diferenciado a empresas do mesmo mercado, mas de portes distintos. Não há dúvida, pois, que a Constituição passou a reconhecer, na Cofins, vocação para interferir positivamente na economia.

Nesse sentido, com tão amplo leque de opções, não nos parece que deva ser menor o papel da Cofins na missão de prevenir desequilíbrios da concorrência. Aliás, como já foi mencionado¹⁰⁰, a autorização contida no § 9º do art. 195, em nosso entendimento, dispensa até mesmo a edição de lei complementar, podendo ser feita por lei ordinária, uma vez que se trata de dispositivo autônomo, não subordinado às limitações do art. 146-A.

No entanto, não se deve ignorar que a Cofins se destina ao financiamento da seguridade social, que, de acordo com o *caput* do art. 195, será financiada por toda a sociedade. Com o objetivo de garantir a solidariedade em seu custeio, o § 3º estabeleceu as sanções mínimas para quem deixar de pagar essas contribuições sociais. No mesmo sentido, o § 7º indica diretamente as entidades imunes, enquanto o § 11 limita a concessão de remissão e anistia para débitos previdenciários.

A utilização da Cofins para outros fins que não o financiamento da Seguridade Social, portanto, deve levar em conta esse aspecto, que desaconselha, por

¹⁰⁰ Ver nota de rodapé 91.

exemplo, a concessão de subsídios para induzir o aumento da produção. Ademais, o modelo progressivo de tributação, no mesmo tom, deve sempre se preocupar em manter em níveis adequados o montante arrecadado em determinado mercado, porquanto se trata de recursos essenciais para manter o equilíbrio financeiro do sistema de seguridade social.

4.3.2. *Tributação do lucro monopolístico*

Como alternativa aos mecanismos tributários analisados no subitem 4.3.1, se se revelarem ineficazes ou insuficientes, restaria ao Estado, ao menos, buscar se apropriar do lucro supracompetitivo auferido pelo monopolista ou oligopolistas. Para tanto, conforme visto no item 3.3, pode-se valer de tributos que mirem unicamente no excedente subtraído do consumidor pelo exercício do poder de mercado, ou em todo ganho que ultrapasse o rendimento médio dos investimentos em determinado período.

Em nosso sistema constitucional, o imposto de renda é a espécie tributária vocacionada para alcançar tais fatos econômicos. Mas será lícito instituir o imposto sobre lucros excessivos com base no art. 146-A da CF?

Se pretender tributar mais gravosamente todos os rendimentos que ultrapassem determinada taxa de retorno considerada normal, tal como o fez a *Second Revenue Act of 1940*, o legislador brasileiro não encontrará amparo no art. 146-A. Esse dispositivo tem por escopo o mercado desequilibrado do ponto de vista concorrencial. Ganhos acima da média de mercado podem decorrer de inúmeros outros fatores que extravasam os limites da norma do art. 146-A. Não devem, dessa forma, sofrer tributação mais gravosa somente para que uma parte desses ganhos, auferidos por monopolistas e oligopolistas, seja apropriada pelo Estado em nome do combate aos desequilíbrios da concorrência.

Além de não encontrar amparo no art. 146-A, o imposto sobre lucros excessivos (*excess profits tax*) também não se amolda ao disposto no art. 153, § 2º, I, ou no art. 145, § 1º, da CF, que tratam da progressividade do imposto de renda. Ao se analisar o IPTU, viu-se que a progressividade encampada por esses dispositivos atua como meio para que a tributação incida segundo a capacidade contributiva do

contribuinte. Por esse motivo, o STF determinou que somente os impostos pessoais pudessem ser progressivos para esse fim.

Ao tributar o lucro que ultrapasse determinado percentual, sem se importar com os aspectos pessoais na graduação do imposto, termina-se por romper com essa lógica. O contribuinte vai pagar progressivamente mais quanto maior for o retorno de seus investimentos, independentemente do montante recebido. Por consequência, contribuintes com renda menor podem terminar sendo tributados mais severamente que outros com rendimentos elevados, mas cujo retorno é percentualmente baixo em relação ao valor de seus investimentos. Desconsidera-se, integralmente, o princípio da capacidade contributiva.

Por outro lado, a resposta não será a mesma em relação a imposto que visasse somente os lucros monopolísticos e oligopolísticos propriamente ditos. Trata-se de medida tendente a desestimular a formação de monopólios e oligopólios, recolocando seus ganhos em patamares mais próximos dos obtidos em concorrência perfeita.

Ocorre que a tributação diferenciada e mais gravosa do lucro monopolístico ou oligopolístico exige que sejam relativizados os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. O monopolista ou oligopolista será excessivamente tributado, ainda que o montante da renda não seja alto. Ademais, o percentual da alíquota, na parte que excede os ganhos normais, deve ser elevado para desestimular a formação de novos mercados concentrados e para subtrair integralmente o lucro obtido com a subtração de rendas do consumidor¹⁰¹. Seria necessário, pois, de acordo com o art. 146-A, a edição de lei complementar que conjugasse e sopesasse todos esses valores e estabelecesse os parâmetros adequados para esse tributo.

Por outro lado, imposto com tais características tem perfil nitidamente repressivo, ainda que, indiretamente, desestime a busca por uma posição dominante. Subtrair do monopolista ou oligopolista os lucros obtidos com o exercício do poder de mercado é, portanto, medida que extravasa a competência outorgada pelo art. 146-A.

¹⁰¹ Como visto em 3.3, essa alíquota poderá ser de até 100% sobre o que excede o ganho equivalente ao obtido em concorrência perfeita. Assim, ainda que fortemente tributado, restar-lhe-ia parcela de riqueza compatível com a adquirida pelos demais agentes privados, atenuando, dessa feita, a onerosidade excessiva do imposto.

4.3.3. Tributação do capital

A tributação do capital, conforme estudado no Capítulo 3, permitiria conjugar, em uma única medida, a necessidade de subsidiar a produção com a possibilidade de reduzir os lucros do fornecedor monopolista ou oligopolista. A depender do nível de concorrência do mercado específico deveria o imposto sobre ganho de capital ser positivo, negativo ou nulo.

Mais uma vez, é papel do imposto de renda alcançar esses fatos econômicos e fazer surgir a respectiva obrigação tributária, com os efeitos extrafiscais pretendidos.

À primeira vista, contudo, como se trata de mera fixação de alíquota de imposto inserido entre as competências tributárias da União, mas que, apenas indiretamente, terá efeito no grau de competição de determinado mercado, não precisaria se fundamentar no art. 146-A, podendo ser estabelecida por meio de lei ordinária.

Ocorre que esse modelo tributário, para ter eficácia, exige que sejam fixadas tantas alíquotas quantos sejam os mercados de concorrência imperfeita que se deseje corrigir. Nesse caso, o princípio da isonomia tributária passa a ter relevância para seu controle de validade. O art. 150, II, da CF, veda a distinção de tratamento em razão da função (atividade econômica) exercida pelo contribuinte. Assim, a alíquota do imposto de renda deve ser uniforme, não importando o tipo de trabalho desempenhado pelo contribuinte pessoa física, ou o tipo de atividade a que se dedica determinada pessoa jurídica.

Assim, a implementação de imposto de renda cuja alíquota varie em função do nível de concorrência do mercado relevante em que o ganho foi obtido, desde que superados os obstáculos práticos, exigirá lei complementar para sua positivação, porquanto se trataria de critério especial de tributação, conforme conceito adotado na presente dissertação.

4.3.4. Tributos para ampliar a competição

Finalmente, manipular critérios tributários de modo a ampliar a competição em mercados concentrados representa, como visto, importante instrumento de prevenção de desequilíbrios da concorrência.

A primeira alternativa seria a redução das barreiras à entrada, por meio de isenções, depreciação acelerada de bens de capital, impostos negativos ou créditos fiscais destinados a tornar menos onerosos os custos para ingressar em determinado mercado. Para tanto, vários tributos teriam de ser manipulados, pois é extensa a gama de impostos, contribuições e taxas com os quais o contribuinte deve se preocupar para iniciar um novo negócio.

A atração de investimentos produtivos por meio de estímulos fiscais, no entanto, não é novidade em nossa legislação. O IPI, por exemplo, deverá, por determinação constitucional, ter impacto reduzido “sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto” (art. 153, § 3º, IV, da CF). Outrossim, muitas foram as leis editadas nos últimos anos que buscaram estimular novos investimentos em modernização e expansão de diversos setores da indústria¹⁰². Assim, não há porque recorrer ao art. 146-A para fundamentar juridicamente tais medidas tributárias.

No entanto, conforme já se expôs no subitem 3.5.1, as medidas que objetivam a redução das barreiras à entrada alcançam sua máxima efetividade na expansão da competição quando direcionadas somente a empresas que se encontram fora daquele mercado, sob pena de os estímulos serem apropriados pelas empresas monopolistas ou oligopolistas, que manterão seu poder de mercado e utilizarão os recursos públicos para reforçar sua posição dominante.

Assim, o art. 146-A pode justificar a discriminação dos sujeitos passivos das normas premiaias, direcionando-as somente às empresas entrantes. Para fazer face, contudo, à necessidade de relativizar os princípios da isonomia tributária, é necessário que sua incorporação ao ordenamento jurídico se dê por meio de lei complementar. Ademais, para que os custos do subsídio sejam bem aproveitados, é recomendável que o benefício seja temporário. Desse modo, após o restabelecimento do

¹⁰² Apenas a título exemplificativo, citem-se as Leis nºs 11.484, de 31 de maio de 2007; 11.488, de 15 de junho de 2007; e 11.977, de 7 de julho de 2009.

ambiente competitivo, os valores despendidos a título de subsídio serão compensados pelos ganhos sociais auferidos em mercados de concorrência perfeita.

Brazuna (2009, p. 220) propõe, no lugar de mera desoneração dos custos tributários necessários para entrar no mercado, a instituição de empréstimo compulsório destinado a onerar o monopolista ou oligopolistas, isentando as empresas entrantes. A diferença de carga tributária poderia estimular a ampliação da concorrência e os recursos obtidos, utilizados para realizar investimentos no setor econômico respectivo. Quando reequilibrado o mercado, o empréstimo seria devolvido e a regulação cessaria. Trata-se de alternativa equivalente do ponto de vista formal, especialmente quando se constata que a instituição de empréstimo compulsório também depende de lei complementar (art. 148, II, da CF).

Finalmente, além de estimular a entrada de novas empresas, também é útil, com o fim de proteger a concorrência, buscar garantir a sobrevivência das empresas menores, em um mercado dominado por uma ou algumas poucas empresas.

Nesse sentido, o art. 146, III, *d*, da CF, introduzido pela mesma emenda constitucional que inseriu o art. 146-A, determinou que as microempresas e empresas de pequeno porte deveriam receber tratamento tributário diferenciado e favorecido. Essa discriminação positiva, no entanto, não é suficiente para proteger a competição em mercados nos quais grandes empresas disputam com empresas médias.

O § 9º do art. 195 da CF, como já foi mencionado, autoriza que alíquotas diferenciadas sejam impostas a empresas de portes distintos. Ao menos no que tange às contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social, portanto, é possível discriminar contribuintes, ainda que não se trate de microempresas e empresas de pequeno porte. E isso se faz, repita-se, por meio de lei ordinária.

Cabe ao art. 146-A da CF autorizar que a distinção de tratamento em função do porte da empresa seja estendida aos demais tributos, relativizando, pois, o princípio da isonomia tributária. Deve-se, contudo, atender ao requisito formal da lei complementar, a fim de estabelecer as bases para tal discriminação, que somente se justifica, reitere-se, em mercados concentrados, e em favor das empresas sem poder de mercado.

Finalmente, cumpre indagar da conveniência e juridicidade da instituição de CIDE sobre operações de fusão e incorporação de empresas (BRAZUNA, 2009, p. 219). Alegadamente, esse tributo desestimularia a concentração empresarial e, por consequência, contribuiria para a manutenção de algum equilíbrio competitivo.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que a instituição de tributo com tal perfil se fundamentaria no art. 149 da CF, que outorga competência à União para instituição de CIDE. Portanto, apesar de veicular norma que se harmoniza com os objetivos almejados pelo art. 146-A, não é nesse dispositivo que o tributo vai encontrar fundamento. O resultado desse raciocínio é que a contribuição social concebida dispensa a lei complementar para ser instituída.

Outro ponto que deve ser avaliado diz respeito à eficácia da medida. De fato, tributar as operações de fusão e aquisição vai desestimular a concentração empresarial. Ocorre que a possibilidade de fundir-se ou de ser incorporada por outra sociedade, em caso de insucesso, funciona como estímulo ao surgimento de novas empresas e uma alternativa bem menos custosa que o processo de falência. Assim, suprimir essa opção, ou de alguma forma dificultá-la, pode acabar por gerar reflexos negativos sobre a concorrência, desencorajando os novos negócios, em sentido oposto ao buscado pela medida¹⁰³.

Para concluir o presente capítulo, cumpre lembrar que, conforme se viu ao longo do Capítulo 3, todas as ferramentas tributárias analisadas têm limitações próprias e riscos específicos em sua utilização. Além disso, a chamada Teoria do segundo melhor (*Second-best theory*) deve sempre servir como alerta quando o Estado se propõe a intervir no mercado.

De acordo com seu enunciado, a menos que um mercado relevante satisfaça todas as condições de competição perfeita, corrigir uma falha não necessariamente move a economia para mais próximo de uma alocação ótima de recursos (ZOLT, 1995, p. 48). Essa teoria ilumina, enfim, um último aspecto do art. 146-A da CF: o fato de que o estabelecimento de critérios especiais de tributação consiste em mera faculdade do legislador, que só deve agir quando, efetivamente, os

¹⁰³ Não se deve esquecer que as fusões e aquisições também constituem meio para que as empresas alcancem ganhos de escala, reduzindo seus custos, sem que se gerem riscos para a competição.

riscos de intervir na defesa da competição forem menores que os prejuízos que a falta dela vêm causando a determinado mercado. Nesse sentido, as chamadas falhas de governo, cujo exame foge ao objeto da dissertação, devem servir de contrapeso e de juízo de prudência diante do propósito de se buscar corrigir uma falha decorrente do livre funcionamento do mercado.

CONCLUSÕES

O objeto da dissertação, conforme expusemos na Introdução, foi explorar as consequências teóricas de se utilizar o art. 146-A para viabilizar a implementação de regimes tributários que interfiram positivamente em mercados de competição imperfeita. Para tanto, buscou-se responder a duas questões: 1) como a tributação pode interferir na estrutura concorrencial de determinado setor da economia? e 2) que critérios especiais compatíveis com o art. 146-A podem ser eficazmente utilizados sem conflitar com os princípios constitucionais de direito tributário?

No Capítulo 1, buscou-se estabelecer os fundamentos teóricos para a abordagem desenvolvida ao longo dos capítulos seguintes. Servindo-se da Análise Econômica do Direito, tomou-se a norma tributária como um feixe de incentivos apto a influenciar o comportamento dos contribuintes e alterar-lhes a posição de equilíbrio. Constatou-se ser inevitável que a atividade de cobrança de tributos gere distorções no comportamento do contribuinte, que tende a evitar ou reduzir a incidência tributária. Diante disso, buscou-se examinar mais detidamente em que consistem tais efeitos, e se seriam socialmente desejáveis ou não. A esse conjunto de distorções, denominou-se *extrafiscalidade*.

A *extrafiscalidade*, nessa perspectiva, torna-se, de um lado, mais complexa, pois englobaria efeitos de variados matizes. De outro, reduzida a uma origem comum, comportamental, evitam-se equívocos e ambiguidades, além de, amparada nos modelos de microeconomia, tornar-se mensurável.

Essa abordagem condicionou a análise de outra figura jurídica, a neutralidade tributária, que passou a servir de parâmetro de validade da *extrafiscalidade*, mediado pelo princípio da proporcionalidade. Observou-se que, a depender da distorção gerada pela norma tributária, o papel da neutralidade tributária varia, a fim de restringir as ineficiências por ela geradas aos patamares mínimos necessários para alcançar os fins almejados.

No Capítulo 2, por sua vez, buscou-se expor os efeitos nocivos decorrentes do exercício do poder de mercado pelos agentes econômicos, que, no intuito de maximizar seus próprios ganhos, geram ineficiências e causam perdas sociais.

Traçou-se um paralelo entre essas perdas e as causadas pela tributação, as quais, a despeito das semelhanças, apresentavam diferença fundamental: enquanto, no Estado moderno, não existe alternativa mais eficaz que a tributação para financiar a atuação estatal, o monopólio, salvo em casos específicos, decorre de imperfeição do mercado, que, se corrigida, restabelece o equilíbrio competitivo e os ganhos de eficiência dele decorrentes.

Patentes, pois, os efeitos negativos decorrentes do exercício do poder de mercado, examinou-se o arcabouço jurídico voltado para seu tratamento. Deu-se especial ênfase às limitações do direito da concorrência para enfrentar certos arranjos colusivos que prescindem de comunicação exógena ao próprio mercado e que, portanto, decorrem da atuação individual de cada agente econômico. A conclusão necessária foi a de que haveria espaço para a atuação de instrumentos jurídicos de outra ordem, tal como as normas tributárias, para realizar os fins almejados pelo direito da concorrência, mas que lhes são impossíveis de alcançar.

Traçadas as premissas básicas nos Capítulos 1 e 2, foi no Capítulo 3 que se analisou especificamente a relação entre tributação e concorrência, a fim de responder à primeira questão acima referida. Viu-se que, em ambientes de concorrência imperfeita, os estímulos e distorções gerados pela norma tributária ganham em complexidade, surtindo efeitos muitas vezes contrários aos obtidos em mercados competitivos. Por consequência, foi possível concluir que, em ambientes em que existe poder de mercado, cada critério tributário deve ser cuidadosamente definido, uma vez que as ineficiências geradas pela tributação tendem a ser maiores, ao mesmo tempo em que se pode reforçar o desequilíbrio concorrencial já existente.

Também no Capítulo 3, foi possível se deparar com vários modelos tributários que, ao invés de reforçar as ineficiências geradas em ambiente de competição imperfeita, buscam anulá-las ou obstar que surjam. Os modelos se concentram em cada aspecto do desequilíbrio concorrencial, seja se voltando contra as perdas estáticas (perda de peso morto), seja buscando tributar os lucros auferidos pelos monopolistas ou oligopolistas, seja contribuindo para ampliar a concorrência e, com isso, potencialmente, reduzir o poder de mercado. Nenhum deles, contudo, apresenta uma

solução pronta e acabada para resolver o problema concorrencial, mas oferecem parâmetros a orientar uma política pública adequada ao tema.

Por outro lado, ainda que existisse uma fórmula factível para devolver determinado mercado ao equilíbrio de perfeita competição, seria necessário testar sua validade jurídica à luz do art. 146-A e dos demais princípios constitucional-tributários. Esse foi o propósito do Capítulo 4, que tinha em conta, ademais, a segunda pergunta-tema da dissertação, proposta na Introdução e acima reavivada.

Sem que se buscasse um sentido único e pretensamente definitivo do art. 146-A, ofereceu-se uma leitura do dispositivo que reconhecesse sua eficácia e garantisse sua adequação ao fim buscado, qual seja, prevenir desequilíbrios da concorrência. Para tanto, analisou-se cada aspecto controvertido do dispositivo, desde o significado da competência por ele reservada à lei complementar, até o conteúdo dessa competência, consagrado na expressão “estabelecer critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência”.

Os critérios especiais de tributação, a serem diretamente estabelecidos pela lei complementar veiculada pela União, referem-se a qualquer norma tributária que, apta a prevenir desequilíbrio da concorrência, demande que seja excepcionado ou relativizado algum princípio ou regra constitucional-tributário ordinariamente aplicável em sua plenitude a determinado tributo. Em síntese, somente quando o critério tributário voltado à prevenção de desequilíbrios da concorrência conflite com regra ou princípio constitucional é que a lei complementar será usada para resolver esse aparente conflito. Assim, mantém-se a cautela e o rigor necessário para editar lei complementar que resulte da ponderação entre princípios, ao mesmo tempo em que se evita o engessamento na edição de norma tributária em mercados de competição imperfeita. Como nesses mercados, em tese, toda norma tributária influencia positiva ou negativamente na dinâmica concorrencial, não se poderia dar alcance excessivamente largo à expressão “critérios especiais de tributação”.

Ao mesmo tempo, é importante notar que a regra do art. 146-A se volta para as normas tributárias que visem a **prevenir** desequilíbrios da concorrência, o que limita, em parte, sua eficácia, pois exclui as alternativas que dependem da efetiva caracterização do poder de mercado para serem manejadas.

Finalmente, o que também limita em grande medida a utilização de critérios especiais de tributação para o fim visado pelo art. 146-A, é que muitos deles demandam do ente tributante uma quantidade de informações de que não dispõe e uma capacidade de controlar variáveis que não tem. Esses fatores põem em xeque a eficácia desses instrumentos tributários e realçam um aspecto importante do problema, cujo exame foge ao objeto da dissertação, que são as chamadas falhas de governo. Estas devem servir de contrapeso e de juízo de prudência diante do propósito de se buscar corrigir uma falha decorrente do livre funcionamento do mercado.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Danilo Augusto Barboza de. Tributação da prestação de serviços intelectuais no Brasil: considerações jurídicas e econômicas. **Tributação em revista**, v. 14, n. 54, p. 34-37, abr/set. 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006.
- AUERBACH, Alan J.; HINES JR., James R. **Perfect taxation with imperfect competition**. Working Paper 8138. National Bureau of Economic Research, fev. 2001.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- BARZEL, Yoram. An alternative approach to the analysis of taxation. **The Journal of Political Economy**. Chicago: The University of Chicago Press, v. 84, n. 6, p. 1177-1197, dez. 1976.
- BASTABLE, C. F. Taxation through monopoly. **The Economic Journal**. Boston: Blackwell Publishing, v. 1, n. 2, p. 307-325, jun. 1891.
- BESLEY, Timothy J.; ROSEN, Harvey S. Sales taxes and prices: an empirical analysis. **National Tax Journal**. Washington DC: National Tax Association, v. 52, n. 2, p. 157-178, jun. 1999.
- BRAZUNA, José Luis Ribeiro. **Defesa da concorrência e tributação – à luz do artigo 146-A da Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BUCHANAN, James M. External diseconomies, corrective taxes, and market structure. **The American Economic Review**. Pittsburgh: American Economic Association v. 59, n. 1, p. 174-177, 1969.

- BUEHLER, Alfred G. The excess profits tax. **Annals of the American Academy of Political and Social Science**. [S.I.]: Sage Publications, v. 214, p. 86-93, mar. 1941.
- CARBONNIER, Clément. **Who pays commodity taxes? Evidence of a double asymmetrical effect on tax shifting, France 1995-2000**. PSE Working Papers, 2006-13, Paris: Paris-jourdan Sciences Economiques (PSE), jul. 2005.
- CARVALHO, Cristiano; JOBIM, Eduardo. O direito tributário e a interpretação econômica do direito: deveres instrumentais, custos de conformidade e custos de transação. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & economia**. 2.ed., rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 239-246, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 11.ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1999.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**. p. 1-23, out. 1960.
- DRÖGE, Susanne; SCHRÖDER, Philipp J. H. **Corrective ad valorem and unit taxes: a welfare comparison**. Discussion Paper 534. Berlin: German Institute for Economic Research, 2005.
- ELZINGA, Kenneth G. The goals of antitrust: other than competition and efficiency, what else counts? **University of Pennsylvania Law Review**. v. 125, p. 1191-1213, 1977.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Práticas tributárias e abuso de poder econômico. **Revista de direito da concorrência**. Brasília: IOB, n.9, p.123-138, jan/mar. 2006.
- FLYNN, John J. Antitrust protection of the consumer: myth or reality? **The Forum**. v. 13, p. 939-964, 1977.
- FRIED, Barbara H. Why proportionate taxation?. In: THORNDIKE, Joseph J.; VENTRY JR., Dennis J (edit.). **Tax justice: the ongoing debate**. Washington: The Urban Institute Press, 2002.

- FULLERTON, Don; METCALF, Gilbert E. Chapter 26: Tax incidence. In: AUERBACH, A. J.; FELDSTEIN, M. (edit.). *Handbook of Public Economics*. [S.I.]: Elsevier Science B.V., v. 4, p. 1787-1872, 2002.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex. 2007.
- GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GUO, Jang-Ting; LANSING, Kevin J. **Optimal taxation of capital income in a growth model with monopoly profits**. Working Paper 9510. Cleveland: Federal Reserve Bank of Cleveland, 1995.
- HALE, G. E.; HALE, Rosemary D. Monopoly in motion: dynamic economics in antitrust enforcement. **Virginia Law Review**. Charlottesville: University of Virginia School of Law, v. 41, n. 4, p. 431-478, maio 1955.
- HARRISS, C. Lowell. Monopoly and the excess profit tax. **The Tax Magazine**. [S.I.]: CCH Tax and Accounting, v. 16, p. 717-744, dez. 1938.
- HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HOVENKAMP, Herbert. Distributive Justice and the Antitrust Laws. **The George Washington Law Review**. Washington: The George Washington University Law School, v. 51, n. 1, p. 1-31, nov. 1982.
- _____. **Antitrust**. 4.ed, St. Paul: Thomson/West, 2005.

- KAPLOW, Louis. **The theory of taxation and public economics**. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- KEEN, Michael. The balance between specific and *ad valorem* taxation. **Fiscal Studies**. Londres: Institute for Fiscal Studies, v. 19, n. 1, p. 1-37, 1998.
- KERLINGER, Fred N. **Metodologia da pesquisa em ciências sociais: Um tratamento conceitual** [trad. Helena Mendes Rotundo]. São Paulo: EPU, 1980.
- LANDE, Robert H. Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged. **Hastings Law Journal**. San Francisco: UC Hastings College of the Law, v. 50, p. 871-957, abr. 1999.
- LEE, R. Alton. **A history of regulatory taxation**. Lexington: The University Press of Kentucky, 1973.
- LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Livre concorrência e o dever de neutralidade fiscal**. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. (Dissertação de mestrado).
- LOEVINGER, Lee. Antitrust and the new economics. **Minnesota Law Review**. Minnesota: Minnesota Law Review Foundation, v. 37, n. 7, p. 505-568, jun. 1953.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Descompetitividade empresarial e lei tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões do direito tributário*, 9º volume. São Paulo: Dialética, p. 289-297, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. Esboço de uma metódica do direito constitucional. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2.ed., São Paulo: Max Limonad, p. 50-70, 2000.
- MUSGRAVE, Richard A. Equity and the case for progressive taxation. In: THORNDIKE, Joseph J.; VENTRY JR., Dennis J (editores). **Tax justice: the ongoing debate**. Washington: The Urban Institute Press, 2002.
- MYLES, Gareth. **Imperfect competition and the optimal combination of *ad valorem* and specific taxation**. University of Exeter, 1995.

- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3.ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- OGUS, Anthony. Corrective taxes and financial impositions as regulatory instruments. **The Modern Law Review**. Boston: Blackwell Publishing, v. 61, n. 6, p. 767-788, nov., 1998.
- PAULA, Daniel Giotti de. A constitucionalização da neutralidade concorrencial dos tributos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 153, p. 13-28, jun. 2008.
- PLOTT, Charles R. Externalities and corrective taxes. **Economica, New Series**. Boston: Blackwell Publishing, v. 33, n. 129. p. 84-87, fev. 1966.
- POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7.ed., Austin: Wolters Kluwer, 2007.
- RAMSEY, Frank P. A contribution to the theory of taxation. **The Economic Journal**. v. 37, nº 145., p. 47-61, mar. 1927.
- SALANIÉ, Bernard. **The economics of taxation**. Massachusetts: The MIT Press, 2003.
Tradução de: Théorie économique de la fiscalité.
- _____. **The microeconomics of market failures**. Massachusetts: The MIT Press, 2000. Tradução de: Microéconomie: Les défaillances du marché.
- SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. **The economic analysis of civil law** [trad. Matthew Brahan]. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.
- SCHMIDT, Robert M. The correlation of federal taxation of small business and antitrust policy. **University of Detroit Law Journal**, v. 39, p. 181-199, 1961.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- _____. Algumas considerações sobre a contribuição de intervenção no domínio econômico no sistema constitucional brasileiro. A contribuição ao Programa Universidade-Empresa. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). **Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins**. São Paulo: Dialética, 2001.
- SGONTZ, Larry G. An excise tax that reduces price. **National Tax Journal**. Washington DC: National Tax Association, v. 45, n. 1, p. 115-117, mar. 1992.
- SHILLING, Ned. **Excise taxation of monopoly**. Nova York: Columbia University Press, 1969.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOUZA, Hamilton Dias de. Livre concorrência: desvios concorrenciais tributários e a função da constituição. Acesso em 4 de setembro de 2009. http://www.conjur.com.br/2006-set-21/desvios_concorrenciais_tributarios_funcao_constituicao.
- SUITS, D. B.; MUSGRAVE, R. A. *Ad valorem* and unit taxes compared. **The Quarterly Journal of Economics**. Massachusetts: The MIT Press, v. 67, n. 4, p. 598-604, nov. 1953.
- VENTRY JR., Dennis J. Equity versus efficiency and the U.S. Tax System in historical perspective. In: THORNDIKE, Joseph J.; VENTRY JR., Dennis J (edit.). **Tax justice: the ongoing debate**. Washington: The Urban Institute Press, 2002.
- WENDERS, John T. Entry and monopoly pricing. **The Journal of Political Economy**. Chicago: The University of Chicago Press, v. 75, n. 5, p. 755-760, out. 1967.
- YOUNG, Douglas J.; BIELINSKA-KWAPISZ, Agnieszka. Alcohol Taxes and beverage prices. **National Tax Journal**. Washington DC: National Tax Association, v. 55, n. 1, p. 55-73, mar. 2002.
- ZOLT, Eric M. The uneasy case for uniform taxation. **Virginia Tax Review**. *Charlottesville*: University of Virginia School of Law, v. 16, p. 39-109, 1996.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 908.411/RN. Relator Min. Castro Meira. *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)* de 11.9.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Cautelar nº 1.657/MC. Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão Min. CEZAR PELUSO. *Diário de Justiça* de 31.8.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Embargos de Declaração o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 515.168-1/MG. Relator Min. Cezar Peluso. *Diário de Justiça* de 21 de outubro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário nº 153.771-0/MG. Relator Min. Carlos Velloso. Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves. *Diário de Justiça* de 5 de setembro de 1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sétima Turma. Apelação em Mandado de Segurança nº 2007.38.00.021497-1/MG. Relator Desembargador Federal Catão Alves. *Diário de Justiça Eletrônico (e-DJF1)* de 27.2.2009.