

Resumo: Este trabalho trata da interseção entre o direito tributário e o direito concorrencial, com foco em como equilibrar a concessão de incentivos fiscais e a defesa da livre concorrência. Partindo de princípios constitucionais como a isonomia e a neutralidade tributária, discutimos o impacto dos benefícios fiscais sobre o mercado, apontando que, se concedidos de maneira indiscriminada, esses incentivos podem gerar distorções competitivas e prejudicar a eficiência econômica. A partir do conceito de externalidades, propomos que a concessão de incentivos deve ser pautada por uma lógica de *tradeoff* entre a renúncia de receita e a extrafiscalidade, com uma análise criteriosa dos efeitos colaterais que essas medidas trazem, favorecendo políticas que promovam o bem-estar coletivo e corrijam falhas de mercado. Examinamos, por fim, os limites legais da atuação estatal no âmbito concorrencial, questionando a competência das autoridades antitruste para reprimir distorções causadas por benefícios indevidos. Por fim, concluímos que é possível alinhar os interesses fiscais e concorrenciais por meio de uma gestão equilibrada dos incentivos, desde que esta seja fundamentada em critérios objetivos e voltada à promoção da justiça social e do desenvolvimento econômico sustentável.

Intersecções entre direito tributário e concorrencial: como equilibrar a defesa da livre concorrência e incentivos fiscais?

I – Introdução

A justiça, na clássica dicção de Ulpiano, é definida pelos juristas antigos como “a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu direito” – *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*¹ – ideia que já foi expressa em termos semelhantes por Platão. Densificando este valor fundamental, Aristóteles, na *Política*, formulou o tradicional conceito de isonomia, que ainda hoje norteia as discussões sobre a aplicação deste princípio:

[A]lguns pensam que a justiça é igualdade, e efetivamente o é, embora não o seja para todos, e sim para aqueles que são iguais entre si. Também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, mas não para todos, e sim para aqueles que são desiguais entre si.²

No âmbito da economia, uma das principais manifestações deste princípio está na defesa da livre concorrência, adotada como princípio da ordem econômica pelo art. 170, inciso IV, da Constituição Federal. A premissa adotada pelo constituinte, consenso na doutrina econômica moderna, é que um mercado perfeitamente competitivo é capaz de alocar recursos escassos de forma mais eficiente do que um planejamento central estatal ou um monopólio privado³.

Embora os primeiros teóricos liberais tenham imaginado a livre concorrência como um *laissez-faire* absolutamente puro, os economistas em pouco tempo perceberam que a ausência total de ação do Estado tendia à concentração do poder econômico, num nível que inviabilizaria a própria competição⁴.

Foi numa busca de remediar a concentração anticompetitiva do poder econômico que o Congresso norte-americano publicou o *Sherman Antitrust Act*, uma das primeiras leis antitruste do mundo, que serviu de modelo para as que foram adotadas por outros países e

¹ JUSTINIANUS, Flavius. **Institutas do imperador Justiniano**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2001, p. 21.

² ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 112.

³ PINDYCK, Robert e RUBINFELD, Daniel. **Microeconomics**. Harlow: Pearson Education, 2018, pp. 43ss.

⁴ FIGUEIRO, Leonardo V. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 25.

forneceu as bases para o direito concorrencial. Em *Spectrum Sports Inc. v. McQuillan*, a Suprema Corte dos Estados Unidos comentou:

The purpose of the [Sherman] Act is not to protect businesses from the working of the market; it is to protect the public from the failure of the market. The law directs itself not against conduct which is competitive, even severely so, but against conduct which unfairly tends to destroy competition itself. It does so not out of solicitude for private concerns but out of concern for the public interest.⁵

Extraíndo o princípio geral contido no acórdão, é certo que o propósito do direito concorrencial não pode ser privilegiar algumas empresas em detrimento de outras, mas a manutenção de um mercado competitivo e isonômico em prol dos consumidores.

Diante da fulcral importância da isonomia para a ordem econômica brasileira, reforçada no âmbito tributário com princípios constitucionais como a capacidade contributiva (art. 145, § 1º), as políticas de incentivos fiscais têm sido amplamente questionadas como causadoras de distorções competitivas em detrimento da eficiência do mercado⁶.

Entretanto, se é inquestionável que os incentivos fiscais concedidos de forma indiscriminada frequentemente terão efeitos deletérios na concorrência, é preciso considerar também a função a que estes se prestam na redução das desigualdades sociais e regionais, que a Constituição considera simultaneamente como objetivo da República (art. 3º, III) e princípio da ordem econômica (art. 170, VII).

A chave para assegurar o uso justo dos benefícios fiscais está no conceito de externalidades, definidas na teoria econômica como os efeitos de uma atividade empresarial ou de consumo que não são diretamente refletidos no mercado⁷. À luz deste conceito, é possível cogitar uma regra geral para aferir a compatibilidade de um incentivo fiscal com a isonomia constitucional na concorrência.

⁵ “O objetivo da Lei não é proteger as empresas do funcionamento do mercado, mas sim proteger o público do fracasso do mercado. A lei dirige-se não contra um comportamento que é concorrencial, mesmo que severamente, mas contra um comportamento que injustamente tende a destruir a própria concorrência. Ela o faz não por preocupação com os interesses privados, mas por preocupação com o interesse público.” (tradução nossa). *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 458.

⁶ DA NÓBREGA, Mailson. **É difícil enxergar aspectos positivos na guerra fiscal**. Veja, 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/mailson-da-nobrega/e-dificil-enxergar-aspectos-positivos-na-guerra-fiscal>. Acesso em: 02/10/2024.

⁷ PINDYCK, Robert e RUBINFELD, Daniel, *op. cit.*, p. 677.

II – A isonomia tributária e os benefícios fiscais

O poder de tributar nada mais é do que um aspecto ou parcela da soberania estatal, que é exercida, porém, não simplesmente como relação de *poder*, mas como relação *jurídica*, regida por normas prévias e gerais⁸. Como relação *jurídica*, é preciso que a relação tributária observe os ditames do ordenamento no qual está inserida. Os mais fundamentais, na atual Constituição Federal, são a legalidade (art. 150, I) e a igualdade (art. 150, II).

É nesta seara que entra o princípio da neutralidade tributária, expressamente acolhido pela Emenda Constitucional 132/2023 (art. 156-A, § 1º). A neutralidade, em uma primeira acepção, indica a obrigação de garantir que os tributos não terão impacto injustificado nas escolhas econômicas dos contribuintes, particularmente quanto à tributação do consumo⁹, representando, assim, um corolário da isonomia tributária.

Entretanto, como a própria isonomia, que possui um aspecto formal ou negativo e outro material ou positivo, também a neutralidade precisa ser compreendida sob um duplo aspecto: não somente como um *não-fazer*, mas também como um *fazer* do poder tributante¹⁰, em favor da livre concorrência e de interesses extrafiscais.

Neste sentido, o art. 146-A da Carta Política, introduzido pela Emenda Constitucional 42/2003, expressamente concede ao legislador complementar a faculdade de estabelecer critérios especiais de tributação com o objetivo de prevenir desequilíbrios à concorrência, afirmando de forma direta a possibilidade de atuação positiva do poder tributante em prol da defesa da concorrência.

A grande dificuldade, nesta seara, é determinar *quais* interesses extrafiscais merecem o incentivo do Estado, tarefa que aparenta comportar grande carga de subjetividade. Nas palavras do eminente tributarista Hugo de Brito Machado:

Em matéria tributária, há problema em saber se a regra de isenção fere, ou não, o princípio da isonomia. A questão é difícil porque envolve a valoração dos fins pretendidos pela norma isentiva. Essa valoração é que vai preencher o vazio da postura puramente

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 43. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 37.

⁹ DUARTE FILHO, Paulo. **Neutralidade, o poderoso e silencioso princípio da reforma**. Jota, 2024.

Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/neutralidade-o-poderoso-e-silencioso-principio-da-reforma>. Acesso em: 08/10/2024.

¹⁰ JÚNIOR, José Luis Andrea; ZANIN, Luciana Yoshihara Arcangelo; RIBEIRO, Maria de Fátima. **Atuação do CADE no controle da guerra fiscal**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 182-199, jan./abr. 2017.

normativista, e tudo terminará sendo uma questão de justiça, ou de injustiça da isenção.¹¹

Para fugir de uma situação de absoluta insegurança jurídica, sem qualquer *standard* objetivo que permita a aferição da constitucionalidade de um incentivo, a ponderação entre a isonomia tributária e a extrafiscalidade precisa levar em consideração um conceito que, na doutrina econômica, é comumente referido por **externalidade**.

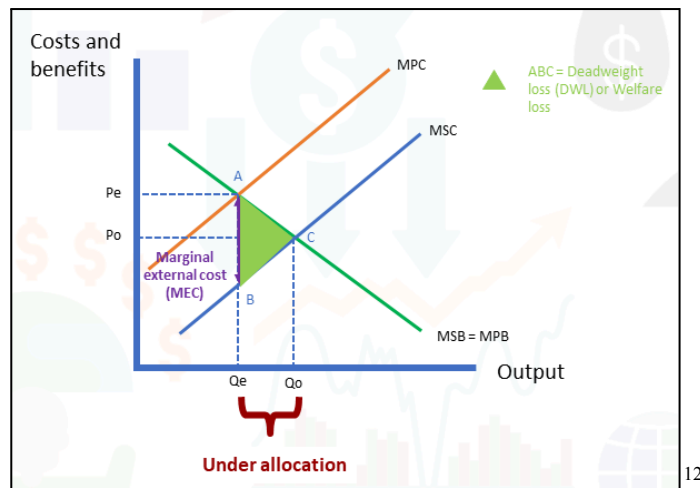
Em um ambiente perfeitamente competitivo, sem quaisquer falhas de mercado – o que muito dificilmente se dá no mundo real –, o preço de um produto reflete fielmente a vantagem que a sociedade dele auferir. Quando uma circunstância diminui ou aumenta a vantagem social da produção de um determinado produto, mas essa circunstância não se reflete de modo imediato no preço do produto, tem-se uma externalidade.

Estas circunstâncias, que podem ser negativas ou positivas, geram um descompasso entre a produção que é mais eficiente para a sociedade e a que é mais eficiente para o produtor particular. No caso de uma externalidade negativa, a coletividade arca com um custo que não é sofrido pelo produtor: o mais clássico exemplo é o da indústria tabagista, que gera toda uma gama de problemas ao sistema de saúde suportados, afinal, pelos contribuintes.

Dentre as externalidades positivas, são comumente listados os benefícios sociais da educação e da pesquisa, a polinização feita por abelhas e o embelezamento da cidade pela manutenção do patrimônio cultural.

O que todas estas coisas têm em comum é que o agente responsável por elas não será o único a auferir seus benefícios, e frequentemente não os recebe de modo algum – pensemos, por exemplo, no apicultor, que, via de regra, não é remunerado pelos agricultores a seu redor pelos benefícios gerados por suas abelhas. Demonstrando-o graficamente:

¹¹ MACHADO, Hugo de Brito, *op. cit.*, p. 49.



Neste gráfico, a reta MPC representa *Marginal Private Costs* (custos marginais privados), enquanto a reta MSC significa *Marginal Social Costs* (custos marginais sociais). Uma vez que a sociedade se beneficia com a produção de bens meritórios, os seus custos são menores do que os do produtor privado. O nível socialmente ótimo de produção (Q_o), portanto, estará acima daquilo que compensa para o produtor (Q_e): a consequente perda de benefícios para a coletividade (*deadweight loss*) está representada pelo triângulo ABC.

A solução mais simples de uma externalidade, para a teoria clássica, é *internalizá-la*: fazer com que o produtor arque com os custos que impõe à sociedade, ou afigure os benefícios que lhe proporcionou¹³, o que pode ser feito por meio da tributação. No âmbito do direito ambiental, isto é notoriamente manifestado no princípio do poluidor-pagador, bem como pelas recentes introduções constitucionais de tributação mais gravosa aos produtos nocivos ao meio-ambiente.

Entretanto, se é relativamente simples agravar um ônus para aquele que gera danos à coletividade (e é também relativamente simples *identificar* as atividades danosas), a tarefa de apontar quais atividades geram benefícios colaterais à sociedade, e quais destes benefícios merecem incentivos do Estado como forma de compensar o trabalho não-remunerado do produtor, é bem mais desafiadora.

A lógica de *tradeoffs* é insita a qualquer medida econômica, pois por definição a economia trabalha com recursos escassos, buscando sua máxima eficiência alocativa. No caso dos incentivos fiscais, a lógica é a mesma: cede-se na arrecadação em prol de outros

¹² Fonte do gráfico: **Externality Diagrams**. The Curious Economist. Disponível em: <https://thecurioseconomist.com/externality-diagrams/>. Acesso em: 11/10/2024.

¹³ DO AMARAL, Paulo Henrique. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 40 e 41.

interesses que deverão ser mais eficazmente atingidos. O Estatuto dos Benefícios Fiscais da República Portuguesa (Decreto-Lei 215/89) assim expressa este pensamento:

Artigo 2º, 1 – Consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem.

A *ratio* do dispositivo legal eoa, assim, aquilo que já foi dito sobre a *internalização das externalidades*: a renúncia de receita só será justificável em vista de tutelar interesses extrafiscais que compensam a perda para o erário, recompensando *players* econômicos que trazem benefícios para a coletividade¹⁴.

É esta lógica de *tradeoff* que torna possível o uso dos incentivos fiscais sem afronta à livre concorrência e à isonomia: se, de fato, há proporcionalidade entre a renúncia de receita e as externalidades benéficas geradas pelo agente econômico, a competição não é falseada, mas aperfeiçoada, pois a correção das externalidades nada mais é que um aperfeiçoamento do direito de propriedade¹⁵.

Em alguma medida, é certo que sempre haverá um juízo político na escolha de quais atividades devem ser incentivadas, e de que forma. Entretanto, uma vez que a Constituição já traz em si uma gama de interesses *a priori* legítimos como critério de discrimen entre contribuintes, aqueles que estão fora do rol apresentado pelo constituinte devem ser encarados em eventual controle de constitucionalidade, no mínimo, com aquilo que a jurisprudência norte-americana chama de escrutínio estrito (*strict scrutiny*), com presunção de invalidade e maior ônus argumentativo para o ente federativo que vier a defendê-la.

Assim, a título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal declarou, na ADI 4.276/MT, rel. Min. Luiz Fux, a inconstitucionalidade material de uma lei estadual que previa isenção de ICMS para os oficiais de justiça estaduais, por ausência de justificativa razoável para a concessão da isenção. Nas palavras do relator, “*não se faz presente qualquer justificativa plausível para o tratamento pontual estabelecido*”.

¹⁴ Sem olvidar, naturalmente, a possibilidade de concessão de benefícios fiscais para pessoas físicas com fins puramente sociais ou humanitários, que a redação da lei portuguesa não exclui, mas que é, para o objeto deste estudo, de pouca pertinência.

¹⁵ DO AMARAL, Paulo Henrique, *op. cit.*

O primeiro e mais importante interesse reconhecido pela Constituição como merecedor de incentivos fiscais é a redução das desigualdades regionais, considerada como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III). Por ser um objetivo de conteúdo bastante aberto, tem sido objeto de vários abusos, notadamente por meio da chamada “guerra fiscal”, cujos impactos concorrenciais serão tratados a fundo mais adiante. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento pela inconstitucionalidade das isenções do ICMS concedidas pelos Estados sem observância do requisito formal de convênio exigido pelo art. 155, § 2º, XII, “g” da Carta de 1988¹⁶.

A forma preferida pelo constituinte de incentivar a instalação de empresas nas regiões menos desenvolvidas do país, nitidamente, foi a de isenção dos tributos *federais*, que, adequadamente empregada, poderia tornar a guerra fiscal desnecessária¹⁷. No art. 43, § 2º, III, bem como no art. 151, I, é expressamente facultado à União conceder incentivos tributários regionais, visando o equilíbrio do desenvolvimento nacional – agora com o acréscimo, pela Emenda Constitucional 132/2023, de critérios de sustentabilidade ambiental para estes benefícios.

Além destes dispositivos, também são enumerados pela Constituição o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 170, IX e 179), incentivos para a produção e conhecimento de bens e valores culturais (art. 216, § 3º) e para as famílias adotantes (art. 227, § 3º). A defesa do meio ambiente (art. 170, VI) e os demais princípios da ordem econômica também podem ser invocados como interesses especialmente tutelados.

Todas estas situações, na medida em que geram externalidades benéficas, recompõem para a coletividade a perda de recursos do erário pela renúncia de receita, elevando, também, a produção para o nível socialmente desejável.

Na medida, portanto, em que o juízo político de concessão de isenção é feito com razoabilidade e está dentro das possibilidades abertas pelo Constituinte, não é legítima a intervenção judicial para removê-los do ordenamento jurídico.

A Emenda Constitucional 123/2024, visando coibir a guerra fiscal e o uso indiscriminado de benefícios, estipulou que a ponderação entre arrecadação e renúncia de receita, quanto ao IBS, só pode ser feita *nos termos da própria Constituição*, conforme o recém adicionado art. 156-A, § 1º, X.

¹⁶ Por todos: ADI 3.796/PR, rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 4.276, rel. Min. Luiz Fux, e ADI 6.152/MA, rel. Min. Edson Fachin.

¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Proibição da Guerra Fiscal e a Redução das desigualdades. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, 2011

Enfim, por meio da aplicação da regra hermenêutica de *internalização das externalidades*, com esteio nos casos estabelecidos na Constituição, é possível alcançar um teste simples para a aferição da constitucionalidade e compatibilidade com a livre concorrência de uma lei instituidora de benefício fiscal:

1) *A lei instituidora busca concretizar uma das hipóteses constitucionalmente previstas de tratamento tributário diferenciado? Se não*, ela enfrenta presunção de invalidade e deve desincumbir-se de um ônus argumentativo mais gravoso (*strict scrutiny*). **Se sim**,

2) *A lei instituidora, concretamente, está agindo de modo a internalizar uma externalidade positiva gerada pelo empreendimento beneficiado? Se não*, trata-se de inadmissível privilégio, mesmo tutelando, em teoria, um dos interesses constitucionalmente previstos. **Se sim**, a lei é constitucional e benéfica à concorrência.

A adoção de testes objetivos e previsíveis tem sido uma prática constante da Suprema Corte dos Estados Unidos a fim de favorecer a segurança jurídica e a uniformidade nacional da jurisprudência em diversos ramos do direito¹⁸, e julgamos que a adoção de parâmetros calculáveis e estáveis trará grandes benefícios para a criação de verdadeiro equilíbrio entre a discricionariedade dos atores políticos ao conceder isenções e a manutenção dos valores constitucionais inegociáveis da isonomia e da livre concorrência.

III – Os impactos concorrenciais dos benefícios fiscais e a (in?)sindicabilidade da ação estatal

A Constituição Federal de 1988, logo em seu primeiro artigo, consagra como fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV). Ao dispor especificamente sobre a ordem econômica, elege a livre concorrência como um dos seus princípios (art. 170, IV).

Ainda no título pertinente à ordem econômica, a Carta Magna ordena que a lei reprima “*o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da*

¹⁸ Exemplificativamente: *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410; *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, e *Katz v. United States*, 389 U.S. 347.

concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º), estabelecendo um comando constitucional direto para a legislação antitruste.

Cumprindo o dever estabelecido pelo constituinte, o Congresso Nacional editou a Lei 12.529/2011, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e organiza a sua principal entidade, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com atribuição de fiscalizar e reprimir as infrações definidas pela lei.

É notável a inspiração que a legislação brasileira tomou no *Sherman Act* e na legislação complementar que lhe seguiu, como o *Clayton Act* e o *FTC Act*¹⁹. Tomando inspiração no primeiro, a Lei Antitruste Brasileira (LAB) tipifica as condutas defesas de forma ampla, vedando, independentemente de culpa (art. 36, *caput*), qualquer ato tendente a limitar a livre concorrência (*idem*, inciso I), adotando uma regra de responsabilidade objetiva. Ainda bebendo da fonte do direito comparado norte-americano, desta vez do *Clayton Act*, a LAB enumera, exemplificativamente, diversas condutas que configuram infrações à ordem econômica, como a discriminação de preços entre adquirentes.

A primeira questão a se considerar, portanto, é se os benefícios fiscais podem produzir distorções concorrenciais vedadas. Não é difícil concluir que sim: em alguns casos, esta distorção é patente, como quando o incentivo é de tal modo individualizado que apenas alguns poucos contribuintes desfrutarão de suas benesses, em verdadeiro privilégio. Estas situações, que ferem o princípio da impessoalidade, são unanimemente rechaçadas pela doutrina e jurisprudência²⁰.

Entretanto, mesmo supondo uma situação de desigualdade menos drástica, é inegável que as medidas de renúncia de receita podem ter uma ampla gama de efeitos deletérios à concorrência. Ocorre frequentemente, por exemplo, que as empresas beneficiadas não diminuam seus preços como decorrência do abatimento dos tributos, mas mantenham-nos no mesmo patamar anterior, apenas com uma margem de lucro maior²¹ – derrotando inteiramente, portanto, a lógica dos incentivos como forma de promover o bem coletivo.

Quando trata-se, propriamente, de *guerra fiscal*, com concessão de benefícios à revelia dos requisitos formais de convênio aprovado pelo CONFAZ, a situação é ainda mais drástica: após a declaração de nulidade da lei, os cálculos empresariais feitos meticulosamente tornam-se inúteis do dia para a noite, sem falar da frequente ameaça aos

¹⁹ DOMINGUES, Juliana O.; GABAN, Eduardo M. **Direito antitruste**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024, p. 22.

²⁰ SOUSA JÚNIOR, Elias Charamba de. **Benefícios fiscais e a concorrência**: entre o Sistema *Antitruste* Europeu e o Brasileiro. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo, n. 55, ano 41, p. 105-132, 3º Quadrimestre 2023.

²¹ SZAJNBOK, Lucienne M. T. Cwikler. **Os impactos concorrenciais da guerra fiscal**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, vol. 135, ano 25, p. 169-187, 4º Trimestre de 2017.

contribuintes outrora beneficiados de serem cobrados retroativamente após a declaração de inconstitucionalidade da lei isentiva, em ambiente de franca insegurança jurídica²².

Estes riscos são mitigados pelo emprego do teste de duas etapas já proposto acima, de forma que o ente que concede o benefício deve responsabilizar-se por acompanhar a sua execução e garantir que efetivamente há um ganho social que compense a renúncia de receita.

Como, porém, combater os desvios causados pelas leis que não adotam uma postura semelhante? Para os fins deste estudo, é relevantíssimo o art. 31 da LAB, que assim dispõe (destacamos):

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de **direito público ou privado**, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Ao afirmar explicitamente que as pessoas jurídicas de direito público também estão abrangidas pelas suas vedações, a LAB aparenta colocar em cheque uma doutrina cara à jurisprudência internacional, particularmente dos Estados Unidos: a imunidade *Parker v. Brown*.

No *leading case* que dá nome à doutrina, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o *Sherman Act* não se aplica às políticas deliberadamente tomadas pelos entes subnacionais, ainda que venham a gerar efeitos anticompetitivos – naquela ocasião, a Corte decidiu não por razões constitucionais, mas legais: como a lei não dispôs expressamente que os Estados estão a ela vinculados, não seria possível ao intérprete estender seu escopo.

Entretanto, o arcabouço doutrinal do federalismo norte-americano deixa pouco espaço para a interpretação de que bastava uma opção legislativa clara para permitir ao poder executivo federal “derrubar” políticas anticompetitivas dos governos estaduais. Em *New York v. United States*, 505 U.S. 144, a Suprema Corte firmou-se pela impossibilidade de que o Congresso Nacional e o executivo federal obriguem autoridades estaduais a aplicarem leis

²² FERNANDES, Rayneider Brunelli de Oliveira e DA ROCHA, Altamirando Pereira. **Guerra Fiscal, Pacto Federativo e Segurança Jurídica**: a proteção da confiança em face da supressão de benefícios fiscais inconstitucionais. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz et al. (Coord.) **Direito Tributário: XXII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2014.

federais, no que ficou conhecido como *anti-commandeering doctrine*, que dificilmente abre espaço para a invalidação de políticas tributárias estaduais por autoridades políticas centrais.

Seria a resposta desta querela diferente no Brasil? O CADE já esboçou um entendimento neste sentido. Na Consulta 0038/99, a autarquia opinou não apenas pela nocividade à concorrência da guerra fiscal, mas deixou antever, em abstrato, sua própria competência para reprimir as práticas tributárias estaduais nocivas à concorrência²³, interpretando o supracitado art. 31 da LAB.

Entretanto, a adoção desta linha hermenêutica traz consigo sérios problemas. Para além de deferir à interpretação da autarquia federal acerca dos limites do próprio poder²⁴ – coisa que, em si mesma, já merece bastante cautela –, a adoção desta tese implica na possibilidade de um órgão do executivo federal sobrepor-se a todos os órgãos estaduais e – por que não? – até ao legislativo federal, se o Conselho entender que este procedeu de modo contrário à concorrência.

Em suma, é transformar o Cade num órgão com competência ilimitada: esta interpretação, portanto, padece de incontornável inconstitucionalidade. Como preleciona a prof^a. Paula A. Forgioni:

Mas, em que medida os entes ligados à Administração Pública estão sujeitos aos dispositivos da Lei Antitruste? A Lei 12.529/2011 volta-se à disciplina de condutas de agentes econômicos no mercado, *não incidindo sobre a implementação de políticas pelos poderes públicos*. Isso significa que a Administração, ao desempenhar suas funções (= deveres/poderes), não está sujeita ao mesmo tratamento que as normas antitruste dispensam aos agentes econômicos que atuam no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Repita-se: a Administração está sujeita às limitações da Lei Antitruste apenas na exploração, pelas entidades que a conformam como Administração Indireta, de *atividade econômica em sentido estrito*. Por conta disso, não se pode entender que a Lei Antitruste aplica-se indiscriminadamente a quaisquer "pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado", independentemente da consideração do

²³ JÚNIOR, José Luis Andrea; ZANIN, Luciana Yoshihara Arcangelo; RIBEIRO, Maria de Fátima, *op. cit.*

²⁴ TAUFICK, Roberto Domingos. **Imunidade *Parker v. Brown*: releitura das doutrinas *state action* e *pervasive power* no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Procuradoria Geral do Banco Central, Brasília, vol. 03, n. 02, p. 73-102, Dezembro de 2009.

tipo de atividade que desempenham. Afrontaria a Constituição admitir que o CADE teria competência para penalizar ou balizar o comportamento dos entes da Administração incumbidos da formulação/implementação de políticas públicas ou mesmo da prestação de serviços públicos. Se assim fosse, o CADE colocar-se-ia acima da Presidência da República, a quem incumbe chefiar o Poder Executivo. Isso, a toda evidência, não faz o mínimo sentido.²⁵

Como é cediço na hermenêutica do *common law*, entre uma interpretação válida e outra inválida de uma lei, o intérprete deve sempre dar preferência à interpretação válida, privilegiando a presunção de constitucionalidade das leis e evitando que fique frustrado o intuito dos legisladores eleitos²⁶, razão pela qual deve ser acolhida a proposta da doutrinadora.

Portanto, não é razoável adotar a interpretação segundo a qual o CADE teria poderes para reprimir benefícios fiscais geradores de distorções concorrenciais, devendo esta tarefa ficar a cargo do Poder Judiciário – este, sim, inafastável (art. 5º, XXXV).

Conclusões

Ante o exposto, fica demonstrado que os benefícios fiscais precisam ser considerados como medidas de caráter excepcional, destinados a corrigir externalidades positivas e premiar *players* econômicos que geram benefícios à coletividade. Este critério revela-se uma abordagem adequada para garantir que tais políticas contribuam para o bem-estar social e o desenvolvimento econômico: ao internalizar os efeitos colaterais das atividades empresariais, os incentivos podem corrigir desajustes no mercado e incentivar práticas que beneficiam a coletividade.

No entanto, é imprescindível que essa análise seja criteriosa e objetivamente fundamentada, de modo a evitar abusos que comprometam a livre concorrência. Para tanto, propomos um teste de duas etapas, inspirado naqueles comumente usados na jurisprudência norte-americana, que visa fornecer *standards* previsíveis e calculáveis tanto para legisladores quanto para julgadores.

²⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 150-151

²⁶ SCALIA, Antonin e GARNER, Bryan A. **Reading Law: The interpretation of legal texts**. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2012.

Por fim, fica estabelecida a incompetência das autoridades concorrenciais federais para corrigirem as distorções geradas por benefícios indevidos e de constitucionalidade duvidosa, por não ser cabível atribuir a órgão do executivo o poder de controle de constitucionalidade sobre leis de outros entes federativos.

Bibliografia

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017.

DA NÓBREGA, Mailson. **É difícil enxergar aspectos positivos na guerra fiscal**. Veja, 2019. Disponível em:
<https://veja.abril.com.br/coluna/mailson-da-nobrega/e-dificil-enxergar-aspectos-positivos-na-guerra-fiscal>. Acesso em: 02 out. 2024.

DO AMARAL, Paulo Henrique. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOMINGUES, Juliana O.; GABAN, Eduardo M. **Direito antitruste**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

DUARTE FILHO, Paulo. **Neutralidade, o poderoso e silencioso princípio da reforma**. Jota, 2024. Disponível em:
<https://www.jota.info/artigos/neutralidade-o-poderoso-e-silencioso-principio-da-reforma>. Acesso em: 08 out. 2024.

FIGUEIRO, Leonardo V. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTINIANUS, Flavius. **Institutas do imperador Justiniano**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 43. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

Idem. **Proibição da Guerra Fiscal e a Redução das desigualdades**. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2011.

SZAJNBOK, Lucienne M. T. Cwikler. **Os impactos concorrenciais da guerra fiscal.** *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, vol. 135, ano 25, p. 169-187, 4º Trimestre de 2017.

SOUSA JÚNIOR, Elias Charamba de. **Benefícios fiscais e a concorrência:** entre o Sistema Antitruste Europeu e o Brasileiro. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 55, ano 41, p. 105-132, 3º Quadrimestre 2023.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Imunidade *Parker v. Brown*: releitura das doutrinas *state action* e *pervasive power* no ordenamento jurídico brasileiro.** *Revista da Procuradoria Geral do Banco Central*, Brasília, vol. 03, n. 02, p. 73-102, Dezembro de 2009.

The Curious Economist. **Externality Diagrams.** Disponível em:
<https://thecurioseconomist.com/externality-diagrams/>. Acesso em: 11 out. 2024.