

Atualidades

EFEITOS DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O DIREITO CONCORRENCIAL

Uma visão harmônica do ordenamento

MARCEL BRAGANÇA

I — Introdução. II — A livre concorrência e o direito brasileiro. III — A neutralidade concorrencial do direito societário. IV — A neutralidade concorrencial do direito tributário. V — Conclusões. Referências bibliográficas.

I — Introdução

O Direito, entendido como prudência ou técnica de solução de conflitos,¹ deve ser concebido na sua unicidade. Contudo, a atomização pela qual passou e vem passando, muitas vezes traduz aparentes incongruências de forma a dispor, em pólos opos-

1. Eros Roberto Grau, in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 30, aduz: "O direito é normativo. O Direito não descreve; o direito prescreve. Ainda quando um texto normativo descreve uma coisa, estado ou situação, é prescritivo. Ele descreve para prescrever que aquela é a descrição do que cogita. A ciência que o estuda e descreve não é, no entanto, normativa. É, enquanto ciência, descritiva.

"Impõe-se distinguirmos, assim, a ciência do direito e seu objeto, o direito. A primeira descreve — indicando como, por quê e quando — este último". À p. 32, obtempera o autor: "Como o direito reclama interpretação — na medida em que apenas desde que interpretado ele se realiza como jurisprudência prática (pois ele é a jurisprudência prática) — e a interpretação é uma prudência, devo necessariamente concluir que o direito é uma prudência". Hans Kelsen, in *Teoria Pura do Direito*, p. 41, sustenta: "O Direito é uma ordem de coerção e, como ordem de coerção, é — conforme o seu grau de evolução — uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz".

tos, certos ramos do Direito. Assim, apenas de maneira ilustrativa, é possível cogitar de conflito, ou "choque de princípios" entre o direito do trabalho e o direito processual civil,² ou mesmo em relação ao direito societário, mormente quando se trata da execução dos créditos trabalhistas, em que comum é o atropelo de certos preceitos processuais, societários e até constitucionais, para a satisfação do direito do hipossuficiente.³

2. Tendo em vista o disposto no art. 769 da CLT que elege o direito processual comum como fonte subsidiária do direito processual do trabalho. Como é cediço, tendo em vista a escassez de normas processuais do trabalho, o processo civil é aplicado impreterivelmente, dosado, todavia, por princípios do direito laboral.

3. Visível a afronta ao princípio constitucional que garante o direito de propriedade, v.g., quando ocorre o desligamento de linhas telefônicas em virtude de constrição judicial (ressalte-se, instituto de direito processual), em virtude de créditos trabalhistas, sob a justificação de se estar cumprindo os primados da celeridade processual e da proteção ao hipossuficiente. Ainda que se defenda que a propriedade deva cumprir sua função social, não se justifica o óbice ao direito do livre uso, gozo e disposição do bem em virtude de penhora, ainda mais quando

O operador do direito, assim, vê-se envolto por conjunto normativo de extensão assustadora, com princípios próprios de cada ramo e infundáveis diplomas legais, circulares, resoluções, portarias, decretos, instruções etc. Esse contexto, todavia, agrava-se na medida em que os ramos são considerados, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, como compartimentos estanques, voltados aos seus próprios princípios, o que atrapalha não apenas a aplicação do já complexo ordenamento jurídico, mas também o equilíbrio social. Não bastasse, a teia de normas (aqui entendidas no sentido amplo), na medida em que se alastra, no infundável intento do legislador (aqui também entendido de forma ampla) de tudo regulamentar/normatizar, distancia-se, o mais das vezes, dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Não há como se olvidar, entretanto, por mais que se criem novos ramos e por mais que surjam, dentro desses mesmos ramos, novos princípios, que o Direito deve ser visto na sua unicidade, de forma que a visão do todo alicerçada em princípios mestres possibilite a mínima interferência prejudicial de um ramo sobre o outro.

Assim, v.g., cotejando o direito societário e o concorrencial, é possível, com a visão do todo, procurar atingir a harmonização do ordenamento. A necessidade da neutralidade concorrencial do direito societário já foi alvo de estudos empreendidos pelo Professor da Faculdade do Largo de São Francisco, Calixto Salomão Filho.⁴ Ainda que não se admita mais o atingimento de finalidades típicas do direito concorrencial, por meio do direito societário, a neu-

esse uso não esteja se desvirtuando em abuso, na tentativa da diluição do valor econômico do bem, por meio de sua pródiga utilização. Em suma, transformou-se instituto de garantia processual (penhora) em meio expropriatório que visa forçar o executado a pagar seu débito, ainda que seu montante seja passível de discussão.

4. Dois estudos devem ser mencionados, *O Novo Direito Societário*, pp. 201-253 e *Direito Concorrencial — As estruturas*, pp. 232-266.

tralidade deste, em relação àquele, é o mínimo exigível.

Dessarte, o presente trabalho é dividido em duas partes. A primeira, tem por escopo apenas discorrer algumas linhas a respeito da neutralidade concorrencial do direito societário. A segunda parte, que em verdade consiste no cerne do presente estudo, tem por fim demonstrar a necessidade da mínima neutralidade concorrencial do direito tributário, mormente em se considerando a presente fase da realidade nacional, marcada pela tentativa de retirada do "Estado Providência" de diversos setores da economia e a necessidade dos ajustes fiscal e orçamentário.

Pretende esse estudo permanecer centralizado na análise dos setores antes controlados de algum modo pelo Estado, como o setor elétrico, de telecomunicações e de petróleo.

II — A livre concorrência e o direito brasileiro

A intervenção do Estado no domínio econômico, resultante da consciência da imperfeição da teoria que defendia a automática regulação dos mercados, fomentada, entre outros fatores, pela revolução soviética de 1917 e pelo *New Deal*, nos EUA, restou contestada a partir da década de 70, com o esgotamento da economia planificada e a fragilidade econômica decorrente da crise do petróleo de 1973. A Inglaterra, como nação pioneira, por meio de sua primeira-ministra Margaret Thatcher, buscando resgatar a enfraquecida economia inglesa, empenhou-se em proceder a uma contínua transferência de ativos públicos para o setor privado, concretizando o que se chamou de *privatization*.

Desde então e, entre nós, a partir do governo Collor, tem-se acompanhado a verdadeira *onda de privatizações* que tem marcado a realidade nacional, paralelamente à mundial, até mesmo em setores antes inconcebíveis como os de petróleo, energia e telecomunicações.

Simultaneamente a essa realidade, o surgimento da grande empresa transnacional (considerados também os grupos de empresa), como forma organizacional da produção,⁵ trouxe ao mundo jurídico o reconhecimento do poder econômico⁶ e sua conseqüente institucionalização.⁷ Deixou-se de lado a velha concepção tradicional que considerava os agentes econômicos de

5. Resta plenamente evidenciado o fenômeno da revolução da sociedade anônima, como previsto por Berle e Means, in *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*.

6. Eros Roberto Grau, in *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 231, aduz: “Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade — porque dele é fragmento — compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor”. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato, in *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., p. 395: “Na concepção tradicional, o mercado é tecnicamente organizado em função do consumidor, cujas decisões fundamentam, em última análise, a correspondência entre ofertas e demandas, num regime de produção essencialmente concorrencial. A situação de monopólio é considerada excepcional e combatida como autêntica aberração. Hoje, reconhece-se que o mercado de bens, de serviços e de força-trabalho é formado pelas decisões do conjunto de empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem todas as demais unidades, pequenas e médias (...) O poder econômico, portanto, é a regra e não a exceção. Ora, a finalidade última desse poder, do qual todos nós dependemos, não pode ser apenas, nem principalmente, a produção e partilha de lucros entre proprietários ou capitalistas; não deve ser, tampouco, assegurar ao empresário um nível de elevada retribuição econômica e social. O poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade”.

7. Na ob. cit., p. 278, obtiveram Berle e Means: “O surgimento da moderna sociedade anônima efetivou uma concentração de poder econômico que pode competir em pé de igualdade com o Estado moderno — poder econômico *versus* poder político, cada um forte em seu setor. O Estado procura, de certo modo, regulamentar a sociedade anônima, enquanto esta, que se torna rapidamente mais poderosa, faz todo o possível para impedir essa regulamentação. No tocante a seus próprios interesses, procura até mesmo dominar o Estado (...)”.

médio e pequeno portes, sem poder para exercer influência nas regras de mercado.⁸

O direito antitruste, velho conhecido dos EUA, procura encontrar seu definitivo espaço no ordenamento jurídico nacional. Não apenas como mero preceito programático,⁹ mas como instrumento de prevenção da difusão do poder econômico e como forma de renovação do capitalismo.

A preocupação com o abuso do poder econômico restou consagrada na Constituição de 1946 e foi assim traduzida pelo deputado Agamenom Magalhães: “Os trustes, cartéis, entendimentos ou ajustes de qualquer organização, grupo, empresa ou indivíduo, seja de que natureza forem, para dominar os mercados internos, eliminar os concorrentes e explorar os consumidores pelos preços ou qualquer outra força de opressão serão declarados fora da lei e dissolvidos de acordo com a legislação especial que for votada pelo Congresso”.¹⁰

Aos 10 de setembro de 1962 foi promulgada a Lei 4.137, com forte esboço na legislação antitruste norte-americana, mas dela diferindo em alguns aspectos. Benjamin Shieber obtempera:¹¹ “A lei antitruste brasileira, ainda que valendo-se do direito antitruste norte-americano, é diferente. Para apontar uma das diferenças mais importantes, referimo-nos ao fato de que a lei brasileira permite legitimação de acordos cuja função normal é restringir a concorrência, v.g., acordos entre concorrentes para fixação de preços, enquanto tais acordos são

8. O estudo citado sobre o assunto é, sem dúvida, *A Riqueza das Nações*, do escocês Adam Smith.

9. José Afonso da Silva, in *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed., p. 137, invoca Pontes de Miranda, que assim define as regras jurídicas programáticas: “(...) são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretores, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função”.

10. Benjamin Shieber, in *Abusos do Poder Econômico*, p. 9.

11. Ob. cit., p. 19.

injustificáveis no direito antitruste norte-americano”.

A Constituição de 1967, alterada com a Emenda Constitucional 1/69, dispunha em seu art. 160, inc. V, que a ordem econômica e social tinha por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base, entre outros, no princípio da repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

A mesma Carta dispunha, no art. 163, que eram facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com *eficácia* no regime de competição e de liberdade de iniciativa.

A Constituição de 1988, por sua vez, dispõe no art. 173 que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.¹² O artigo supra, conjugado com o 174 da Carta, evidencia que somente é permitida a atuação supletiva do Estado na atividade econômica. A CF/88 elenca, ademais, como fundamentos da ordem econômica brasileira, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com observância de vários princípios, dentre eles, a livre concorrência. O art. 173, § 4º reza que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à elimina-

ção da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Eros Roberto Grau,¹³ analisando os dispositivos constitucionais retro e com fulcro no entendimento de Canotilho, defende que o *caput* do art. 170 da CF encerra um princípio político constitucionalmente conformador, ao passo que o consagrado no inc. IV do mesmo artigo (livre concorrência) encerra princípio constitucional impositivo.

Por outro lado, o cotejo dos dois artigos demonstra que o poder econômico foi institucionalizado pela CF/88. Com efeito, a livre concorrência (frise-se, não a concorrência livre, que pressuporia a inexistência de poder econômico) significa liberdade de concorrência, caracterizada pelo elemento comportamental da competitividade. Não bastasse, a livre iniciativa implica desigualdade entre os agentes econômicos gerando a rivalidade.

Aos 11 de junho de 1994 foi promulgada a Lei 8.884, que em seu art. 1º aduz: “Essa lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Nesse prisma, elucidativa a lição de Eros Roberto Grau:¹⁴ “A expressa referência aos ‘ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico’ e a afirmação de que ‘a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei’ definem a amplitude do conteúdo da Lei 8.884/94. Ela não é meramente uma nova lei antitruste; assim, seu fundamento constitucional não se encontra apenas, exclusivamente, no § 4º do art. 173 da Constituição de 1988 — trata-se de lei

12. Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., p. 551, aduz: “A Constituição de 1988 restringiu a possibilidade de interferência do Estado na ordem econômica, não mais falando de *intervenção*, mas sim de *atuação*, dispondo que ‘ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’ (art. 173)”.

13. Ob. cit., pp. 221 e ss.

14. Ob. cit., p. 233.

voltada à preservação do modo de produção capitalista”.

Os princípios constitucionais exercem relevância e supremacia sobre as próprias normas da Constituição.¹⁵ O desrespeito a esses princípios — que pode ocorrer também pelo descaso, omissão — é fator de perturbação institucional, trazendo a insegurança social em virtude da ofensa à segurança jurídica. O primado da livre concorrência deve ser, portanto, respeitado. Não é princípio que encerra fim em si mesmo, mas tido como instrumento que permite a continuidade do modo de produção capitalista. Visa pôr freio à ameaça devastadora do poder econômico e suas maléficas influências em todas as áreas da comunidade.¹⁶ A idéia de Marx, no sentido de

que o desenvolvimento do capitalismo tenderia à sua própria aniquilação, é preocupação latente do direito concorrencial. Por outro lado, o poder econômico, em si, não encerra ilicitude.¹⁷ O que o ordenamento jurídico não admite é a disfunção desse poder.

Como corolário, tem a sociedade brasileira, em respeito aos princípios encartados na Constituição Federal, a tarefa de fazer com que o poder econômico seja democratizado.¹⁸

III — A neutralidade concorrencial do direito societário

Como salienta Calixto Salomão Filho, não se busca a substituição do direito concorrencial pelo direito societário. Ao contrário, pretende-se seja mantido o equilíbrio social para que possa se efetivar o equilíbrio das forças de mercado. Fala-se, assim, nos efeitos internos do direito societário em relação ao concorrencial. Este equilíbrio interno é alcançado, principalmente, por meio do sistema protetivo das minorias acionárias.¹⁹ A concessão de instrumentos para o insurgimento efetivo das minorias implica no estabelecimento de um contrapoder no sentido de evitar (ou, ao menos, fornecer os instrumentos para coibir) que haja eliminação da concorrência em virtu-

ela o seu intento supressivo de vários direitos de retirada, garantidos como essenciais”.

17. Cf. Fábio Konder Comparato, ob. cit., p. 383.

18. Nesse sentido, ressalta Calixto Salomão Filho, in “Direito empresarial público”, *RDM* 112/16: “(...) Esse novo ativismo antitruste é apenas uma socialização das preocupações empresariais. O que se está reconhecendo, em poucas palavras, é que em certos setores é imperativo manter os competidores pequenos ou, pelo menos, limitar-lhes estruturalmente o poder econômico. Ora, sócio-politicamente, isso significa que o direito antitruste está atento e temeroso ao famoso postulado de Marx, segundo o qual o capitalismo tenderia à autodestruição exatamente em função da concentração de poder econômico”.

19. Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, ob. cit., p. 204.

15. Agustín Gordillo, in *Introducción al Derecho Administrativo*, pp. 176-177.

16. Sobre a influência desse poder e evidenciando seu ceticismo a respeito da intervenção estatal no âmbito concorrencial, Stigler, in “The theory of economic regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, 1971, pp. 4-5, defende que: This question, why does an industry solicit the coercive powers of the state rather than its cash, is offered only to illustrate the approach of the present paper. We assume that political systems are rationally devised and rationally employed, which is to say that they are appropriate instruments for the fulfillment of desires of members of the society. This is not to say that the state will serve any person's concept of the public interest: indeed the problem of regulation is the problem of discovering when and why an industry (or other group of likeminded people) is able to use the state for its purposes, or is singled out by the state to be used for alien purposes (...) We propose the general hypothesis: every industry or occupation that has enough political power to utilize the state will seek to control entry. In addition, the regulatory policy will often be so fashioned as to retard the rate of growth of new firms”. Entre nós, essa influência da grande empresa sob os Poderes Instituídos já foi anotada por Modesto Carvalhosa, in *Comentários à Lei de Sociedades por Ações*, 2ª ed., v. 1, p. LI, em comentários a respeito da Lei Lobão (Lei n. 7.958/89), que suprimiu o direito de retirada nas hipóteses de cisão, fusão, incorporação e participação em grupo de sociedades. Discorre o autor: “Conhecida como Lei Lobão, de caráter grotescamente casuístico — porque fruto da demanda de uma única companhia de grande porte que desejava incorporar sua controlada, sem o questionamento eventual do recesso pelos minoritários — não logrou

de de aquisições de competidores, em prejuízo do crescimento interno da empresa.²⁰

Um dos pontos mais controvertidos na Lei 6.404/76 e cuja discussão foi revivida com a Lei 9.457/97²¹ foi o pertinente à alienação de controle da companhia aberta e o tratamento igualitário aos minoritários que era obrigatório. O ordenamento pátrio distinguiu em duas hipóteses a matéria referente à transferência do controle: aquela prevista no já revogado art. 254²² e a do art. 257 da Lei 6.404/76. Enquanto o primeiro visava assegurar tratamento igualitário aos minoritários quando da alienação do controle, o segundo trata de técnica de aquisição do controle (*take over bid*).

Tendo como corolário a situação criada pela revogação do artigo supra, a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) editou a Instrução 299/99, que dispõe sobre a divulgação de informações, especialmente com relação às operações de que resultem a alienação do controle e o aumento de participação acionária; disciplina também a negociação de ações de emissão da própria companhia, inclusive vedando aos administradores e membros do Conselho Fiscal qualquer negociação com ações de emissão da sociedade quando estiver em curso

20. Salienta o autor supra que a proteção das minorias pode ser entendida como um meio de igualar o "preço da aquisição" de uma empresa ao preço do crescimento interno.

21. Com a promulgação da Lei 9.457/97, foi revogado o art. 254 e os §§ do art. 255, ambos da Lei 6.404/76. O primeiro conferia tratamento igualitário aos minoritários quando da alienação de controle da companhia aberta, sujeitando-a à aprovação da CVM; o segundo, cuida da alienação de controle de companhia aberta que dependa de autorização do governo para funcionar. O § 1º dispunha que a autoridade competente para autorizar a alienação deveria zelar para que fosse assegurado tratamento equitativo aos acionistas minoritários, mediante simultânea oferta pública para a aquisição das ações, ou o rateio, por todos os acionistas, dos intangíveis da companhia.

22. Encontra-se, no momento, tramitando na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei (n. 3.115/97) de relatoria do Deputado Emerson Kapaz, em que se pretende seja estabelecido o comando contido nesse artigo.

a aquisição ou alienação de ações pela companhia emissora, suas controladas, coligadas ou outra sociedade sob controle comum.²³

A revogação do art. 254 da Lei 6.404/76 teve óbvio intento de conferir ao governo todo o sobrepreço advindo da alienação do controle acionário das empresas estatais, sem a necessidade de reparti-lo com os demais acionistas com o direito de voto,²⁴ tampouco o de lhes proporcionar as mesmas oportunidades na alienação do controle.

Considerando a tendência do legislador nacional de fomentar o crescimento concentracionista, evidenciada pelos termos da Lei 6.404/76,²⁵ vê-se o empresário

23. A despeito de algumas regras de importância, como a obrigatoriedade de oferta pública para a aquisição de ações de qualquer espécie ou classe por acionista controlador que já tenha elevado a sua participação na classe que pretende adquirir, em dez por cento; a obrigação de compra das ações de acionistas minoritários, sempre que mais de um terço das ações em circulação acolherem a oferta etc., a legalidade de muitas disposições da Instrução 299/99 já tem sido questionada pela doutrina. Nesse sentido, Tavares Borba, in *Direito Societário*, 5ª ed., p. 477, aduz: "Verifica-se que a CVM, através dessa Instrução, embora imbuída do propósito de tutelar os acionistas minoritários, arrogou-se a posição de legislador, indo muito além de suas funções regulamentares".

24. Considerando a Resolução Bacen 401/76, que limitou a obrigatoriedade de tratamento igualitário aos titulares de ações ordinárias com direito de voto.

25. Como exemplo do ambiente propício à concentração empresarial, cita-se possibilidade de emissão de ações preferenciais sem direito a voto até o limite de 2/3 do total das ações emitidas (art. 15, § 2º da Lei 6.404/76), mecanismo esse que permite o exercício do controle com relativamente pequena participação acionária. Cf. Modesto Carvalhosa, in *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 2ª ed., 1º v., p. 125. Fora a lei das sociedades por ações, entre outros diplomas legais, pode-se citar, com evidente cunho concentracionista, o Decreto 75.247, de 21 de janeiro de 1975, que regulamentou dispositivos do Decreto-lei 1.346, de 26 de setembro de 1974. O Decreto, em seu art. 1º aduz que: "Para fins do que dispõe o art. 1º parágrafo único do Decreto-lei 1.346, de 25 de setembro de 1974, serão consideradas de interesse para a economia nacional as fusões, incorporações ou outras formas de combinação ou associação de empresas, cujos objetivos atendam, isolada ou cumulativamente, às seguintes diretrizes: a) inte-

muito mais seduzido pela expansão externa de suas atividades por meio da aquisição de concorrentes, que à promoção do aumento da capacidade produtiva da empresa.²⁶

Doutrinadores há, inclusive, que sustentam que a expressão *acionista minoritário* não pode ser utilizada no sentido de abranger somente os titulares de ações ordinárias. Como já salientaram Calixto Salomão e Mário Stella Richter,²⁷ "(...) em um sistema que, como visto, tenta reduzir o interesse do sócio minoritário ao valor adicional a ser recebido no momento da oferta pública, excluir do favor legal exatamente aqueles acionistas que por definição têm apenas um interesse patrimonial imediato na sociedade (daí o recebimento preferencial dos dividendos) parece revelar, no mínimo, uma análise superficial dos interesses envolvidos na alienação de controle e dos órgãos mais capazes de tutelá-los".²⁸

gração de atividades econômicas complementares que resultem em economia de escala através da redução de custos e ganhos de produtividade, com repercussões favoráveis no nível de preços internos; b) desenvolvimento do poder competitivo das empresas, em razão de maior economia de escala, com aprimoramento dos métodos administrativos, gerenciais ou tecnológicos; c) (...)."

26. Calixto Salomão Filho, in *Direito Concorrencial — As estruturas*, cit., p. 233, discorre: "Como visto no capítulo 2, o direito concorrencial tem uma preferência explícita pelo crescimento interno. Essa preferência explica-se. Só no caso de crescimento interno pode-se ter certeza de que os ganhos de eficiência foram repartidos com os consumidores. Pelos mesmos motivos, apenas no caso de crescimento interno, pode-se ter certeza da criação líquida de riqueza, o que não ocorre em consequência da concentração, que importa apenas na transferência de poder de uso e disposição dessa riqueza".

27. In "Interesse social e poderes administrativos na alienação de controle", *RDM* 89/67.

28. Nesse sentido também pronuncia-se Modesto Carvalhosa, *Oferta Pública de Aquisição de Ações*, IBMEC, 1979, p. 127: "A lei, ao instituir duas espécies de ações — ordinárias e preferenciais — possibilitou que se suprimissem, para estas últimas, direitos políticos — direito de voto — em troca de vantagens patrimoniais. Ora, excluir as ações preferenciais das vantagens patrimoniais na alienação do controle seria infligir aos seus titulares dano patrimonial que contraria frontalmente o próprio funda-

A doutrina acima invocada elenca os interesses envolvidos na alienação do controle, quais sejam, o interesse público e o interesse interno, este subdividido nos interesses dos acionistas e trabalhadores.²⁹ Entre os *acionistas minoritários* estabelecem a diferença entre os investidores e especuladores, os primeiros interessados na manutenção de suas posições acionárias e nos dividendos que a sociedade pode lhes proporcionar a longo prazo; os segundos, interessados nos lucros a curto prazo. Desta forma, considerando os interesses envolvidos na alienação do controle, pode-se concluir que as duas expectativas envolvidas na operação são: a maximização dos lucros e a manutenção da empresa, daí a tutela aos *minoritários* investidor e especulador, aquele interessado na manutenção da sua situação anterior e preocupado com o lucro a longo prazo, e este, interessado no lucro a curto prazo, como o recebimento do sobrepreço obtido pela alienação do controle.

Ao lado do "controle" exercido pela *minoria*,³⁰ cumpre ressaltar o papel dos em-

mento da criação dessa espécie de ações, que é exatamente a referida vantagem patrimonial em troca da supressão total ou parcial do direito de voto".

29. A legislação trabalhista deixa evidente o efeito potencial que a alteração do controle pode acarretar sobre o corpo laboral. Assim, reza o art. 448 da CLT: "A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados".

30. É clássico o entendimento de Dominique Schmidt no sentido de que a *minoria* é um órgão subsidiário de controle, cf. *Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme*, 1970, p. 225: "La minorité exerce dans la société une fonction de contrôle. Elle est chargée de veiller au fonctionnement régulier de l'organisme social. Elle intervient ainsi soit pour faire sanctionner une irrégularité, soit pour pallier l'inaction des organes sociaux. Mais là s'arrête son pouvoir d'agir; c'est pourquoi il n'est que subsidiaire. La minorité, parce qu'elle est organe de contrôle, n'est qu'organe subsidiaire". A despeito de ser órgão subsidiário, Schmidt não desconhece o poder concorrente exercido pela *minoria*, ob. cit., p. 136: "Au contraire, les conditions d'exercice des droits permettant à la minorité de contester la volonté exprimée par la majorité posent des problèmes nouveaux et particuliers: il ne s'agit plus ici de contribuer à la bonne marche d'un organisme, mais d'en rectifier

pregados no que pertine à disfunção do poder majoritário e aos efeitos desse poder no âmbito do direito concorrencial.

Por meio do disposto no parágrafo único do art. 116 da Lei das S/A, restaram estabelecidos os deveres e responsabilidades do controlador em relação aos demais acionistas, os empregados e a comunidade em que atua a companhia.

A Constituição de 1967 assegurava, em seu art. 165, inc. V, a integração do empregado na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na sua gestão, conforme fosse estabelecido em lei.

Com base nesse comando constitucional foi editada a Lei Complementar 7/70 que instituiu o Programa de Integração Social, financiado por meio da contribuição social conhecida como PIS. O art. 1º da indigitada lei estabelece que o PIS tem por escopo a promoção da integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas.

Malgrado tenha a Constituição pretérita aludido à participação do empregado na gestão da empresa, certo é que esse fato é realidade distante. Tampouco destinou-se o PIS, com a Constituição de 1988, à promoção da integração do empregado na vida, desenvolvimento e gestão da empresa.³¹

O exemplo da participação do empregado na vida e gestão da empresa é fornecido pelo ordenamento alemão, por meio do sistema chamado *Mitbestimmung*, que confere ao representante dos empregados um assento no Conselho de Administração (*Aufsichtsrat*). Trata-se do mecanismo de co-gestão, criado pela lei de 21 de maio de

1951, recepcionada pela Lei das Sociedades por Ações de 1965.³²

Ainda que se revogue por um Conselho enxuto, parece ser uma alternativa interessante e que se coaduna com a Lei das S/A brasileira, a hipótese da participação de representante dos empregados no órgão, a fim de que haja maior interação entre ambos, com o estreitamento da distância que separa os dois pólos, fazendo com que haja maior diálogo propiciador do atingimento de um denominador comum entre os anseios dos empregados e as possibilidades do empregador.³³ Longe de ser tema superado, vê-se que a co-gestão é alvo de debates novamente, por meio do estudo dos princípios da *Corporate Governance*.

O sistema de co-gestão³⁴ parece atender aos anseios da vida empresarial moder-

32. Para uma análise detalhada da estrutura do Conselho de Administração e o tratamento conferido por cada ordenamento, v. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, in *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*, 1997.

33. Brian R. Cheffins, *Corporate Law*, p. 574, analisando a realidade inglesa, aduz: "At present, under English law the part which workers play is minor one. An important limitation is that a company's employees do not have any legal right to be represented on the board of directors. Section 309 of the companies Act 1985 does stipulate that a company's directors must, as part of their duty to the company, have regard to the interests of the employees as well as the members. Because of ambiguous wording and the lack of effective means of enforcement, however, section 309 probably does little to induce company directors to focus on the workforce when they formulate and review corporate policies".

34. Ao lado do sistema de co-gestão, hoje é muito comum, em alguns países, que os empregados e diversas entidades sociais exerçam pressão sobre a companhia de modo a conseguir um equilíbrio social interno, colocando limites ao poder econômico. Assim dispõe Modesto Carvalhosa, ob. cit., p. 123: "O voto é, com efeito, o instrumento fundamental de participação comunitária na vida e no comportamento das empresas revestidas da forma societária, a ponto de, nos Estados Unidos, ser hoje, muitas vezes, o modo escolhido de obtenção de melhoria salarial dos próprios empregados — via participação acionária dos sindicatos. Também por meio do voto, nos Estados Unidos, os grupos comunitários têm atuado para a preservação dos recursos naturais e da

le cours. En cela, l'exercice du contrôle s'oppose directement à l'autorité du pouvoir majoritaire qui définit souverainement la politique de la société. Deux pouvoirs sont ainsi en lutte, l'un de décision, l'autre de contrôle, chacun se réclamant de l'intérêt supérieur de la collectivité".

31. Como é cediço, o PIS financia o programa de seguro desemprego e o abono salarial, nos termos do art. 239 da CF/88.

na, eis que propicia um método de cooperação entre empregador e empregado, capaz, inclusive, de melhorar a produtividade da empresa e, via reflexa, provocar aumento no valor das ações. Dessa forma, a prática da consulta aos empregados, quando se tratar de questões que afetarão a relação de trabalho e a participação destes na gestão empresarial, criam um ambiente de maior confiabilidade.³⁵ Outrossim, o sistema de co-gestão estimula a participação do empregado na vida da empresa, não apenas como receptor de ordens, mas também de forma a estimular sua criatividade e capacidade produtiva, além de, muitas vezes, evitar movimentos que parem a produção, como as greves, por exemplo.³⁶

— Não se olvida a tensão entre empregados e empregadores, até porque capital e trabalho sempre foram vistos de forma antagonica. Todavia, o sistema de co-gestão adotado por grandes empresas poderia, inclusive, acarretar maior flexibilidade na aplicação da Norma Consolidada (CLT), que já dá sinais de superação devido à sua rigidez. Também não se olvida os argumentos em contrário, no sentido de que a estabilidade do empregado que é adotada nos modelos alemão e japonês, e a necessidade de consulta às comissões formadas por estes, pode vir a provocar o engessamento da

vida urbana, pressionando as companhias a observarem os interesses maiores da vida natural e social, colocando-se, portanto, acima dos objetivos imediatos de maximização dos seus lucros”.

35. Brian Cheffins, ob. cit., pp. 582-583: “According to the chairman of Siemens, a large German electronics group, codetermination ‘means that we create a relationship of trust, that one talks to the people, that one tells the truth, that one builds up a reserve of trust, not only if you are in difficulties, but over a long time’. In such an environment, employees can in turn make a strong commitment to the companies they work for and employers can count on having a motivated, skilled, and adaptable staff”.

36. Brian Cheffins, ob. cit., pp. 578-579: “Under such circumstances, the employee will have successfully engaged the hearts and minds of the staff. The workers in turn will have a strong commitment to the employer and an affirmative job attitude. As well, they will adapt readily to new tasks and will be willing to take the initiative to solve problems”.

atividade produtiva, bem como a impossibilidade de renovação do corpo de funcionários, quando este se mostra contraprodcente. Entretanto, a aceitação desses argumentos implica desprezar um potencial que pode ser bem aproveitado, por falta de comunicação, ou de boa vontade³⁷ e por aversão à idéia, sentimento esse que muito se aproxima do preconceito.

A falta de neutralidade do direito societário resta evidenciada pelos singelos exemplos supra-referidos, que implicam tanto no fomento concentracionista por meio de aquisições de concorrentes, como falta de diálogo entre o corpo diretivo da empresa e a força laboral, sem que haja qualquer preocupação com os empregados quando ocorre a venda do controle acionário, a despeito de, como visto, estes sofrerem diretamente os efeitos do negócio.

IV — A neutralidade concorrencial do direito tributário

A tão esperada reforma tributária talvez seja um dos temas mais complexos da atualidade. Complexo, pois esbarra em questões políticas e propriamente jurídicas, refletindo a tensão existente entre os entes da federação, os Estados, Municípios e Distrito Federal, pois não querem perder a autonomia já obtida em relação à União e esta, como reflexo da tradição brasileira, não quer perder sua posição paternalista.

Por outro lado, passa o Brasil por momento crucial no que tange à busca do aquecimento de sua economia, seja por meio da transferência de ativos públicos ao setor privado, de um lado, e, de outro, da efetivação de princípios esculpidos na Carta de 1988, como a defesa do consumidor, a livre concorrência, a redução das desigualdades sociais etc., seja por meio da tentativa de criação de um mercado de capitais

37. V. Brian Cheffins, ob. cit., pp. 578-583 a respeito da teoria do jogo entre empregadores e empregados e a escolha de proceder segundo *high cost* e *low cost*.

solidificado,³⁸ mormente quanto ao mercado primário de ações, preocupação latente desde a promulgação da Lei 6.404/76.

No entanto, percebe-se que, a despeito de uma série de progressos visando a atingir e respeitar os comandos dos princípios supra,³⁹ em matéria tributária, as discussões demonstram que o atingimento de um ordenamento racional ainda está opaco.

As linhas que seguem trazem alguns exemplos que evidenciam a necessidade de se buscar, por meio da elaboração de leis lastreadas em bases racionais e que consideram o ordenamento como um todo, a harmonia do sistema normativo.

*a) A limitação contida
no § 1º do art. 89 da Lei 8.212/91*

O instituto da compensação de "tributos" recolhidos indevidamente (indébito)⁴⁰ está prevista no art. 170 do Código Tributário Nacional.⁴¹ Com espeque nesse dis-

38. A implementação de um mercado primário de ações solidificado, que, em verdade, foi a principal preocupação da Lei 6.404/76, na tentativa de revigoramento do setor privado, por meio da capitalização da poupança popular. Cf. Lamy Filho e Bulhões Pedreira, in *A Lei das S/A*, v. I, 3ª ed., p. 143.

39. A elevação da relação de consumo à relação jurídica, de forma a proteger os consumidores das práticas comerciais de fornecimento de produtos e serviços em massa, no mercado de consumo, foi efetivada com a promulgação da Lei 8.078/90. Da mesma forma, a Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador (Anatel) e outros aspectos institucionais, acrescidos das preocupações com a universalização e continuidade dos serviços, bem como a obrigatoriedade de interconexão de redes, trazem insito o respeito à livre concorrência e à busca da redução das desigualdades sociais.

40. Em verdade, o tributo não é indevido, sendo equivocado falar-se em recolhimento indevido de tributo. O que se recolhe indevidamente não é tributo, mas indébito.

41. O artigo dispõe: "A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública".

posto foi editada a Lei 8.383/91, que em seu art. 66 conferiu ao contribuinte que efetuar o pagamento indevido ou a maior que o devido de tributos, inclusive contribuições federais e receitas patrimoniais, a possibilidade de compensar o indébito com tributo a ser recolhido em período subsequente. Seu § 1º limita a compensação entre tributos, contribuições e receitas com exações da mesma espécie.

Em face desse direito conferido ao contribuinte, foi promulgada a Lei 9.032/95 que alterou o art. 89 da Lei 8.212/91. De acordo com a sua nova redação, aduz o art. 89: "Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. § 1º. Admitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida pelo INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade (...)".

É notório não somente no meio jurídico mas também na vida empresarial que as contribuições sociais em geral, entre elas as destinadas à previdência, consistem em pesado ônus a ser arcado pelo setor produtivo. Contribuições essas que têm por base de cálculo o lucro, o faturamento, a folha de pagamentos e, recentemente, com a Emenda Constitucional 20/98, também a receita.⁴²

42. Interessante, nesse caso, levantar importante precedente jurisprudencial. O PIS, contribuição destinada à seguridade social, conforme o art. 239 da CF/88, que lhe alterou radicalmente a destinação, tem como bases de cálculo, o faturamento e parcela do lucro, conforme dispõe a Lei Complementar 7/70. Em 1988 dois decretos-leis, especificamente, 2.445 e 2.449, alteraram as bases de cálculo elegendo, somente, a receita operacional bruta, englobando, assim, além do faturamento, também as receitas financeiras e correções monetárias ativas. O STF entendeu que os decretos-leis mencionados padeciam do vício de inconstitucionalidade formal, tendo em vista a inadequação do veículo usado (decreto-lei) para o tratamento de matéria estranha às finanças públicas e ao direito tributário, já que, o PIS, perante a CF/67 com a EC 1/69, não tinha natureza

Como exemplo do reflexo da tributação de setores que se pretende expandir e que antes eram controlados de alguma forma pelo Estado, toma-se o de telecomunicações. Um relatório elaborado pela Superintendência de Serviços Públicos da Anatel (agência reguladora das telecomunicações) evidencia a voracidade fiscal nesse setor. Dessa forma, tem-se que, enquanto nos EUA, Alemanha, Reino Unido e França, a carga tributária atinge percentuais de, respectivamente, 3%, 16%, 17,5% e 20,60%, no Brasil a tributação atinge 40,10%.⁴³

Considerando essa realidade, não se pode olvidar a importância dos custos decorrentes da tributação, a evidenciar que a regra trazida pelo § 1º do art. 89 da Lei 8.212/91 alterado pela Lei 9.032/95, merece análise sobre outro ângulo que não apenas tributário, mas também concorrencial.

É cediço que a formação dos preços dos produtos e serviços leva em conta, entre outros fatores, os custos⁴⁴ da produção.

tributária. (v. José Eduardo Soares de Melo, in *Contribuições Sociais no Sistema Tributário*, 2ª ed., pp. 153-158.

O legislador, dessa forma, já tinha tentado, sem sucesso, tributar mais o setor produtivo por meio da ampliação da base de cálculo (frise-se, embora a alíquota do PIS tenha sofrido redução de 0,75% para 0,65%, a base de cálculo fora ampliada — de faturamento e parcela do lucro para receita operacional bruta —, além da supressão à semestralidade esculpida no parágrafo único do art. 6º da LC 7/70). Agora, no entanto, essa voracidade ganhou tamanhos foros que a ampliação da base de cálculo foi alçada a nível constitucional com a EC 20, de 15 de dezembro de 1998, que elegeu a receita, ao lado das demais, como possível base de cálculo das contribuições previstas no art. 195 (destinadas à seguridade social).

43. Cf. reportagem veiculada pela *Gazeta Mercantil* de 23.11.1999, p. A-10.

44. Calixto Salomão Filho, in *Direito Concorrencial — As estruturas*, cit., pp. 151-152, analisando a importância da natureza dos produtos e a estrutura dos custos em relação ao oligopólio, mostra bem a relação entre custo e preço ao discorrer: “Outro aspecto que dificulta em muito o comportamento paralelo dos oligopolistas é a existência de diferenças importantes nas estruturas de custos dos agentes econômicos. O motivo para isso é bastante simples. Em

A própria Lei 8.884/94, em seu art. 21, incs. XVIII, XIX, XXII e XXIV, é expressa ao tomar o custo como parâmetro para a verificação da ocorrência de infração à ordem econômica.⁴⁵ É da boa prática do mercado, dessarte, possa o empresário fixar seus preços com base nos custos⁴⁶ decorrentes da produção dos bens. Apenas em situações de concorrência imperfeita, ou em casos de monopólio e oligopólio, verifica-se o descompasso entre custos e preços, com o auferimento de lucros extraordinários, ou a tentativa da imposição de barreiras à entrada de novos competidores.

Grande influência exerceu e exerce no direito concorrencial norte-americano a Escola de Chicago. Pregam os estudiosos de Chicago que a existência de monopólios e as restrições à concorrência não são perniciosos, desde que tenham como resultado a maximização da eficiência. Eficiência, por sua vez e *grosso modo*, significa a possibilidade de produzir a *custos* menores, em benefício dos consumidores. Tem o direito antitruste, portanto, segundo a Escola de

presença de diferentes estruturas de custos, o ponto de equilíbrio dos agentes econômicos em que cada um deles maximiza receita é diverso (...). Portanto, na maioria das situações em que a estrutura de custos é bastante diversa não se verificará o oligopólio. Naqueles casos particulares em que ambos convivem, ela será indício da instabilidade de acordos tácitos de preços”.

45. Os incisos têm, respectivamente, a seguinte redação: “vender, injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo”; “importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos Códigos *Antidumping* e de Subsídios do GATT”; “reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção”; “impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço”. “Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: (...) IV — a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos”.

46. Ronald Coase define custo, in *The Firm, The Market, and The Law*, p. 16: “The cost of the factors used in marking a products is the value of what they would otherwise produce”.

Chicago, a primordial preocupação com o bem-estar do consumidor.⁴⁷

A salvaguarda dos direitos dos consumidores, por sua vez, depende da criação de um ambiente propício para que as decisões de consumir sejam tomadas após um processo de descoberta, de escolha no sentido da verificação da melhor opção de consumo (seja consumo intermédio, seja final). Ora, esse ambiente pressupõe a disponibilidade de informação transparente para que, apenas dessa forma, possa o consumidor escolher racionalmente entre os bens e serviços postos no mercado e não fazê-lo tendo por base informações distorcidas.⁴⁸

47. Calixto Salomão Filho, in *Direito Concorrencial — As estruturas*, ob. cit., pp. 19-20: “A eficiência é associada diretamente ao bem-estar do consumidor. O único princípio norteador do direito antitruste passa, então, a ser a prestação do bem-estar do consumidor, no sentido específico definido pelos economistas neoclássicos. Segundo esses teóricos, basta que o direito antitruste se preocupe com a eficiência. A distribuição equitativa dos benefícios com o consumidor é presumida, derivando, necessariamente, da ‘racionalidade’ monopolista. Como se verá, esta última afirmação é o ponto mais contestável dessa teoria, já que não é de modo algum certo que o monopolista queira ‘dividir seus lucros’ com o consumidor, baixando os preços na mesma proporção do ganho de ‘eficiência’ ocorrido”. Essa “democratização do poder econômico” com os consumidores, com efeito, não pode ser presumida. Como demonstra a história, há de ser imposta.

48. Calixto Salomão Filho, in “Direito Empresarial Público”, *RDM* 112/15-16, obtempera: “(...) Assim é que uma formação conjunta de conhecimento só é aceitável quando não puder desandar em um cartel de preços. Condição essencial, entre outras, para que isso aconteça é que as referidas informações sobre preços e quantidades produzidas sejam divididas com o consumidor. A razão é clara. O repasse das informações coletadas aos consumidores enfraquece o poder dos participantes do mercado. Os consumidores saberão qual produtor está vendendo a preços mais baixos e onde há maior disponibilidade de produto.

“O nível de informação dos consumidores, tanto quanto o grau de concentração, indica o grau de poder dos produtores no mercado. Como foi visto no primeiro capítulo, na definição da Hayek, concorrência nada mais é do que informação. Nada há de errado com uma informação coletivamente formada desde que ela possa ser posta em xeque ou discutida pelos demais participantes do mercado.

A importância dos custos, portanto, na formação dos preços parece evidente. Não tem mera função parametral, mas também informacional.

Do ponto de vista estritamente tributário, a norma em comento também gera distorções. Utilizando uma expressão já consagrada pela lei complementar,⁴⁹ a norma em comento traz consigo uma ilogicidade implícita. A pergunta que logo emerge segue no sentido de saber qual é a contribuição previdenciária que, por sua natureza, é transferível ao custo do bem do serviço oferecido à sociedade?

A norma complementar, quando aduz ao repasse do encargo tributário a terceiro, refere-se a tributos que, por sua natureza, permitam tal repasse. É norma voltada aos tributos cujo fato gerador vincula dois sujeitos em função de relações civis, ou comerciais subjacentes.⁵⁰ Aplica-se, v.g., aos tributos indiretos, em que se pode distinguir entre o contribuinte de fato e de direito, aquele, posto que venha a arcar efetivamente com o encargo, este, pois eleito pela norma, como ocorre com o ICMS e o IPI.⁵¹

“A repartição e discussão das informações que nada mais é que o reflexo do princípio democrático na vida econômica, permite e até sugere a necessidade de formação coletiva (ainda que não estatal) do conhecimento”.

49. Dispõe o art. 166 do CTN: “A restituição de tributos que comporem, *por sua natureza*, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la” (grifo nosso).

50. Para utilizar a expressão de Marco Aurelio Greco, “Repetição de indébito: contribuição ao INSS sobre pagamentos a administradores, autônomos e avulsos”, in *Revista Dialética de Direito Tributário* 52/101.

51. Marco Aurelio Greco, ob. cit., pp. 94-95, comentando o disposto no art. 166 do CTN aduz que: “Nesse sentido, por exemplo, Aliomar Baleeiro, ao comentar o dispositivo o faz como se ali estivesse escrito ‘impostos e o dispositivo regulasse apenas o tema dos chamados *impostos indiretos*. Apesar destas ponderações, creio que o sentido do termo, tal como inserido no dispositivo é genérico, abrangendo o gênero tributário como um todo, e não simplesmente os impostos”.

A norma complementar, portanto, refere-se a tributos que, em virtude da natureza que a legislação lhes atribuiu, importem a transferência do referido encargo financeiro.

A norma em comento, por outro lado, não comporta essa distinção. Refere-se a tributos (contribuições previdenciárias) que não são “repassados”⁵² aos preços em virtude de sua natureza, mas por meio da livre formação dos preços no mercado, que, como visto, tomam os custos como importante parâmetro.⁵³ Não há translação jurí-

dica, mas meramente econômica.⁵⁴ Sob a análise dos princípios constitucionais, pode-se dizer que a norma em comento implica intransponível óbice à efetivação do princípio da livre iniciativa e, conseqüentemente, da livre concorrência.⁵⁵ Portanto, mais do que infringir o disposto nos arts. 165 e 166⁵⁶ do CTN, a norma sob enfoque afronta princípios da ordem econômica, sendo fator de perturbação institucional, pois se choca com norma de alto escalão. Choca-se com princípios constitucionais.⁵⁷

A problemática que essa norma encerra se traduz em mero debate acadêmico,

52. Ressalte-se que a distorção trazida pela norma é de tal monta que se distancia até mesmo do mundo dos fatos. Como é notório, a formação dos preços pode dar-se considerando apenas uma fração do encargo e não seu repasse total.

53. Ricardo Mariz de Oliveira, em artigo intitulado “Compensação e restituição de contribuições para a Seguridade Social — Transferência de encargos e limites”, in *Contribuições Sociais: Questões Polêmicas*, Valdir de Oliveira Rocha (coord.), Dialética, 1995, pp. 59-72, comentando o § 1º do art. 89 da Lei 8.212/91, aduz: “O grave na disposição legal é a conseqüência que gera: nenhuma contribuição para a seguridade social arrecadada pelo INSS pode ser objeto de restituição ou de compensação porque todas elas integram os custos suportados pela sociedade, já que nenhuma empresa suporta ela própria os seus encargos tributários, assim como todos os demais custos e despesas em que incorre, sem repassá-los para seus preços. Realmente, se não integrar todas as suas despesas e todos os seus custos na formação dos preços das utilidades que fornece, para serem pagos pelos adquirentes dessas utilidades, a pessoa jurídica necessariamente terá que debitá-los ao seu próprio capital, não havendo outra via para suportar esses encargos. Entretanto, se assim fizer, a empresa acabará por esgotar seu capital, indo à falência ou exigindo a contínua e interminável reposição do capital por seus sócios, os quais então irão até a insolvência, tudo isto contrariando a vocação natural da empresa para o lucro, que é sua razão social de existir, ademais baseada na garantia constitucional do desenvolvimento da livre iniciativa. Tanto é assim que a única forma de evitar a conseqüência do estado falimentar seria para a atividade empresarial. Vale recordar que a doutrina e a jurisprudência, mesmo muitas vezes tendo manifestado opinião contrária à conveniência do art. 166 do CTN, já concluíram pacificamente que seu alcance não abrange os tributos repassados de forma meramente embutida nos preços dos bens e serviços vendidos a terceiros (...). É de toda evidência, portanto, a inadequabilidade lógica do § 1º do art. 89 da Lei 8.212, redigi-

do pela Lei 9.032, além de sua absoluta invalidade jurídica, não somente por contrariar o que dispõe o art. 166 do CTN, mas especialmente por contrariar também o art. 165 que já impõe obstáculo a toda e qualquer restituição. Mais do que contrariar esses dispositivos legais, aquele parágrafo contraria o próprio princípio inicialmente exposto, de que o indevidamente recolhido deve ser devolvido”.

54. Nesse sentido a lição de Marco Aurelio Greco, ob. cit., p. 107.

55. Eros Roberto Grau, ob. cit., p. 231, concluindo a respeito do significado e da amplitude da expressão “livre concorrência”, aduz: “Assim, como ‘la concurrence tue la concurrence’ (Proudhon), a feição de livre concorrência, que enseja a competição aberta, na linha do que se tem referido como ‘capitalismo selvagem’, assume novos traços. Livre concorrência, então — e daí porque não soa estranho nem instigante a sua consagração como princípio constitucional, embora desnecessária (bastava, nesse sentido, o princípio da livre iniciativa) —, significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública, tais como aludidas (...)”.

56. O § 1º do art. 89 da Lei 8.212/91 afronta o art. 166 do CTN pois pretende introduzir a figura da repercussão econômica do tributo, enquanto a norma complementar refere-se à translação jurídica do encargo.

57. Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Ato Administrativo e Direito dos Administradores*, 1981, Ed. RT, p. 88, discorre: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

mas tem desdobramentos fáticos, como se colhe de algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁸

58. Em acórdão da lavra do Ministro Demócrito Reinaldo (1ª Turma), no REsp 188.973/SP, recorrente o Instituto Nacional de Seguro Social e recorrido Discomp Computadores e Sistemas Ltda., DJU 1 de 20.9.99, p. 38, assim restou decidido: "Tributário. Compensação. Cabimento. Violação ao art. 66 da Lei 8.383/91 não configurada. Prescrição quinquenal e correção monetária. Insatisfação dos requisitos de admissibilidade. Limites legais ao direito de compensar. Necessidade da prova da não repercussão.

"1. Descabe analisar as questões que não restaram devidamente prequestionadas, ou cuja divergência jurisprudencial não foi comprovada satisfatoriamente.

"2. Não é suficiente a simples menção genérica à lei, sem especificar quais dispositivos dela restaram violados.

"3. Ambas as Turmas de Direito Público deste Tribunal têm decidido pela compensação do pró-labore com outras contribuições da espécie, independentemente da comprovação de liquidez e certeza do crédito (art. 170 do CTN).

"4. A partir da vigência das Leis 9.032 e 9.129 de 1995, não mais se admite a compensação total de contribuição. Com o advento dessas leis passam a incidir os limites por elas estabelecidos, quais sejam, de 25% a 30%, respectivamente.

"5. Aplicação do disposto no art. 89, § 1º da Lei 8.212/91, com alterações dadas pelo art. 2º da Lei 9.032/95, admitindo a compensação desde que não tenha havido a transferência ao custo de bem de serviço ofertado à sociedade.

"6. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime."

No mesmo sentido ver acórdão proferido no julgamento do REsp 212.526-RS, recorrente Instituto Nacional do Seguro Social e recorridos Distribuidora de Bebidas Choppinho Ltda. e Outros, sendo Relator o Ministro Garcia Vieira, 1ª Turma, DJU 1 de 20.9.1999, p. 41.

Um provimento recente (14.10.1999), todavia, consistente em despacho denegatório de seguimento de REsp (n. 220.835-RS), recorrente o INSS e recorridos Francisco César Ledur e Outros (in *Revista Dialética de Direito Tributário* 51/167), está assim fundamentado: "Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento no art. 105, III, alínea a, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconheceu o direito do contribuinte à repetição dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição social sobre o pagamento a administradores, autônomos e avulsos.

A conclusão inarredável a que se chega converge no sentido de se reconhecer o vício intransponível que acomete esse dispositivo, fulminando-o da maior ilegalidade que pode conter uma norma, qual seja, sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Por outro lado, esta análise sucinta serve para ressaltar que a discussão a respeito da legalidade dessa norma tem relevado questão de maior importância, consubstanciada na pernicioso interferência de regras do direito tributário no direito concorrencial, bem como a afronta a princípios sobre os quais se sustenta a ordem econômica nacional, evidenciando a análise comparimentalizada que se confere ao Direito.

b) A imunidade trazida pelo § 3º do art. 155 da CF/88⁵⁹

Reza o § 3º do artigo supra: "À exceção dos impostos de que tratam o inc. II do

"Sustenta o Instituto recorrente, em síntese, que:

"— a restituição só é cabível mediante prova de que o contribuinte não tenha repassado o ônus financeiro da contribuição ao custo do bem ou serviço...

"(...) Quanto à alegada repercussão, não merece acolhida.

"É questão relativa ao não repasse da contribuição aos custos dos bens e serviços decidida em conformidade com a jurisprudência desta colenda Corte, que firmou entendimento no sentido de que a contribuição para a seguridade social, exigida sobre pagamentos efetuados a autônomos, avulsos e administradores, não comporta, por sua natureza, transferência do respectivo ônus financeiro, uma vez que confundem-se, na mesma pessoa, o contribuinte de direito e de fato. Saliente que compartilho da mesma orientação supratranscrita, ou seja, que a contribuição em destaque não comporta transferência do respectivo encargo financeiro, pois sua exigência está atrelada a uma única pessoa, o contribuinte de fato e de direito, adequando-se, *ipso facto*, à legislação de regência para a compensação.

"Com estas considerações, com arrimo no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao presente recurso (...)" (grifo nosso).

59. Neste ponto, não se olvida que a distorção criada pela norma ocorreu não por um efeito direto do texto constitucional mas via interpretação judicial.

caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País”.

O imposto de que trata o inc. II do *caput* do art. 155 é o ICMS. Os incs. I e II do art. 153 tratam dos impostos aduaneiros (impostos de importação e exportação).

O comando constitucional é de clareza ímpar. Em termos simples, fora o ICMS e os impostos aduaneiros, nenhum outro tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais. Mister que se frise, hoje, o entendimento de que as contribuições sociais são tributos é, ao menos na jurisprudência, pacífico.

A jurisprudência, no entanto, analisando a incidência do PIS sobre as operações com minerais, passou a proceder a uma diferenciação entre “operações” e “faturamento”, entendendo que a imunidade tributária atinge somente as primeiras, não abrangendo o segundo.⁶⁰

Entretanto, como não se pode dissociar a norma da interpretação que lhe é dada e, também, a redação das normas nacionais, mormente tributárias, que muitas vezes enseja exegeses dúbias, entendemos por bem analisar o § 3º do art. 155 da CF/88.

60. Nesse sentido o TRF da 4ª Região, por meio de sua 2ª Turma, Rel. Paim Falcão, julgado em 7.8.1997, *DJU* II de 28.8.1997, AMS 96.04.52630-8-RS, decidiu: “Tributário. Imunidade objetiva (art. 155, § 3º da CF). Faturamento. Inaplicabilidade. Recepção da legislação pretérita não colidente.

“1. A imunidade do art. 155, § 3º da Constituição Federal diz respeito exclusivamente às operações ali referidas, não se estendendo ao faturamento.

“2. O regime de substituição tributária instituído pela Portaria n. 238/84-MF, em consonância com o Decreto-lei 2.052/83, não foi afetado pela inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88.

“3. Apelo improvido.”

Ver, no mesmo sentido, acórdão proferido no AMS 95.04.37550-2, *DJU* II 8.8.1996, Rel. Gilson Dias, TRF da 4ª Região; acórdão proferido no AMS 95.05.12617-6, Rel. Petrócio Ferreira, 2ª Turma, julgado aos 8.10.1996, *DJU* II de 25.10.1996; acórdão proferido no AMS 95.05.30053-0-PE, Rel. Petrócio

Sob o ângulo de análise do direito tributário, mister algumas ponderações.⁶¹ Por primeiro, parece óbvio o intento do dispositivo constitucional. Os setores ali referidos (telecomunicações, petróleo, energia etc.) são estratégicos ao desenvolvimento nacional. Nesse sentido, a doutrina se manifesta:⁶² “(...) Na presente hipótese, há pertinência lógica entre o fator de discriminação — efetuar operações com petróleo, combustíveis, energia elétrica, telecomunicações e minerais — e a distinção estabelecida — não incidirem tributos sobre o faturamento decorrente dessas operações, uma vez que o que se busca com a norma constitucional de não incidência é

Ferreira, Tribunal Pleno, julgado em 14.5.1997, *DJU* II de 25.7.1997, p. 56.788; acórdão proferido em sede de agravo 97.03.029179-1, Rel. Marli Ferreira, 6ª Turma, TRF da 3ª Região, *DJU* 4.9.1997, p. 71.107. Nesse mesmo sentido, vale transcrever parte do voto prolatado pelo Ministro Carlos Velloso, quando do julgamento do RE 144971-3-DF, publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário* 15/118 a 120, *verbis*: “(...) Em verdade, a incidência do PIS dá-se sobre o faturamento, que, por constituir resultado global, abrangente de inúmeras operações (vendas de mercadorias, venda de serviços, venda de bens que não configuram mercadorias ou serviços e etc.) distingue-se das operações que constituem hipótese de incidência do imposto único sobre combustíveis (...) Registro, entretanto, que os fundamentos postos na primeira parte deste voto, para o fim de reconhecer a legitimidade constitucional do PIS, sob a Constituição de 1967, no ponto em que examina fatos geradores do PIS e do imposto único, são aplicáveis aqui: o fato gerador do PIS não se identifica com o fato gerador do ICMS, tampouco a hipótese de incidência do PIS se constitui, conforme vimos, em operações relativas a minerais, de forma específica, mas sobre o faturamento, que é abrangente de inúmeras operações (...)”.

61. A respeito do tema, ver artigo da lavra de Ives Gandra da Silva e Fátima F. Rodrigues de Souza, intitulado “A interpretação do § 3º do art. 155 da CF e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, coord. Valdir de Oliveira Rocha, *Dialética*, pp. 181-188.

62. Gabriel Lacerda Troianelli, “As contribuições incidentes sobre o faturamento e a não incidência prevista no art. 155, § 3º da Constituição Federal”, in *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Dialética*, p. 104.

justamente diminuir o custo dessas operações, tendo em vista o imenso impacto desses custos em todos os processos produtivos, que gera, conseqüentemente, efeitos nocivos à economia nacional”.

Em outro momento do artigo,⁶³ aduz Gabriel Lacerda Troianelli: “Além disso, tendo o objetivo da Constituição Federal, no art. 155, § 3º, sido a redução do impacto, no mercado consumidor, dos significativos custos que sempre envolvem as operações com derivados de petróleo, combustíveis, energia elétrica, comunicações e minerais, não há nenhum sentido em se excluir dessa não incidência a tributação do faturamento decorrente dessas operações, que, como quaisquer outros tributos sejam diretos ou indiretos, ou quaisquer outras despesas, irão, de algum modo, ser levados em conta na formação dos custos dos bens e serviços oferecidos ao consumo”.

Não bastasse, a discussão a respeito da incidência do tributo sobre o faturamento ou sobre as operações não parece ensejar maior dúvida. Parece óbvio que o faturamento nada mais é do que o resultado de uma série de operações e não algo distinto, como se surgisse por um passe de mágica.⁶⁴ O faturamento, portanto, é o elemento quantitativo, a base de cálculo e não o próprio fato gerador.⁶⁵

63. Ob. cit., p. 109.

64. Contra, no sentido de que o § 3º do art. 155 da CF/88 não alcança contribuições como PIS e COFINS, v. Marco Aurélio Greco, ob. cit., pp. 110-111.

65. Em sentido análogo, o voto do Ministro Néri da Silveira tratando da inconstitucionalidade da taxa de conservação rodoviária, quando do julgamento do ADIn 447/DF (RTJ 145/15), cujo trecho merece transcrição: “É certo que não se trata de tributo incidente sobre a venda de combustíveis, mas a venda de combustíveis é fato necessário — e direi, fato suficiente também — para a ocorrência da obrigação tributária. Sem a venda de combustíveis, não incide a taxa, porque o fato gerador não se configura em sua plenitude. Não nasce a obrigação tributária, tão-só e exclusivamente, da circunstância de existir um serviço público de conservação de rodovias. Esse serviço é um *prius*, mas que se complementa, no caso, para o surgimento da obrigação tributária: é um pres-

Ocorre que alguns Tribunais Regionais, na mesma trilha aqui esposada, entendem que a imunidade trazida no parágrafo em comento abrange também o faturamento.⁶⁶ Essa divergência jurisprudencial acabou gerando uma situação de desestabilização do mercado. No setor de petróleo e combustíveis, a Esso Brasileira de Petróleo obteve, perante o Judiciário, decisão já transitada em julgado que lhe conferiu o direito de não recolher a Cofins, com base na imunidade de que se trata. Essa companhia, assim, passou a conceder descontos aos postos de gasolina de até 3%, acarretando o descontentamento dos demais concorrentes do setor.⁶⁷

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já veiculou publicamente a intenção do órgão de cassar cerca de 280 liminares concedidas a empresas que operam na distribuição e revenda de combustíveis, que propiciaram o não pagamento de PIS e

suposto primeiro e necessário mas há outro fato, também necessário, que complementa o anterior, qual seja, a venda de combustíveis é um fato indispensável para verificar-se a obrigação (...). Dessa forma, embora tratar-se de taxa, que, como é cediço, tem por fato gerador a prestação de serviço público específico e divisível ou o exercício do poder de polícia, entendeu o STF que a incidência do § 3º do art. 155 da CF/88 impedia a cobrança tributária, já que a venda de combustível era elemento necessário para a incidência do tributo. Da mesma forma, as operações — seguindo o raciocínio daqueles que defendem a incidência das contribuições sobre as operações de que tratam o § 3º do art. 155 da CF/88 — são elementos indispensáveis à incidência do tributo, o que, portanto, levaria à conclusão de que as operações de que trata o parágrafo estariam imunes.

66. Entre outros ver os acórdãos proferidos no julgamento da apelação em mandado de segurança 96.04.44607-0-RS, apelante Sidney Ivan Nagel, apelada União Federal, 2ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Teori Albino Zavascki, julgado aos 20.2.1997, DJU 2 30.2.1997, p. 29.546; apelação em mandado de segurança 53.528-AL, apelante Ceal Cia. Energética de Alagoas, apelado Fazenda Nacional, 3ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Geraldo Apoliano, julgado aos 9.5.1996, DJU 2 16.8.1996, pp. 58.454-5.

67. Cf. veiculado pela *Gazeta Mercantil* de 11.2.1999, Caderno Legislação e 15.4.1999, p. A-12.

Cofins, “desviando” cerca de R\$ 600 milhões anuais dos cofres públicos.⁶⁸

O mercado de distribuição de combustíveis é disputado milimetricamente. Descontos obtidos em virtude de brechas abertas no ordenamento tributário, nesse setor, podem ser suficientes para colocar óbice à livre concorrência, a despeito da ingerência estatal. Essa eliminação, no entanto, não ocorre em virtude de melhoria do produto, de inovações etc., mas sim de forma muito utilizada pelas empresas, por meio da conhecida elisão fiscal, facilitada pela existência de um ordenamento tributário complexo, anacrônico e repleto de lacunas que propiciam contestação perante o Judiciário.

c) O setor de telecomunicação

c.1) Breve evolução do setor no Brasil

Os serviços de telecomunicações no Brasil passaram a ser difundidos a partir da segunda metade do século passado. A despeito disso, até a década de 60 deste século, o setor passou por uma evolução lenta. Nessa época, o quadro do setor de telecomunicações apresentava-se ineficiente no que pertine à expansão exigida pelo desenvolvimento industrial.⁶⁹

68. Cf. veiculado pela *Gazeta Mercantil* de 19.1.2000, Caderno Legislação, p. A-10. Interessante, neste ponto, a justificativa do Procurador-Geral da Fazenda, para a tentativa de cassação das limitações: “As empresas que não pagam PIS/COFINS podem cobrar menos 10% no seu combustível. Isso além de ser uma concorrência desleal com as empresas que pagam, está fazendo a fortuna de pessoas que operam neste setor com empresas de fundo de quintal, que às vezes só têm uma linha de telefone celular e um caminhão tanque”.

69. Segundo Jorge Fagundes, in *As Telecomunicações no Brasil*, p. 2, texto veiculado via Internet, 60% dos terminais telefônicos instalados eram atribuição de uma companhia particular (Companhia Telefônica Brasileira, subsidiária da Canadian Traction Light Power and Company) que opera no eixo Rio-São Paulo-Belo Horizonte, enquanto o percentual restante estava a cargo de aproximadamente 800 entidades, entre elas, prefeituras, pequenas e médias empresas e cooperativas. Como resultado deste sistema fragmentado, na década de 60, a rede de telefo-

A partir da promulgação da Lei 4.117/62, a importância do Estado no setor de telecomunicações cresceu bastante, com a criação de um programa de ação que teve as seguintes diretrizes: criação do Conselho Nacional de Telecomunicações e constituição do princípio do Sistema Nacional de Telecomunicações; fundação da Embratel, responsável pelos serviços de telecomunicações interurbanos e internacionais; instituição do Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT). A intervenção estatal consolidou-se em 1967 com a criação do Ministério das Comunicações que baixou regulamento ao Código Brasileiro de Telecomunicações, estabelecendo o monopólio das empresas estatais e federais, deixando a radiodifusão a cargo da iniciativa privada. Em 1972 o Ministério das Comunicações criou a Telebrás,⁷⁰ cujos objetivos estavam voltados à expansão da telefonia básica, local e de longa distância; integração da rede de telefonia básica em todo o País; a avaliação da demanda por serviços de telefonia e a coordenação da atuação da Embratel e das operadoras estaduais. Nessa época, o sistema Telebrás obteve animadoras taxas de desenvolvimento.⁷¹ A década de 80 foi marcada pela queda na taxa de crescimento do sistema devido a diversos fatores, tais como a política de contenção de gastos do setor público, tendo como principal foco o combate à inflação, criação de

nia do País possuía somente um milhão de linhas instaladas, constatando-se uma significativa demanda reprimida por novas linhas. A qualidade dos serviços era, também, extremamente baixa.

70. A Telebrás foi criada como empresa de economia mista e *holding* com o objetivo de planejar e organizar as ações das operadoras públicas de telecomunicações formadas, com exceção da Embratel, por meio de aquisições das antigas empresas operadoras de serviços de telefonia no âmbito estadual.

71. Jorge Fagundes, ob. cit., p. 4, alude: “Os serviços obtidos com a prestação de serviços interurbanos e internacionais financiaram via mecanismo de subsídios cruzados, o crescimento da rede urbana: entre 1972 e 1980, o número de terminais instalados no STB cresceu cerca de 340%, passando de 1,4 milhões em 1972 para 5,1 milhões em 1980”.

um imposto sobre serviços de telecomunicações, a uma alíquota de 25%, falta de investimento no setor, desestruturação do sistema da *holding*, ingerência política etc.⁷² Interessante notar que a distribuição de linhas telefônicas demonstrava, à época, a concentração de renda no País. Dessa forma, 95% dos domicílios com renda mensal superior à US\$ 1.000,00 tinham telefone, sendo que apenas 18% dos domicílios brasileiros tinham telefone.⁷³

O sistema Telebrás era constituído por 28 empresas, sendo 26 operadoras regionais, a Embratel e a *holding* controladora que oferecia quase a totalidade da oferta dos serviços no setor, além dos serviços de telefonia móvel e alguns serviços de valor adicionado (SVA's). Como um dos principais problemas que se encontrava nas operadoras de serviços públicos pode-se mencionar a excessiva influência política nas gestões e a falta de flexibilidade operacional imposta pelo próprio poder público, sem falar nos inconvenientes gerados pelo sistema de licitação aplicado aos processos de compra e contratação.

A demanda por serviços de telecomunicações tem sido parcialmente saciada pela diversidade de serviços, como os ligados às redes digitais (serviços de valor adicionado e de telefonia celular) que propiciaram o aumento considerável na receita do setor.⁷⁴

O quadro herdado da época de exploração do setor em regime de monopólio de-

monstra os meios utilizados pelas operadoras de serviços públicos no sentido de evitar a concorrência, evidenciando a necessidade da imposição de um ambiente competitivo por meio da regulação. Entre outras práticas, a existência de subsídios cruzados caracterizou o sistema Telebrás.⁷⁵

O setor de telecomunicações é caracterizado pela assimetria em termos de modernização e tamanho das redes, qualidade dos sistemas regionais, estrutura de custo e faturamento, o que dificulta a integração e a eficiência da rede em âmbito nacional. A implementação de uma estrutura competitiva no setor de telecomunicações restou dificultada, no início da década de 1990, pelas barreiras à entrada e entaves institucionais, fazendo com que as empresas privadas concentrassem seus investimentos nos setores de radiodifusão e de serviços de valor adicionado.

Com o fenômeno da globalização e a criação de mercados internacionais, o setor de telecomunicações demonstrou uma efetiva taxa de crescimento, mormente em virtude da telefonia interurbana e internacional.⁷⁶ Entretanto, a demanda pelos serviços encontrava-se concentrada nas firmas e nos usuários individuais de alta renda, motivo que demonstra a necessidade de universalização dos serviços, que foi observada pela lei de 1997 como adiante será tratado.

Em termos de preço, tem-se que a tendência mundial, com a crescente liberalização dos mercados e a redução das barreiras à entrada, é de queda.⁷⁷ É exemplo o

72. A despeito da queda de crescimento na década de 80, a média das últimas três décadas demonstra o crescimento do setor. Jorge Fagundes, ob. cit., p. 6, ressalta: "(...) os investimentos do sistema Telebrás permitiram, ao longo das últimas três décadas, um expressivo crescimento do número de terminais por 100 habitantes, que passou de 1,7 em 1962, para 5,9 em 1986 e 8,4 em 1993".

73. Ob. cit., p. 6.

74. Ob. cit., p. 9: "Atualmente — 1994 —, o Brasil possui a maior rede de telefonia celular da América Latina, com cerca de 580 mil assinantes. A receita do sistema Telebrás com a telefonia celular apresentou, em 1994, um crescimento de 442% em relação ao ano anterior, gerando um faturamento de US\$ 331 milhões".

75. Em 1992 podia-se constatar a utilização de subsídios cruzados na estrutura tarifária brasileira, pela rentabilidade negativa dos serviços locais, enquanto os serviços de longa distância demonstravam rentabilidade elevada, o que evidencia o repasse de receita da Embratel para as operadoras regionais, ob. cit., p. 10.

76. Ob. cit., p. 15: "Entre 1989 e 1993 o tráfego telefônico nacional aumentou a uma taxa geométrica de 8,7% a.a.; o tráfego interurbano cresceu a uma taxa de 13,8% a.a. e o internacional a 23,3 a.a."

77. É importante frisar que a redução dos preços verificada em países como os EUA e a Inglaterra

ocorrido nos mercados americanos⁷⁸ e inglês, sendo que, no primeiro, o preço das chamadas de longa distância caiu cerca de 45% entre 1986 e 1990, enquanto no segundo, os preços reais das ligações sofre-

deu-se mais devido à política regulatória pró-competitiva implementada pelos governos, principalmente sobre as tarifas de retorno das empresas do que efetivamente em virtude do incremento da concorrência privada. Nesse sentido Jorge Fagundes, ob. cit., p. 20, aduz: "(...) nos EUA, as taxas de retorno das operadoras locais são determinadas pela FCC, situando em torno de 12%. Na Inglaterra, a OFTEL controla os preços do aluguel de linhas, das ligações nacionais e internacionais e das taxas de instalação, estabelecendo metas em relação à redução anual dos preços reais para BT, cuja taxa de retorno, apesar do controle de preços, vem se elevando nos últimos anos, situando-se em torno de 20%".

78. A evolução do setor de telecomunicações ocorrida nos EUA fornece amplo material de estudo a respeito da importância da livre concorrência. Desse modo, a experiência americana foi marcada pelo monopólio da AT&T que explorava tanto a telefonia de curta como de longa distância. A despeito da tentativa de regulação do setor (a regulação marcou o mercado de telecomunicações norte-americano desde o início deste século, hoje sendo regulado pela FCC, no âmbito federal e, nos Estados, por meio das *Public Utilities Commission* ou *Public Service Commission*), os abusos do poder econômico sempre ocorreram, por meio da prática de subsídios cruzados, lucros extraordinários e preços discriminatórios, dificultando a regulação. Esta (regulação) iniciou-se em 1934, por meio da *Federal Communications Commission* (FCC).

A decisão de cindir a AT&T (*Modification of Final Judgement*), em 1984, resultou na imposição da competição nos serviços de longa distância, com a manutenção do regime de monopólio regulado na telefonia local, controlada pelas operadoras locais (*Baby-Bells*).

Assim, pode-se dizer que o monopólio detido pela AT&T sofreu duas contestações judiciais importantes, a primeira em 1949 (*United States vs. Western Electric*), em que o Departamento de Justiça norte-americano alegava que a *Bell Operating Companies* praticava exclusão ilegal na medida em que comprava apenas da *Western Electric*. O caso foi decidido em 1956 com o estabelecimento de um acordo em que a AT&T concordava em não ingressar no mercado de computação, embora mantivesse a propriedade da *Western Electric*. O segundo caso teve início em 1974 (*United States vs. AT&T*). O governo alegava que a relação entre AT&T e a *Western Electric* era ilegal e que a AT&T monopolizava o mercado de longa distância. A decisão desse caso implicou no desmembramento da AT&T em sete ope-

ram queda média de 4% a.a.⁷⁹ No Brasil, o quadro de estrutura monopolista demonstrava a distorção dos preços dos serviços de telefonia, dificultando uma análise comparativa. Com efeito, a prática dos subsídios cruzados, com os altos preços cobrados nos serviços internacionais para a possibilidade de manutenção dos preços da telefonia local em patamar baixo, distorcia a função informacional dos preços e dificultava uma análise comparativa.⁸⁰

Em termos de qualidade, tem-se que os serviços obtiveram significativa melhoria. A taxa de congestionamento, que na década de 80 atingiu 31,1%, diminuiu nesta década, atingindo, em 1993, o percentual de 10,8%. O tempo de espera por uma linha telefônica no Brasil, em 1994, era de 6 anos, aproximadamente, e o grau de diversificação dos serviços, quando comparados aos dos países desenvolvidos, demonstra ainda ser bastante reduzida.⁸¹ Por outro lado, a planta telefônica nacional era, em 1994, a 11ª do mundo, com taxa de crescimento média, de 1982 a 1994, de 12% a.a.

Quanto ao quadro regulatório, como já dito, o Ministério das Comunicações, por meio de decretos e portarias regulava o setor, pelo que restou evidente a extrema influência política que variou de acordo com a linha adotada pelo governo. A estrutura regulatória brasileira esteve voltada para a universalização dos serviços básicos e controle das operadoras de serviços públicos. Não obstante, o controle das tarifas nunca teve como principal foco a coibição dos abusos do poder econômico e sim a situação macroeconômica do País, no sentido

de operadoras regionais (RBOCs) que continuaram atuando como monopólios regionais regulados.

A cisão da AT&T concretizou a idéia da possibilidade de competição nos serviços de longa distância, embora os serviços de curta distância (locais) permanecessem como monopólios regulados.

79. Ob. cit., p. 20.

80. Atenta a esse quadro, a Embratel reduziu, em dezembro de 1994, as tarifas internacionais e interestaduais em aproximadamente 30% e 17%; cf. Jorge Fagundes, ob. cit., p. 22.

81. Ob. cit., p. 23.

de tentar controlar o fenômeno inflacionário.

A pressão do setor privado no sentido da abertura da exploração dos serviços de telecomunicações, implicou a edição de inúmeras portarias e decretos na década de 80.⁸² Essa tentativa de abertura à iniciativa privada permitiu um aumento na concorrência entre as operadoras de serviços e entre estas e a Embratel. No entanto, o quadro regulatório do setor era extremamente confuso e anacrônico, impedindo, de certa forma, a criação de um ambiente concorrencial eficiente. Adicione-se a extrema concentração de renda no País, que reflete na pequena penetração da rede telefônica básica. Assim sendo, o setor de telecomunicações necessitava de uma profunda reestruturação, suficiente para o atingimento das metas referentes à universalização dos serviços⁸³ e construção de infra-estrutura adequada, bem como a possibilidade de integração da rede nacional à mundial.

A Constituição de 1988, por sua vez, dispõe no art. 21, inc. XI, alterado pela Emenda Constitucional 8/95, que “competem à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. Dessa for-

ma, a Constituição permitiu à lei maior flexibilidade para tratar do assunto.

Tendo em vista a procura em ajustar o setor às novas perspectivas, foi promulgada a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional 8, de 15 de agosto de 1995. Entre os artigos que merecem destaque na nova lei, estão:

a) Art. 1º. Confere à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas públicas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, a organização e exploração dos serviços de telecomunicações;

b) Art. 2º, inc. I. Traz ínsito o ideal da universalização do serviço, aduzindo que o Poder Público tem o dever de garantir a toda população o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis. Tal objetivo encontra suporte no disposto no art. 170, inc. VII da Constituição Federal (redução das desigualdades regionais e sociais);

c) Art. 2º, inc. III. Impõe, como dever do Poder Público, a adoção de medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, com o incremento da oferta e qualidade daqueles;

d) Art. 3º, inc. II. Dispõe que o usuário dos serviços de telecomunicações tem o direito à *liberdade de escolha* de sua prestadora de serviço;⁸⁴

82. Exemplo dessas normas são o Decreto 97.057/88 que objetivou completar a regulamentação do CNT; Decreto 177/91 que introduziu o conceito de serviço de valor adicionado; o serviço relacionado à telefonia celular foi denominado serviço de radiocomunicação móvel restrito, com a criação de duas bandas A e B, restando a segunda aberta à iniciativa privada (Decreto 96.618/88).

83. Em relação à instalação de terminais telefônicos fixos, os últimos números demonstram que os acordos entre Anatel e operadoras estão surtindo efeitos. Em dezembro/99, o estoque de terminais fixos instalados alcançou 27,7 milhões, tendo por base uma meta de 25,5 milhões. Se comparado com os dados de julho/98, em que os terminais fixos atingiam 20,2 milhões, percebe-se o avanço na universalização do serviço. Cf. veiculado pela *Gazeta Mercantil*, de 23 e 24 de janeiro de 2.000, p. A-8.

84. A lei deixa evidente a importância da escolha por parte do usuário. Nesse sentido, Calisto Salomão Filho, in *Direito Concorrencial — As estruturas*, pp. 23-25: “Para os ordo-liberais, a grande vantagem do sistema concorrencial está, exatamente, no fato de que, através da transmissão da informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite descobrir as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar. É clássica a definição de Hayeck do sistema concorrencial como um *Entdeckungsverfahren* (processo de descoberta) (...) A possibilidade de escolha assume, portanto, um valor em si mesmo. Note-se, no entanto, que como para o ordo-liberal a possibili-

e) Art. 5º. Dispõe que as relações econômicas no setor de telecomunicações observarão, além dos princípios esculpidos no art. 170 da CF/88, a repressão ao abuso do poder econômico e a continuidade do serviço prestado no regime público;

f) Art. 6º. Estabelece que os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica;

g) Art. 8º. Cria a Agência Nacional de Telecomunicações, a Anatel, que tem a função de órgão regulador do setor, sendo vinculado ao Ministério das Comunicações. Importante ressaltar que o § 2º dispõe que a Agência reguladora é caracterizada pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes. A criação da Agência especializada busca viabilizar o processo regulatório do setor. A despeito da vinculação ao Ministério das Comunicações, é importante frisar, de acordo com a lei, que a Agência goza de independência, sem a adoção de figuras ultrapassadas, como a demissão *ad nutum* dos diretores, ainda presentes em algumas autarquias brasileiras. Essa realidade implica a dificuldade da influência política sobre a Agência. Entre as incumbências da Agência, destaca-se a competência para a adoção de medidas necessárias ao atendimento do interesse público e o desenvolvimento das telecomunicações, por meio da expedição de normas sobre prestações de serviços de telecomunicações no regime privado e a ex-

pedição de normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo, também, os equipamentos terminais (art. 19, incs. X e XIV da Lei);

h) Art. 61, § 2º. Assegura aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para a prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência reguladora, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviços de telecomunicações;

i) Art. 63. Estabelece que os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. Os serviços prestados em regime público o são mediante concessão ou permissão, com a imposição de obrigações, como a universalização e a continuidade;

j) Art. 70. Estabelece que serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa, tanto no regime privado como no público, e, em especial, os subsídios cruzados, o uso de informações obtidas dos concorrentes, com o intuito de conseguir vantagens, e a omissão de informações técnicas e comerciais relevantes. A Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, no sentido de garantir a competição efetiva e impedir a concentração econômica no mercado (art. 71);

k) Art. 79, § 1º. Define os objetivos da universalização como sendo a possibilidade de acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público e serviço de telecomunicação, independente da localização e condição sócio-econômica;

l) Art. 79, § 2º. Define as obrigações de continuidade dos serviços, como as que objetivam possibilitar aos usuários a fruição dos serviços de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas;

m) Art. 81. Cria um fundo denominado "fundo de universalização", que tem por

função cobrir o custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização da prestadora de serviço de telecomunicação, que não possa ser recuperado por meio da exploração do serviço. O parágrafo único do art. 81 estabelece medidas transitórias cuja aplicação traz dúvidas no que pertine à sua forma de utilização. Enquanto não constituído o fundo, poderão ser adotadas outras formas para o mesmo desiderato, como os subsídios entre modalidades de serviços de telecomunicações ou o pagamento de adicional ao valor de interconexão;

n) Art. 104. Demonstra a nítida preocupação com a formação de um ambiente competitivo, ao dispor que "Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária";

o) Art. 146. Prescreve que as redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, sendo obrigatória a interconexão, devendo ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional. O direito de propriedade sobre a rede é delimitado em virtude de sua função social, conforme o inc. III do artigo supra-invocado;

p) Art. 155. Estabelece que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviço, no intuito de desenvolver a competição no setor;

q) Art. 193. Dispõe que a efetivação da desestatização das empresas elencadas no art. 187 da Lei, implicará a imediata abertura à competição dos serviços prestados no regime público.

Embora invocados apenas alguns artigos da Lei, parece clara a tentativa de criação de um ambiente competitivo como forma de evitar a disfunção do poder econômico, juntamente com a preocupação em relação à expansão dos serviços, indepen-

dentemente da localidade e da posição sócio-econômica do usuário, além da continuidade destes. O papel da Anatel, nesse sentido, é de extrema importância, na medida em que figura como órgão incumbido de zelar pela criação e imposição do ambiente competitivo. Procura-se eliminar práticas antes reinantes como os subsídios cruzados e a adoção de preços discriminatórios que acarretavam a distorção informacional dos preços, impossibilitando a escolha por meio da pesquisa já que a realidade encontrava-se distorcida.

c.2) A tributação do setor de telecomunicações

O item c.1 serve para demonstrar o esforço que o Brasil vem fazendo para impor a concorrência em setores antes controlados pelo Estado. A necessidade de investimento nesses setores, principalmente o das telecomunicações, é de tal grandeza que muitas vezes exigem tratamento diferenciado, justificando, inclusive, as imunidades de que cogita o § 3º do art. 155 da CF.

A tributação no setor de telecomunicações, como já dito, no Brasil, ganha proporções incompatíveis com a necessidade de universalização e expansão, de forma geral, dos serviços.

Inobstante isso, procurar-se-á focar o problema sobre um ponto específico, qual seja, a tributação dos serviços de valor adicionado que ganham cada vez maiores proporções, em comparação aos demais serviços prestados.⁸⁵

A discussão merece análise detida no que pertine à incidência do imposto sobre circulação de bens e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações (ICMS). Os serviços de valor adicionado, em tese,⁸⁶ não sofrem a incidência

85. O grau de avanço do setor demonstra que há diferença não somente de qualidade entre os produtos e os serviços postos no mercado consumidor, mas também da própria natureza destes.

86. Entretanto, o Estado do Paraná já dispôs que os serviços prestados pelas entidades públicas e

desse imposto, nos termos do art. 10 da Lei 9.295/96, que assegura aos provedores desses serviços a utilização da rede pública de telecomunicações e os define como sendo a "atividade caracterizada pelo acréscimo de recursos a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações, não caracterizando exploração de serviço de telecomunicação".⁸⁷

privadas dedicadas à Internet são tributadas pelo ICMS. Relativamente às atividades do provedor de informações, podem ser visualizados dois momentos distintos: a) planejamento da *home-page* ou veículo publicitário, que consiste nos serviços de criação, preparação, programação de uma campanha de divulgação, típica prestação de serviço, estranha ao ICMS; e b) divulgação de mensagem, da distribuição da informação, da sua comunicação ao público sujeita ao ICMS. Cf. resposta da Secretaria da Fazenda à Consulta 168/96.

87. Nesse sentido explica João Vicente Laviere, citado por José Eduardo Soares de Melo, in *ICMS, Teoria e Prática*, Dialética, 3ª ed., 1988, pp. 105-106: "Para ter acesso à Internet é preciso que se disponha de um computador, um modem e uma linha telefônica, esta contratada da concessionária local de serviços públicos de telecomunicações. O cliente, então, discar para um número de telefone do provedor de serviços Internet, através de um programa instalado em seu computador, tal como se fosse passar um fax usando esse equipamento e o *software* apropriado. A conexão telefônica estabelecida entre o usuário e o provedor de serviços Internet é serviço público de telecomunicações, prestado não pelo provedor, mas sim pela empresa local do Sistema Telebrás. Esta empresa, inclusive, irá faturar o usuário direta e independentemente da cobrança que é feita pelo provedor de acesso, na conta telefônica mensal, de acordo com a quantidade de impulsos utilizados, tal como se tratasse de uma ligação telefônica comum, de tal sorte que a esta empresa do Sistema Telebrás compete o recolhimento do ICMS". Dessa forma, tratando-se de serviço de valor adicionado não classificado como serviço de telecomunicação, não haveria incidência do ICMS. No entanto, há quem defenda que, a despeito de não se tratar de serviço de telecomunicação, trata-se, sem dúvida, de serviço de comunicação. Apesar da celeuma, parece ser indiscutível que as atividades dos provedores de serviços Internet não são necessárias para a efetivação do serviço, eis que os usuários podem conectar seus computadores diretamente à empresa estrangeira. Dessa forma, trata-se de serviço de valor adicionado dependendo da existência de infra-estrutura.

No Estado do Paraná, em que o ICMS é exigido das empresas que exploram os serviços de Internet, já se tem notícia da primeira decisão que reconheceu a não incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, comparando-os aos serviços de valor adicionado.⁸⁸

O ICMS é imposto que onera o consumo, regido pelo princípio da não cumulatividade. A despeito de, em tese, não onerar a produção, pode acarretar distorções, na medida em que a sua não incidência reduz o custo da operação final com o consumidor, acarretando diminuição no preço. O entendimento segundo o qual os serviços de valor adicionado não são serviços de comunicação merece análise ponderada. O leque de opções que fornecem os serviços de valor adicionado é uma realidade intransponível. Esses serviços propiciam as mais surpreendentes operações, como investimentos, comunicação, pesquisa etc. Do ponto de vista concorrencial, esses serviços, devido à sua versatilidade, implicam fomento da concorrência no próprio setor de telecomunicações. A tributação diferenciada em relação a esses serviços pode vir a gerar um desequilíbrio no mercado, dificultando assim a efetiva competição, que já é complexa pela diferença de natureza dos produtos/serviços.

d) O setor elétrico

A estrutura tributária dos setores antes explorados na forma de monopólios é incompatível com a idéia de livre mercado. A manutenção do modelo tributário atual, amoldado à época em que os números de operações e de agentes do mercado eram inferiores, e as estruturas verticalizadas e controladas pelo Estado imperavam, pode servir como fator impeditivo do desenvolvimento esperado.

88. Cf. veiculado pela *Gazeta Mercantil* de 23, 24, 25 e 26 de dezembro de 1999, p. A-11. A sentença proferida pelo Juiz da 6ª Vara Cível de Londrina foi embasada no art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações e na Portaria 148/95.

Conforme lembra Eduardo Bernini,⁸⁹ presidente do comitê executivo do Mercado Atacadista de Energia (MAE): “Se o modelo não mudar, teremos um aumento de carga tributária sem a correspondente geração de fatos novos”. Bernini lembra, ainda, o impacto dos tributos que incidem sobre a receita/faturamento das concessionárias de energia elétrica como o PIS, Cofins, que, juntos, atingem uma alíquota de 3,65%. Da mesma forma, operações que antes eram tidas como custo das empresas monopolistas, passaram, perante o modelo atual, a ser fontes de receitas, como a transmissão e o acesso à rede.

Um dos pontos que mais traz perplexidades, tanto fática como juridicamente, é a forma como a energia elétrica é cobrada do público consumidor. O Estado de São Paulo, por exemplo, no afã de aumentar sua arrecadação, introduziu, por meio da Lei Estadual 6.374/89 (art. 33), a prática do “cálculo por dentro” do ICMS que vem a acarretar a incidência do imposto sobre o próprio imposto, pela inclusão do valor do tributo na própria base de cálculo.⁹⁰ A despeito de, perante a doutrina, essa prática ser questionada, o Supremo Tribunal já decidiu pela sua constitucionalidade.⁹¹ É im-

89. Cf. veiculado pela *Gazeta Mercantil* de 17 de novembro de 1999, p. A-14.

90. Diz o art. 33 da Lei 6.374/89 que “o montante do imposto integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”.

91. É cediço que o binômio hipótese de incidência e base de cálculo é elemento de distinção entre as espécies tributárias. Sacha Calmon Navarro Coelho in *Comentários à Constituição de 1988*, 6ª ed., Forense, p. 108, ensina: “Entre a base de cálculo e o fato gerador dos tributos existe uma relação de inerência quase carnal (*inhaeret et ossa*), uma relação de pertinência, de harmonia. Do contrário, estaria instalada a confusão e o arbítrio com a prevalência do *nomem juris*, i.é, da simples denominação formal sobre a ontologia jurídica e conceitual dos tributos, base científica do Direito Tributário”. Augusto Becker, in *Teoria Geral do Direito Tributário*, Saraiva, 1963, p. 339, lecionava: “O critério de investigação da natureza jurídica do tributo, que se demonstrará ser o único verdadeiramente objetivo e jurídico, parte da base de cálculo para chegar ao con-

portante frisar, na esteira do que já foi dito e tendo em foco o direito concorrencial, que a forma de cálculo em comento dificulta a efetivação, entre outras distorções, de uma das razões do esforço na tentativa de criação de um ambiente competitivo, qual seja, a redução de preços ao consumidor.⁹²

A teoria desenvolvida pelo economista Ronald Coase,⁹³ a respeito dos custos de

ceito do tributo. Este só poderá ter uma única base de cálculo. A sua conversão em cifra é que poderá variar de método: ou peso e/ou medida e/ou valor. Quando o método é o valor, surge facilmente o perigo de se procurar atingir este valor mediante a valorização de outro elemento que constituirá, logicamente, outra base de cálculo e com isto, *ipso facto* desvirtuou-se o pretendido gênero jurídico do tributo. Haverá tantos distintos gêneros jurídicos de tributo, quantas diferentes bases de cálculo existirem”.

Conclui-se, portanto, com Roque Antonio Carrazza, in *ICMS*, 4ª ed., Malheiros Editores, pp. 132-150, que a forma de cálculo estabelecida pela lei paulista é inconstitucional, por ofensa ao § 9º do art. 34 do ADCT, que estabeleceu a base de cálculo do ICMS sobre consumo de energia elétrica, como sendo o preço praticado na operação final. Se a norma constitucional expressamente aduz que a base de cálculo é o preço praticado, não pode o legislador, seja por meio de lei complementar, seja por meio de lei ordinária, alterar o elemento quantitativo do imposto, introduzindo artifício estranho a ele. A lei estadual, assim, distanciando o ICMS sobre o consumo de energia elétrica de sua regra-matriz constitucional, instituiu verdadeiro adicional de ICMS que tem como fato gerador o pagamento do próprio imposto.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, em acórdão recente datado de 23.6.1999, em virtude do RE 212.209-2, por meio de seu órgão Pleno, entendeu que a prática do “cálculo por dentro” do imposto não ofende a Constituição.

92. Como já aludido, o direito antitruste preocupa-se tanto com o direito concorrencial quanto com o bem-estar do consumidor. V. Calixto Salomão Filho, in *Direito Concorrencial — As estruturas*, cit., p. 241.

93. *The Firm, The Market ...*, cit. Segundo a teoria de Coase, a natureza da firma decorre dos custos de transação do mercado. Sem custos de transação não há que se falar em firma. Explica Coase, p. 14: “The Nature of the Firm that, in the absence of transaction costs, there is no economic basis for the existence of the firm. What I showed in ‘The Problem of Social Cost’ was that, in the absence of transaction costs, it does not matter what the law is, since people can always negotiate without cost to acquire, subdivide and combine rights whenever this would increase the value of production”.

transação e das externalidades negativas, mormente essas últimas, auxilia o entendimento. Uma externalidade negativa surge quando pessoas que não são partes de uma decisão de consumo ou produção são afetadas por essa decisão.⁹⁴ Doutrinadores há que defendem exatamente a atuação do Estado, por meio da lei, tributando ou responsabilizando os agentes de mercado que causam essas externalidades.⁹⁵ Esses agentes, então, estariam obrigados a internalizar essas externalidades.

Embora a teoria em foco analise as externalidades criadas entre os agentes de mercado, o exemplo da forma da tributação do setor elétrico demonstra as “externalidades” que são criadas pelo direito tributário em relação ao direito concorrencial e do consumidor, afetando, em última análise, a própria sociedade. Os objetivos pretendidos pela tentativa de criação de um ambiente competitivo são frustrados ou encontram óbice devido à forma de tributação.

94. Brian Cheffins, ob. cit., p. 24, exemplifica: “For example, if railroad engines generate sparks which set fire to crop fields adjoining the tracks, the railway company imposes a negative externality on the farmers”. Ronald Coase, cit., p. 23, define externalidade: “Thus, Hahn, writing in 1981, says that ‘we call an externality (...) an effect of one agent’s actions on the welfare of another’. He adds that ‘ever since Marshall and Pigou it has been agreed that externalities constitute a *prima facie* case for government intervention in a market economy’. An externality is more usually defined as the effect of one person’s decision on someone who is not a party to that decision”. Para Rachel Sztajn, in *Futuros e “Swaps”*, Uma Visão Jurídica, ed. Cultural Paulista, 1999, p. 146: “Os economistas denominam externalidades os efeitos externos das decisões políticas econômicas, e essas atingem pessoas fora das relações de mercado”.

95. Brian Cheffins, cit., p. 24, obtempera: “The government arguably can solve the problem by taxing or making liable those market participants who cause negative externalities. Such steps should cause transactors to internalize the costs involved, which in turn should foster a socially optimal production of resources. Hence, with the crop example, the policy prescription would seem to be that the state should tax railway companies or make them liable for crop damage in order to foster the efficient use of trains”.

Tomemos um exemplo para que se ilustre o que foi dito, com base no § 1º do art. 89 da Lei 8.212/89 já analisado acima. Por primeiro, deve-se frisar que as contribuições destinadas à seguridade social, tais como PIS e COFINS, são tributos que incidem sobre o faturamento e que as outras bases de cálculo previstas na CF (art. 195) são também abrangentes, tais como as receitas, folha de pagamento e lucro.

O contribuinte, então, de acordo com a nova redação dada ao § 1º do art. 89 da Lei 8.212/91 agirá de forma a que as consequências de sua decisão lhe traga o menor custo possível. Assim, ante a norma legal, não repassará os custos fiscais aos seus preços, desde que consiga, na venda de seu produto, um lucro suficiente face ao seu custo total, mantendo a competitividade da empresa para, futuramente, poder compensar as contribuições recolhidas ilegalmente.

Assuma agora, que um agente de mercado qualquer, contribuinte do fisco, tenha uma grande diferença entre faturamento e lucro, sendo este em torno de 4% daquele, como ocorre com as distribuidoras de derivados de petróleo, e que haja competição nesse setor de mercado. Ora, parece ilógico dizer que esse agente poderá desprezar seus custos fiscais, arcando exclusivamente com estes, para futuramente compensá-los, sob pena de ser excluído do setor, seja pela concorrência, seja pela sua falência.

Por fim, mas não menos importante, é de se elucidar que o contribuinte racional, se considerada a incerteza de seu sucesso perante o Judiciário — assumindo que o recolhimento do tributo não tenha sido ainda considerado inconstitucional ou ilegal — preferirá a “redução” certa de seu custo, repassando a carga tributária aos seus preços, do que o incerto sucesso em demanda futura.

O parágrafo comentado, portanto, na evidente tentativa de minimizar a queda de recolhimento das contribuições ao INSS, traz consequências nefastas à economia em geral, na medida em que, como visto, inviabiliza a compensação de tributos, influen-

do diretamente no desempenho dos agentes cuja estrutura de custo se mostra considerável, com pequena margem de lucro em relação a seu faturamento.

V — Conclusões

Inúmeros outros problemas poderiam ser trazidos a lume,⁹⁶ mas o presente trabalho tem o proposital intento de permanecer em setores da economia antes controlados de alguma forma pelo Estado, e nos quais agora se procura impor a concorrência. A realidade fiscal nacional necessita de profunda reformulação de forma que não sirva de freio à efetivação de fins perseguidos por outros ramos do Direito, como o direito concorrencial.

Tampouco as realidades da globalização da economia e do fenômeno concentracionista empresarial, com o surgimento das empresas transnacionais, podem servir como fator que leve à prostração do Direito. Antes, cumpre buscar formas eficazes no sentido de impor limites ao poder econômico, como visto, institucionalizado, de forma a evitar sua disfunção.⁹⁷

O ordenamento brasileiro, como já dito, elenca a livre concorrência como princípio

96. Entre os grandes problemas fiscais do Brasil podem ser citados: a) a complexidade do ordenamento tributário, com o desdobramento de impostos sobre o consumo como o ICMS e IPI entre os entes da federação (no caso, Estados e União); a sobrecarga de contribuições que incidem sobre o faturamento e receita bruta, como PIS, COFINS e o extinto FINSOCIAL; a falta de implementação de uma justiça tributária efetiva; problemas ligados à federação, como a existência de Municípios que dependem do repasse de verbas dos outros entes para sua manutenção, entre outros.

97. Fábio Konder Comparato, ob. cit., p. 396, assevera que: "Na concepção econômica tradicional, se o mercado era organizado em função do consumidor, todo ato de produção seria, em princípio, benéfico à coletividade. Ainda aí, portanto, reduzia-se a atividade empresarial ao interesse particular do empresário. A consciência pública rejeita, atualmente, essa idéia simplista. A História adverte que todo poder, livre de peias, degenera, naturalmente, em pura força, a serviço do seu titular. Compete, pois, ao Estado intervir no jogo econômico para evitar a degradação da função social das empresas".

constitucional impositivo, sendo dever do Estado prevenir/coibir a disfunção do poder econômico. Evidenciado o fracasso da excessiva ingerência estatal e também do mercado no sentido de evitar o abuso desse poder, parece ser papel do Direito garantir a efetividade do princípio supra-aludido,⁹⁸ finalidade essa auxiliada por meio de um ordenamento jurídico harmônico, visto de forma global e não compartimentalizada, de forma que determinado ramo do Direito não sirva de empecilho a tal desiderato.

Não se pode olvidar, assim, que à eficácia do direito antitruste concorrem fatores que merecem reflexão, como os embasamentos trazidos pelo direito tributário e mesmo o societário⁹⁹ para que se evite distorções na capacidade competitiva dos agentes. E, diga-se, não se está aqui desconhecendo que o Direito Tributário é, como diz a doutrina, um direito sobreposto, mas apenas está-se indicando anomalias que devem ser corrigidas, por meio de elaboração de um sistema tributário mais racional.

Dessa forma, a realidade atual que segue no sentido da necessidade da imposição da concorrência em determinados setores da economia, aliada à observação da livre concorrência como princípio impositivo, tem por fim a perpetuação do capitalismo, na medida em que se procura coibir a disfunção do poder econômico.

Referências bibliográficas

1. Obras e artigos

BECKER, Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. SP, Saraiva, 1963.

BERLE, A. e MEANS, G. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*, trad. Dinah de Abreu Azevedo, Abril, 1984.

98. Ver Calixto Salomão Filho, in "Atuação estatal e ilícito antitruste", *RDM* 106/43-44.

99. Ver Calixto Salomão Filho, in *O Novo Direito Societário*, pp. 198-253 e Fábio Ulhoa Coelho, "O conceito de poder de controle na disciplina jurídica da concorrência", in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, pp. 19-25.

- BORBA, José E. Tavares. *Direito Societário*, Renovar, 3ª ed.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, Malheiros Editores, 4ª ed.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 1, Saraiva, 1997.
- . *Oferta Pública de Alienação de Ações*, IBMEC, 1979.
- CHEFFINS, Brian. *Corporate Law, Theory, Structure and Operation*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- COASE, Ronald. *The Firm, The Market and The Law*, University of Chicago Press, 1988.
- COELHO, Fábio Ulhoa. “O conceito de poder de controle na disciplina jurídica da concorrência”, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, jan.-jun. 99, Ed. RT, pp. 19-25.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Forense, 6ª ed.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*, Forense, 3ª ed.
- FAGUNDES, Jorge. *As Telecomunicações no Brasil*, veiculado via Internet.
- GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*, ed. Abeledo-Perrot, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, Malheiros Editores, 1996.
- . *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Malheiros Editores, 3ª ed.
- GRECO, Marco Aurelio. “Repetição de indébito: contribuição ao INSS sobre pagamentos de administradores, autônomos e avulsos”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 52/91-113.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, Martins Fontes, 1991.
- LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Bulhões. *A Lei das S/A*, 1ª v., Renovar, 3ª ed.
- MARTINS, Ives Gandra e SOUZA, Fátima F. Rodrigues. “A interpretação do § 3º do art. 155 da CF e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, Valdir de Oliveira Rocha (coord.), Dialética, pp. 181-188.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 21ª ed.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições Sociais no Sistema Tributário*, Malheiros Editores, 2ª ed.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, Ed. RT, 1981.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. “Compensação e restituição de contribuições para a Seguridade Social — Transferências de encargos e limites”, in *Contribuições Sociais: Questões Polêmicas*, Valdir de Oliveira Rocha (coord.), Dialética, 1995.
- RICHTER, Mário Stella. “Interesse social e poderes dos administradores na alienação de controle”, *RDM* 89/67.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial — As estruturas*, Malheiros Editores, 1998.
- . *O Novo Direito Societário*, Malheiros Editores, 1998.
- . “Direito empresarial público”, *RDM* 112/16.
- SCHIMIDT, Dominique. *Le Droit de la Minorité dans la Société Anonyme*, Sirey, Paris, 1971.
- SHEIBER, Benjamin. *Abusos do Poder Econômico*, Ed. RT, 1966.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Malheiros Editores, 3ª ed.
- STIGLER, G. “The theory of economic regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. I, 1971.
- SZTAJN, Rachel. *Futuros e “Swaps”*, *Uma Visão Jurídica*, ed. Cultural Paulista, 1999.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*, Atlas, 1997.
- TROIANELLI, Gabriel Lacerda. “As contribuições incidentes sobre o faturamento e a não incidência prevista no art. 155, § 3º da Constituição Federal”, in *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, Valdir de Oliveira Rocha (coord.), Dialética, p. 104.

2) Periódicos

Gazeta Mercantil.