

**NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA: UM ESTUDO NA PERSPECTIVA DA LIVRE
CONCORRÊNCIA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 773992/BA FRENTE
AOS AVANÇOS E DESAFIOS À LUZ DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO
BRASIL**

*TAX NEUTRALITY: A STUDY FROM THE PERSPECTIVE OF FREE COMPETITION
IN THE EXTRAORDINARY RESOURCE RE 773992/BA IN FRONT OF ADVANCES
AND CHALLENGES IN THE LIGHT OF ECONOMIC DEVELOPMENT IN BRAZIL*

Francisco das Chagas Sampaio Medina¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal – STF no julgado RE 773992/BA em relação a neutralidade tributária na perspectiva da livre concorrência frente aos avanços e desafios à luz do desenvolvimento econômico no Brasil. Tiveram como objetivos específicos investigar de acordo com a decisão do STF no RE 773992/BA as perspectivas ao princípio da neutralidade tributária, analisar as possibilidades de existência de uma tese coerente firmada pelo STF no julgado RE 773992/BA, que aborde a concorrência e avaliar através da decisão paradigmática do STF no RE 773992/BA a conduta utilizada no tocante a capacidade contributiva, livre concorrência e os avanços e desafios para o desenvolvimento econômico no Brasil. Assim, torna relevante discutir a perspectiva da neutralidade tributária no Brasil de acordo com o posicionamento do STF no julgado emblemático. A metodologia utilizada foi a do estudo descritivo-analítico. Quanto ao tipo: bibliográfica, incluindo artigos científicos, teses e documentos em sites eletrônicos oficiais. Quanto à natureza: qualitativa, por tratar de verificar a questão do comportamento humano em relação aos eventos jurídicos. Quanto aos fins, descrever, analisar, classificar e interpretar os fatos relativos ao problema apresentado.

Palavras-chave: Neutralidade Tributária. RE 773992/BA. Livre Concorrência. Livre Iniciativa. Desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the performance of the Supreme Federal Court - STF in the judgment RE 773992 / BA in relation to tax neutrality in the perspective of free competition in view of the advances and challenges in the light of the economic and social development in Brazil. The specific objectives were to investigate, according to the decision of the STF in RE 773992 / BA, the prospects for the principle of tax neutrality, to analyze the possibilities for the existence of a coherent thesis signed by the STF in the judgment RE 773992 / BA, which addresses the competition and to evaluate through the paradigmatic decision of the STF in RE 773992 / BA the conduct used with respect to contributory capacity, free competition and the advances and challenges for economic and social development in Brazil. Thus, it makes it relevant to discuss the perspective of tax neutrality in Brazil according to the STF's position in what is considered emblematic. The methodology used was the descriptive-analytical study. As for the type: bibliographic, including scientific articles, theses and documents on official websites. As for the nature: qualitative, because it tries to verify the issue of human behavior in relation to legal events. As for the purposes, describe, analyze, classify and interpret the facts related to the problem presented.

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR, Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade Anhanguera UNIDERP, Advogado e Contador. Professor Auxiliar 6 da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. E-mail: medina.adv@unifor.br.

Keywords: Tax Neutrality. RE 773992/BA. Free competition. Free Initiative. Economic development.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará sobre a concorrência relacionada ao Direito Tributário, procurando realizar uma análise crítica doutrinária e jurisprudencial na decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgado RE 773992/BA, tendo como impacto o princípio da neutralidade tributária.

O estudo parte do pressuposto que o Estado no seu papel fiscalizador pode efetivar o equilíbrio de mercado através da neutralidade tributária, em que busca um funcionamento eficiente, observando a espontaneidade e funcionamento do mercado, evitando distorções de preços em razão da tributação e proporcionando aos agentes concorrências e oportunidades iguais aos agentes econômicos.

Nesta conjuntura hermenêutica tributária, a fiscalização estatal, para instituir as ações relativas à esfera econômica, se faz necessária para efetivar os princípios que regem estas relações. Diante disso, não convêm somente garantir a liberdade de acesso ao mercado por intermédio da livre iniciativa, mas deve, ainda, reforçar a liberdade de permanência, por meio do princípio da livre concorrência.

A importância em discutir a concorrência tributária, tendo como enfoque a neutralidade, está no fato de que em virtude da elevada carga fiscal tributária em nosso país, a tributação poderá ocasionar a influência na formação do preço do produto ou serviço, afetando a livre concorrência entre empresas do mesmo seguimento.

Assim, se faz necessária uma política severa no âmbito tributário, tanto para manter a livre concorrência, garantindo um ambiente igualitário e competitivo para o mercado, como também nas situações em que ocorre um desequilíbrio no setor, haja vista que a carga tributária interferirá diretamente na oferta, na demanda e conseqüentemente, nos preços dos produtos e serviços, distorcendo as regras do mercado.

Como se vê, a matéria em apreço é discutida de forma crescente no mundo jurídico. Por esse motivo, requer um estudo minucioso da doutrina sobre o assunto, assim como decisão paradigmática do STF sobre a concorrência tributária, sob o

ângulo da neutralidade. Acrescenta que um estudo dessa natureza verifica que a tributação não pode influenciar a competitividade, pois a concorrência deve ser medida por outros fatores independentes da carga tributária, como a qualidade, a competência e a eficiência do serviço.

Erigidas a relevância e a problematização da pesquisa, busca-se apresentar como problemáticas da pesquisa a análise crítica doutrinária e jurisprudencial, em especial os recentes entendimentos do Supremo Tribunal Federal – STF, acerca do princípio da neutralidade tributária, tendo como parâmetro o equilíbrio da livre concorrência e da livre iniciativa.

A pesquisa é qualitativa bibliográfica, e é apresentada em três partes. O objetivo geral da pesquisa é analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal – STF no julgado RE 773992/BA em relação a neutralidade tributária na perspectiva da livre concorrência frente aos avanços e desafios à luz do desenvolvimento econômico no Brasil.

Ademais, para alcançar este escopo foram traçados os seguintes objetivos específicos para a pesquisa: investigar de acordo com a decisão do STF no RE 773992/BA as perspectivas ao princípio da neutralidade tributária, analisar as possibilidades de existência de uma tese coerente firmada pelo STF no julgado RE 773992/BA, que abordem a concorrência e avaliar através da decisão paradigmática do STF no RE 773992/BA a conduta utilizada no tocante a capacidade contributiva, livre concorrência e os avanços e desafios para o desenvolvimento econômico no Brasil.

Portanto, a divisão sistemática do conteúdo deste trabalho busca contemplar os objetivos acima citados, de modo que na primeira seção faremos um estudo sob a perspectiva da neutralidade tributária no Estado Democrático de Direito abordando a capacidade contributiva, a isonomia tributária e finalizando com a neutralidade tributária.

Em seguida, abordaremos a livre concorrência, sendo importante o estudo da ordem econômica para compreender a estrutura de um sistema composto de princípios e de regras que venham a respeitar o mercado, bem como do sistema de concorrência que proporciona ao cidadão o alcance aos produtos e serviços, o aumento na economia, a inovação de forma constante no país.

Na sequência, iremos discorrer acerca de uma decisão paradigmática do STF no RE 773992/BA e os avanços e desafios para o desenvolvimento econômico e social no Brasil. Após a apresentação da análise jurisprudencial dos princípios da livre concorrência e da ordem econômica, avaliaremos de forma crítica o comportamento do STF a respeito da neutralidade tributária na perspectiva da livre concorrência frente aos avanços e desafios à luz do desenvolvimento econômico e social no Brasil.

1. O estudo sob a perspectiva da neutralidade tributária no Estado Democrático de Direito

Nessa primeira seção, faz-se uma abordagem sobre a capacidade contributiva avaliando-se a isonomia tributária, passando o estudo pela neutralidade tributária no Estado Democrático de Direito.

Em relação aos princípios jurídicos, esses podem ser considerados os pilares, a base do ordenamento jurídico, traçando orientações e diretrizes que devem ser seguidas por todo o Direito. Um dos pilares do ordenamento jurídico é o princípio da livre concorrência previsto de forma expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, no Título VII (Da ordem econômica e financeira) no Capítulo I, intitulado “Dos princípios gerais de atividade econômica”. Vale ressaltar que todos estes princípios estão fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo principal de assegurar a todos uma existência digna.

De acordo com o referido princípio, o Estado tem o dever de manter a neutralidade da tributação em relação à concorrência, trazendo consigo a necessidade de proteger a igualdade de condições no mercado, garantindo uma democracia estável.

Antes de abordar a neutralidade tributária, é fundamental expor a definição de capacidade contributiva, haja vista que esse princípio está ligado diretamente à neutralidade. Para Carrazza o princípio da capacidade contributiva é a capacidade em que, em tese, os cidadãos têm para contribuir com o pagamento dos impostos, tendo como objetivo gerar riquezas aos entes federativos, sem que os cidadãos tenham prejuízos em relação às suas necessidades de subsistência². O autor relata que a

² CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.p. 45

capacidade contributiva assegura a distribuição dos impostos tributários de forma proporcional entre os contribuintes, sendo uma ferramenta capaz de adequar a fixação da base de cálculo dos encargos.

Vários autores dividem a capacidade contributiva em 2 (duas) espécies: Objetiva e subjetiva. Na concepção de Giardina, a capacidade objetiva se apresenta como hipótese de incidência relativa aos impostos fatos hipotéticos que posteriormente sejam indicativos de capacidade econômica³.

Em relação à capacidade contributiva subjetiva ou relativa, Misabel, na atualização ao livro de Baleeiro, estabelece que somente terá início a capacidade econômica após o pagamento de impostos referentes às despesas consideradas imprescindíveis (pessoais e obrigatórias) do contribuinte, como por exemplo despesas com saúde, vestuário, dependentes, moradia, alimentação e outras⁴.

O que se analisa é que a capacidade contributiva no Brasil deve ser entendida por meio da espécie subjetiva, haja vista que por conta das diretrizes relacionadas às hipóteses de incidência de tributos previstas na legislação, a mencionada capacidade se apresenta de forma abstrata, verificando as situações econômicas do contribuinte que vier a praticar algum ato que acarrete no pagamento do imposto, ocorrendo assim uma justiça social e fiscal eficaz.

Ligado ao princípio da capacidade contributiva está o princípio da isonomia, conhecido também como o da igualdade, sendo incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como tema a ser amparado aos direitos fundamentais dispostos na CF/88, estabelecido no artigo 5º, *caput*. Além dessa previsão constitucional, o legislador buscou intensificar os direitos da igualdade entre os desiguais por meio dos direitos sociais.

Segundo Mello, o conteúdo político ideológico em relação ao princípio da igualdade é que a lei deve servir como uma ferramenta de regularização da vida social

³ GIARDINA, Emilio. **Le basi teoriche del principio dela capacità contributiva**. Milão:Dott. A. Giuffrè, 1961.p.439.

⁴ BALEEIRO, **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p.1093.

para tratar de forma justa os cidadãos, e não como motivo de vantagem para o cidadão⁵.

Como o princípio da isonomia se enquadra entre os direitos fundamentais, faz-se necessário um breve relato acerca dos direitos fundamentais, entendidos como mecanismos constitucionais que asseguram direitos e garantias aos indivíduos contra abusos do Estado, concedendo condições mínimas de vida para viver em sociedade. Os aludidos direitos se decompõem nos ramos na CF/88: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos políticos e direitos de nacionalidade.

Com a globalização de direitos fundamentais que não eram previstos, observa-se que haverá uma integralização entre os direitos fundamentais sem existir a supressão do direito fundamental já existente. Esse argumento é chamado de “dimensões” e deverá figurar no lugar do termo “gerações”. Assim, de acordo com Bonavides, o princípio da igualdade está previsto como direito fundamental de 2ª geração ou 2ª dimensão⁶, conforme entende Sarlet.⁷

Para haver uma democracia forte é preciso que o Estado conduza o mercado de modo cauteloso, nem intervindo a todo momento, como também não deixando de interferir no momento oportuno. Porém, para ser possível a interferência estatal, é necessário um estudo aprofundado a respeito da neutralidade tributária.

A neutralidade é entendida como a possibilidade de o Estado não intervir ou intervir de forma ponderada na vida privada das pessoas, como nas relações que envolvem o mercado econômico. Com isso, os indivíduos têm a ideia de que serão independentes em relação às determinações estipuladas pelo Estado.

Observa-se que cada indivíduo terá a liberdade em optar pelo modelo de vida que se adequa a sua realidade, independente da intervenção pelo Estado, sendo a neutralidade encarada como uma forma de abstenção, fato este característico do

⁵ MELLO, Celso A.B. **Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas**, Revista Trimestral de Direito Público 1/80, 1993.p.14.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2010.p.517.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.p.14.

Estado Liberal, tendo o seu ápice no período do século XIX, em que se consolidou o desenvolvimento econômico. Ocorre que o posicionamento não é unânime, pois a neutralidade também é entendida quando o Estado se abstém de praticar determinado ato, não intervindo na relação privada das pessoas.

Para que fosse possível a existência da neutralidade como abstenção era necessário que as pessoas tivessem a liberdade nas suas relações privadas, por meio de sua autonomia. Ocorre que a partir do início do século XX, houve o declínio do Estado Liberal de Direito, principalmente em virtude da 1ª Guerra Mundial e da queda da Bolsa de valores de Nova York, o que trouxe uma instabilidade econômica mundial, e com isso ampliou de uma forma considerável o problema social relacionado ao desemprego e, por consequência, à pobreza.

O Estado Social, por conta da carga tributária elevada, implicou mudança da conduta estatal, que passou a ser mais intervencionista nas relações privadas, alterando a estrutura social que antes existia no Estado Liberal de Direito entre a sociedade civil e Estado. Segundo Siqueira, as mudanças advindas do Estado Social vieram com o propósito de efetivar políticas intervencionistas, acabando com os privilégios no mercado econômico em relação às classes dominantes e, ao mesmo tempo, dando oportunidade às classes menos favorecidas econômica e socialmente⁸.

No Estado Social, por meio da coerção, o Estado passa a tomar decisões que antes eram tomadas pelo indivíduo e pela sociedade. Com essa mudança significativa, o Estado Social trouxe a discussão acerca da liberdade, no qual se discutia até que ponto é permitido o patrocínio coercitivo estatal (justiça social) sem que venha a prejudicar a autonomia de cada indivíduo (livre mercado).

O que se observa é que a justiça social pode ser utilizada com a justiça fiscal, caso obedeça ao princípio da livre concorrência e seja possível a interligação lógica entre a execução do princípio da extrafiscalidade e da capacidade contributiva, principalmente no tocante à tentativa de reduzir a desigualdade social e melhorar a distribuição de rendas.

⁸ SIQUEIRA, N. S. **Tributação e neutralidade no estado democrático de direito**. 2011. 272 f. Tese (doutorado) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza. 2011.p.56.

2. A livre concorrência para o alcance do bem-estar social

Na segunda seção se faz necessário tratar sobre a livre concorrência para compreender o sistema de concorrência que proporciona ao cidadão o alcance aos produtos e serviços, o aumento na economia, a inovação de forma constante no país e, conseqüentemente, o bem-estar social.

Em se tratando de concorrência, Sodré Filho destaca que de uma forma geral tal princípio poderá trazer diversas vantagens ao mercado. A primeira seria em relação ao consumidor, que teria a opção de eleger dentre os produtos sua opção, analisando de forma comparativa o produto com menor preço e melhor qualidade⁹.

No que se refere à empresa, cada uma tem sua faculdade de escolher a atividade econômica com a qual deseja trabalhar, incentivando a participação e a competitividade do mercado. Fazendo referência ao interesse de uma forma geral, o sistema de concorrência traz ao cidadão a obtenção dos serviços e dos produtos, alavancando a economia e propiciando uma constante inovação ao país.

O princípio da livre concorrência para Forgioni apresenta uma função fundamental na economia no Brasil: é entendida como uma ferramenta adequada para propiciar a expansão da economia e o bem-estar social.¹⁰

Assim, uma das prioridades da concorrência é permitir que o cidadão tenha o direito de escolher qual serviço ou produto quer adquirir, em ambiente de justa disputa na concorrência de mercado, sem interferência direta do Estado na aquisição de um determinado produto ou serviço. Deste modo, o princípio da livre concorrência tem como escopo realizar no mercado competição mais próxima ao ideal, ou seja, que o agente sozinho não tenha o domínio de mercado econômico, não possa dominar as escolhas de qualidade, produção, preço e outros fatores.

⁹ SODRÉ FILHO, Antônio C. de Azevedo. **Comentários à legislação antitruste: direito econômico, defesa da livre concorrência**. São Paulo: Atlas, 1992.p.36.

¹⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.p. 188-192.

Para que se tenha uma compreensão a respeito dos pressupostos constitucionais da livre concorrência, é relevante conceituar o Princípio da livre concorrência. A ideia principal relativa ao Princípio da livre concorrência se dá mediante a liberdade de competição e oportunidade no mercado em iguais condições entre os agentes econômicos envolvidos no mesmo segmento de mercado. Porém, o Princípio da livre concorrência ultrapassa esse conceito.

Antes de iniciar o estudo das normas constitucionais antitruste sobre a livre concorrência, é interessante conceituar o Direito antitruste. Também conhecido como direito da concorrência, é o segmento do direito que traz a concorrência para coibir a prática de abusos do poder econômico e nortear o desempenho dos agentes econômicos com o objetivo de garantir novos competidores no mercado competitivo, apoiado na livre concorrência.

A procura por resultados que favoreçam a empresa dentro de um mercado competitivo pode trazer consequências favoráveis ou desfavoráveis ao mercado econômico, devendo o Estado afastar as práticas anticompetitivas por meio das normas constitucionais antitruste.

No universo de disputas, Zeger relata que com o intuito de conquistar a estima dos consumidores, há diversos mecanismos do mercado que compõem a concorrência, como a qualidade do produto, o preço, o serviço e outros.¹¹ Porém, na realidade, a concorrência perfeita, chamada de ideal, é fantasiosa.

Deste modo, para um modelo de mercado real, não há como a concorrência ser ideal, pois é comum e necessário que ocorram variações quanto aos produtos, com o intuito de que o mercado evolua e traga benefícios a todos os envolvidos.

Diante dos fatos apresentados, o combate tanto ao abuso de poder econômico como à concorrência desleal possui o mesmo propósito: impedir que ocorra qualquer tipo de lesão no mercado que venha a interferir na escolha ou na diminuição quanto à

¹¹ ZEGER, Arthur. **Mercado e Concorrência: Abuso de Poder Econômico e Concorrência Desleal**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, 2010. Disponível em: Acesso em: 08 out. 2021.p.50.

preferência do produto por parte do consumidor e, conseqüentemente, dificultar os concorrentes a atuarem no mercado econômico.

3. A decisão paradigmática do STF no RE 773992/BA e os avanços e desafios para o desenvolvimento econômico e social no Brasil

Com o escopo de analisar os princípios da livre concorrência e da ordem econômica e, ao final, averiguar a perspectiva da neutralidade tributária no Brasil, no julgamento do RE 773992/BA, será estudado o caso concreto em que se discute a livre iniciativa, a livre concorrência e a ordem econômica e a neutralidade tributária frente aos avanços e desafios à luz do desenvolvimento econômico e social no Brasil.

O debate no Recurso Extraordinário- RE 773992/BA, em que as partes eram o Município de Salvador e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, tinha como controvérsia jurídica a definição de se a cobrança por parte do Município de Salvador relativa ao Imposto e Propriedade Territorial Urbana - IPTU sobre a atividade desempenhada pela ECT seria considerada lícita ou não, haja vista que esta empresa é considerada pública e presta serviço público, motivo pelo qual a referida empresa até aquela data estava contemplada pela imunidade tributária recíproca, tendo como previsão normativa o artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988.

O recorrente interpôs recurso extraordinário em face do acórdão da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que reconheceu a imunidade tributária recíproca da empresa recorrida. Os embargos declaratórios opostos pela recorrente foram rejeitados.

A parte recorrente alega que o serviço realizado pela recorrida não justificaria o benefício concedido (imunidade tributária recíproca), haja vista entender que somente as fundações públicas e as autarquias seriam beneficiadas, de acordo com a própria vedação constitucional prevista no artigo 173, § 2º da CF de 1988.

Sustenta que a recorrida, além de exercer atividades essenciais, também exerce atividades de exploração econômica, atividades essas que abrangem serviços de iniciativa privada sob o regime concorrencial. Em virtude do tema polêmico, a matéria foi reconhecida como de repercussão geral pelo Plenário em 12/04/2013.

Na sessão do dia 15/10/2014, o Tribunal decidiu o tema 644 e, por maioria e nos termos do voto do Min. Dias Toffoli (Relator), negou provimento ao recurso extraordinário do Município de Salvador, vencidos os Ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio. Diante do exposto, serão averiguados os princípios da livre concorrência e ordem econômica no caso em exame.

No que tange a análise Jurisprudencial da livre concorrência e ordem econômica acerca do RE 773992/BA, a recorrente relata que a recorrida não teria direito à imunidade tributária recíproca, tendo em vista que a sua atividade não seria suficiente para garantir o beneplácito constitucional, ocorrendo a ofensa aos artigos 21, inciso X; 150, inciso VI, alínea “a” e § 2º e § 3º; 173, § 2º e 177 da CF/88. Ressalta que a Constituição, além de outorgar o benefício às empresas públicas, deixou de forma expressa a vedação quanto à imunidade recíproca às empresas privadas, conforme se observa no artigo 173, § 2º.

A recorrente em seus argumentos alega que a recorrida, além de exercer atividade eminentemente pública, atividade essa que corresponde ao percentual de 30% (trinta por cento) de suas receitas, exerce diversas atividades lucrativas, como a venda de títulos de capitalização, operações financeiras, serviço de logística, transporte e outras. Ressalta que mesmo a ECT praticando todas essas atividades e desvirtuando a finalidade de sua atividade principal, a empresa recorrida continuou com o benefício da imunidade tributária referente a todos os seus bens, ocasionando um regime de concorrência desleal com as demais empresas privadas que prestam o mesmo serviço.

Narra que caso fosse prevalecer o entendimento quanto ao reconhecimento da imunidade tributária recíproca, deveria ser identificado quais imóveis seriam destinados às finalidades essenciais e quais seriam destinados à exploração econômica.

Em se tratando da imunidade recíproca, o entendimento do STF ao caso concreto é que o benefício deve ser ampliado às sociedades de economia mista e às empresas públicas, em virtude do artigo 4º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200/67, em que se afirma que as sociedades de economia mista e as empresas públicas fazem parte da Administração Pública Indireta, ocupando os serviços públicos.

Em relação à argumentação da recorrente sobre a atividade econômica da recorrida, a Suprema Corte entendeu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT figura como prestadora de serviços públicos, cuja prestação é obrigatória e contínua, sendo o serviço de correios e telégrafos exclusivo do Estado, que faz jus à imunidade recíproca, conforme estipula o artigo 150, inciso VI, alínea “a” da CF/88.

Outro fato analisado pelo Tribunal foi em relação ao artigo 173 §1º da CF/88, relatando que tal artigo faz referência às empresas sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, o qual não abrange as entidades (estatais) e sociedade de economia mista que prestam serviço público.

Vale destacar que o STF vem ampliando o conceito quanto aos serviços postais prestados pela ECT. De acordo com o voto do Min. Dias Toffoli no RE 627.051 de 12/11/2014, os impostos em que não fosse possível distinguir-se o desempenho em atividade desenvolvida está de acordo com as finalidades essenciais do Estado, ocorreria a imunidade tributária recíproca e naqueles casos em que o desempenho dessa atividade desvirtuasse das finalidades essenciais e fossem atividades de exploração econômica, ocorreria a imunidade em decorrência do subsídio cruzado.

Assim, em relação ao caso concreto, o Tribunal manteve a imunidade para todas as atividades, tendo em vista que no mesmo imóvel ocorrem diversas atividades, incluindo atividades com finalidades essenciais e de exploração econômica, havendo uma dificuldade em distinguir em qual das prestações de serviço estaria enquadrada. Ainda em relação à atividade desenvolvida pela recorrida, de acordo com o voto do Min. Celso de Mello (1993, p.63) referente a este recurso, esta presta e executa o serviço público com autorização do Estado, sob o regime de monopólio, tendo o dever de prestar a atividade econômica de acordo como estabelecido na CF/88.

Aborda também que a atividade principal prestada pela recorrida (entrega de cartas e correspondências em todo o território nacional) é exclusiva do Estado, tendo o serviço a finalidade essencial por se tratar de atender à população, haja vista que de acordo com as informações levantadas pelo Min. Dias Toffoli (2014, p.23), em seu esclarecimento do voto, no Brasil são duzentos e um milhões de habitantes, onde a maioria da população não tem acesso à internet, se comunicando por cartas e

correspondências, tendo o Estado o papel de entregar todas as cartas e correspondências no território nacional.

Destaca o Ministro que a ECT não poderia se enquadrar entre as empresas de transporte privado que tenham atividade fim de transporte de mercadorias, tendo em vista que a função da entidade não é apenas o recebimento e a entrega de encomendas e das correspondências, mas também todas as fases do serviço postal.

Assevera ainda que para que seja afastada a imunidade de uma empresa que já tenha o benefício, é necessária a ocorrência de algum fato contrário que justifique a referida atitude, não se justificando a cassação do benefício da recorrida.

Analisando o princípio da ordem econômica no caso real, observam-se dois posicionamentos divergentes quanto aos crimes contra a ordem tributária: O primeiro defende que não houve crime, tendo em vista que a recorrida é considerada empresa pública, que presta serviço público, cuja atividade principal é o envio de correspondências e cartas para todo o território brasileiro, serviço este considerado pela CF/88 como exclusivo do Estado e indispensável à população brasileira. Esse entendimento demonstra que a imunidade recíproca destinada à recorrida traria um bem-estar à comunidade, ocasionando um benefício inestimável ao povo brasileiro.

Ocorre que, por outro lado, a concessão do benefício tributário à recorrida poderia ser compreendida como tendo um caráter ilegal, haja vista que a ECT, além de exercer atividade essencial, também presta atividade econômica obtendo vantagem competitiva em relação às empresas privadas que prestam o mesmo serviço, havendo nesse caso crime contra a ordem tributária, ferindo os artigos 150, inciso VI, alínea “a” e § 2º e § 3º; 173, § 2º e 177 da CF/88.

Em que pese a crítica da neutralidade tributária acerca do RE 773992/BA, na atual conjuntura democrática, a neutralidade tem um papel determinante no condicionamento em relação à intervenção pública no funcionamento do mercado econômico e financeiro, podendo divergir da política fiscal. O que se observa é que a tributação deve ser direcionada à realização de uma política distributiva, com a finalidade de proporcionar a justa oportunidade de participação na vida política e social de cada indivíduo.

Mas que a tributação, por mais essencial que seja, não deve intervir na funcionalidade espontânea do mercado nem desestabilizar a iniciativa ou funcionamento dos agentes envolvidos. Os tributos devem respeitar a individualidade de cada agente e não ser ele o fator preponderante de desequilíbrio da livre concorrência, responsável pela formação do preço do serviço ou produto.

É relevante demonstrar que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência estão vinculados à neutralidade tributária, uma vez que a tributação deve observar de certa forma os mecanismos de funcionamento do Estado. A neutralidade nesse passo apresenta 2 (duas) perspectivas: o aspecto negativo que por conta do equilíbrio econômico e financeiro no mercado não há necessidade de intervenção do Estado na relação privada; o aspecto positivo onde para manter o equilíbrio no mercado é necessário a intervenção estatal.

Com a finalidade de restabelecer o equilíbrio no mercado e assegurar a manutenção da igualdade entre os agentes econômicos, o Estado deve preservar a neutralidade concorrencial e tributária por meio de sua intervenção, bem como adotar ações que permitam a retomada do equilíbrio lesionado.

Observa-se que em relação ao desequilíbrio econômico, em determinados casos, torna-se indispensável a intervenção estatal para restabelecer o equilíbrio econômico e financeiro. Algumas situações o Estado não deverá intervir, porém, em outras situações para conseguir a espontaneidade e funcionamento do mercado, garantir a eficiência e assegurar condições iniciais de igualdade, o Estado deverá intervir não deixando de averiguar a relação entre o mercado, a justa oportunidade e a igualdade de liberdades de cada caso real.

Nos casos em que a tributação venha afetar a livre concorrência será necessário o uso da neutralidade tributária, para que o Estado venha a intervir e equilibrar o mercado econômico e financeiro, resguardando os agentes econômicos envolvidos e proporcionando a todos a liberdade de escolha em relação ao mercado.

Entretanto, afirma-se que uma democracia, para que se tenha a igual liberdade, é necessário, além da inexistência da interferência do Estado no mercado econômico, que se assegurem oportunidades apropriadas, possibilitando condições iguais a todos, a fim de que possam escolher, dentre diferentes modelos de vida, o mais

adequado para cada um. Após uma breve análise a respeito da neutralidade, faz-se necessário verificar a postura do STF em relação ao princípio da neutralidade tributária no RE 773992/BA.

Em relação ao caso em exame, o debate gira em torno da cobrança do Imposto e Propriedade Territorial Urbana - IPTU sobre a atividade desempenhada pela ECT em que por um lado o Município de Salvador considerava devido o pagamento do tributo, pois entendia que a ECT, além de exercer atividades essenciais, exerce atividades de exploração econômica que abrangem serviços de iniciativa privada sob o regime concorrencial.

Por outro lado, a entidade argumentava que não era devido o tributo, por ser uma empresa pública que presta serviço público, cuja principal atividade é o envio de cartas e correspondências para todo o Brasil, atividade que é exclusiva do Estado e indispensável à população brasileira, sendo a empresa beneficiária da imunidade tributária recíproca, em virtude de as sociedades de economia mista e as empresas públicas fazerem parte da Administração Pública Indireta, exercendo os serviços públicos destinados aos entes federativos.

Analisando o caso em tela, verifica-se a divergência de opinião entre os Ministros em relação à concessão ou não da imunidade tributária. Na decisão foi destacada que, a ECT não teria direito ao benefício, por se tratar de serviço prestado por entidade com fins econômicos. Essa afirmação traz para o debate o fato de que caso fosse concedida a imunidade tributária recíproca à empresa, essa estaria se privilegiando e obtendo vantagem competitiva em relação às atividades que a mesma disputaria com as empresas de iniciativa privada.

Para outros Ministros, o benefício deveria ser abrangido também às sociedades de economia mista e às empresas públicas que prestam serviço público, já que a empresa é prestadora de serviço público de prestação obrigatória, contínua e exclusiva do Estado, enquadrando-se na Administração Pública Indireta, conforme previsão legal no artigo 4º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200/67.

O Tribunal, com o propósito de assegurar a livre iniciativa e a livre concorrência aos cidadãos, relata que o Estado em algumas situações intervém no caso em comento para trazer de volta o equilíbrio necessário ao mercado econômico e

financeiro e garantir uma vida boa a todos os indivíduos. Assim, no caso concreto, a Suprema Corte decidiu alargar o entendimento da imunidade recíproca à empresa pública que presta serviço público, levando em consideração a livre concorrência e livre iniciativa.

O que se observa é que no caso específico o STF buscou garantir o benefício tributário à ECT pelo fato de a entidade prestar serviço público tendo como atividade principal o envio de correspondências e cartas para todo o território brasileiro, serviço este considerado pela CF/88 como exclusivo do Estado e indispensável à população brasileira por trazer um bem-estar ao povo brasileiro.

Outro argumento favorável à concessão do benefício tributário foi em relação ao serviço de correspondência desempenhado pela ECT, que em virtude de a entidade ser considerada uma empresa pública, ela deve prestar o serviço em todos os lugares do Brasil, já que está enquadrada como atividade submetida ao regime de monopólio, serviço esse diferente do que ocorre com as empresas da iniciativa privada.

Ocorre que a concessão do benefício tributário à recorrida poderia ser compreendida como ilegal, pois a ECT, além de prestar serviço cuja atividade é considerada essencial, também exerce atividade econômica com obtenção de lucro, auferindo vantagem desleal em relação às demais empresas privadas do mesmo ramo de atividade, ocorrendo crime contra a ordem tributária, conforme previsão legal nos artigos 150, inciso VI, alínea “a” e § 2º e § 3º; 173, § 2º e 177 da CF/88. Entende-se que o STF, de acordo com o artigo 173 da CF/88, errou em aprovar a imunidade recíproca à ECT, tendo em vista que a imunidade tributária recíproca ocasionou um desequilíbrio concorrencial ao mercado econômico e financeiro, favorecendo aos Correios vantagem competitiva às atividades provenientes da iniciativa privada.

Acrescente-se que no caso em comento o Tribunal não deveria ter reconhecido o subsídio cruzado e, por consequência, estender o benefício tributário à ECT, devendo, no entanto, incidir a cobrança do IPTU sobre os imóveis de propriedade da recorrida, já que sua atividade é predominante econômica, concorrendo com as empresas privadas e desequilibrando o mercado econômico e financeiro.

CONCLUSÃO

Atualmente a discussão acerca da neutralidade da tributação em termos nacionais estão ganhando importância por conta da preocupação em relação aos efeitos nocivos que a referida tributação possa causar no equilíbrio da concorrência.

Com o intuito de compreender a capacidade contributiva foi indispensável entender a respeito do princípio da livre concorrência, estando o princípio previsto no artigo 170 da Constituição Federal de 1988 como um dos princípios da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como principal objetivo assegurar a todos uma existência digna proporcionando ao mercado econômico a possibilidade de os cidadãos concorrerem em iguais condições a um fim determinado. No entanto, o Estado atuará como agente normativo e regulador, tentando reprimir o abuso de poder econômico, como também garantir a ordem no Estado Democrático de Direito.

De acordo com o referido princípio, o Estado tem o dever de manter a neutralidade da tributação em relação à concorrência, trazendo consigo a necessidade de proteger a igualdade de condições no mercado, garantindo uma democracia estável.

Em relação ao princípio da isonomia esse está previsto entre os direitos fundamentais dispostos no artigo 5º, *caput* da CF/88 tendo como objetivo distribuir a carga tributária de acordo com a capacidade econômica individual do contribuinte, procurando uma forma adequada sem desprezar as diferenças em relação a condição econômica do cidadão.

Assim, após o estudo do tema proposto foi feita uma análise jurisprudencial da livre concorrência, ordem econômica e uma abordagem crítica da neutralidade tributária no Brasil em um caso com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal – STF: Recurso Extraordinário – RE 773992/BA. Tinham como partes o Município de Salvador e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e como controvérsia jurídica a definição se a cobrança por parte do Município de Salvador relativo ao Imposto e Propriedade Territorial Urbana - IPTU sobre a atividade desempenhada pela ECT seria considerada lícita ou não, haja vista que esta empresa é considerada pública e presta serviço público, motivo pelo qual a referida empresa até aquela data

estava contemplada pela imunidade tributária recíproca, tendo como previsão normativa o artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988.

A Suprema Corte entendeu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT fazia parte da Administração Pública Indireta, ocupando os serviços públicos na qual seriam destinados aos entes federativos, que por sua vez estavam vinculados ao Estado figurando como prestadora de serviços públicos, cuja a prestação seria obrigatória e contínua, sendo o serviço de correios e telégrafos exclusivo do Estado, em que fazia jus a imunidade recíproca conforme estipula o artigo 150, inciso VI, alínea a da CF/88.

O debate girava em torno da cobrança do Imposto e Propriedade Territorial Urbana - IPTU sobre a atividade desempenhada pela ECT em que por um lado o Município de Salvador considerava devido o pagamento do tributo, pois entendia que a ECT além de exercer atividades essenciais exercia atividades de exploração econômica que abrangia serviços de iniciativa privada sob o regime concorrencial. Por outro lado, a entidade argumentava que não era devido o tributo por se tratar de uma empresa pública que prestava serviço público, cuja sua principal atividade era o envio de cartas e correspondências para todo o Brasil, atividade que seria exclusiva do Estado e indispensável à população brasileira.

Assim, no caso concreto, a Suprema Corte decidiu afastar a neutralidade tributária e conceder a imunidade recíproca ao desempenho de todas as atividades desenvolvidas pela recorrida, subsidiando mediante os subsídios cruzados abaixo do preço para prestar o serviço a todo território nacional. Constatou-se que a partir do momento em que o STF afastou a neutralidade tributária e concedeu a ECT o subsídio cruzado e conseqüentemente a imunidade recíproca, trouxe o desequilíbrio artificial da concorrência pela intervenção do mercado econômico e financeiro, fato esse em que permitiu a ocorrência de diferentes regimes jurídicos entre agentes econômicos que estão na mesma situação.

Entende-se que em relação a concorrência, a conduta do STF no julgado RE 773992/BA não trouxe uma tese coerente ocorrendo um prejuízo e um mal-estar a um maior número de pessoas, desequilibrando assim o mercado financeiro e econômico e desestabilizando a justa oportunidade e livre concorrência, não propiciando a

expansão da economia e o bem-estar social, e sim, prevalecendo o interesse individual ou de um grupo de pessoas.

Quanto a conduta utilizada no tocante a capacidade contributiva, livre concorrência, percebe-se que o STF de acordo com o artigo 173 da CF/88 errou em aprovar a imunidade recíproca à ECT, tendo em vista que a imunidade tributária recíproca ocasionou o desequilíbrio concorrencial ao mercado econômico e financeiro favorecendo aos Correios vantagem competitiva as atividades provenientes da iniciativa privada. De tal modo, a decisão teria argumentos mais ricos se os Ministros tivessem abordado em seus votos e no relatório final o princípio da livre concorrência e da neutralidade tributária relacionando tais princípios ao caso concreto.

Sendo assim, para que tenhamos um avanço significativo no desenvolvimento econômico no Brasil é necessário que o STF respeite a ordem econômica, que estão vinculados aos fatos concretos advindo dos fatores econômicos, não esquecendo a ideologia liberal que está implantada na ordem econômica por meio da relação jurídica privada, em que o próprio cidadão revalida as regras e os princípios de forma voluntária e a ideologia intervencionista em que o Estado, pensando no bem comum, interfere na relação jurídica privada para garantir a ordem e melhores condições aos cidadãos, concedendo igualdade de oportunidades a todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Propriedade Industrial frente à Concorrência Desleal**. In: SIMIÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton (Coord.). Direito Empresarial Contemporâneo. 2. Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BALEEIRO, A. **Direito tributário brasileiro**. 11.ed. Atualização e complemento de Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

BORGES, José Souto Maior. **Princípios da isonomia e sua significação na Constituição de 1988**. Revista de Direito Público, nº 93, ano 23, p.34-40, jan/mar, 1990.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>.> Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Informativo Semanal nº 597 STF. Brasília, DF, Senado Federal, 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4469716&numeroProcesso=773992&classeProcesso=RE&numeroTema=644> > Acesso em: 05 set. 2021.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

GIARDINA, Emilio. **Le basi teoriche del principio dela capacità contributiva**. Milão:Dott. A. Giuffrè, 1961.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso A.B. **Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas**, Revista Trimestral de Direito Público 1/80, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SIQUEIRA, N. S. **Tributação e neutralidade no estado democrático de direito**. 2011. 272 f. Tese (doutorado) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza. 2011.

SODRÉ FILHO, Antônio C. de Azevedo. **Comentários à legislação antitruste: direito econômico, defesa da livre concorrência**. São Paulo: Atlas, 1992.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ZEGER, Arthur. **Mercado e Concorrência: Abuso de Poder Econômico e Concorrência Desleal**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, 2010. Disponível em: Acesso em: 08 out. 2021.