

Tributação e Concorrência

Renault de Freitas Castro

Presidente Executivo

Abралatas – Associação Brasileira dos Fabricantes de Latas de Alta
Reciclabilidade

Mesa de Debates do Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da
Fiesp/Ciesp – 19 de março de 2015

**As opiniões expressas nessa apresentação
não representam necessariamente o
pensamento da Abралatas.**

Resumo da apresentação

Objetivos: apresentar casos em que a tributação interfere na concorrência entre produtos, em prejuízo da eficiência econômica e até do cumprimento da Constituição.

Casos do ICMS (cerveja), do IPI e PIS/Cofins (embalagens para bebidas) e do Imposto de Importação (chapas de alumínio) como fatores de desequilíbrio concorrencial.

Tributação sustentável: Papel dos tributos na busca do desenvolvimento econômico ambientalmente sustentável.

ICMS SOBRE CERVEJAS

Introdução

Direito Tributário: Imposto deve ser (dentre outras características)

- Neutro (mínima interferência na alocação de recursos, e.g. preços etc.);
- Justo (contribuir na proporção de sua capacidade de pagamento);
- Simples (baixos custos administrativos).

Impostos sobre o valor adicionado, como o ICMS e o IPI:

- Diluem carga tributária sobre as várias esferas contribuintes de acordo com valor adicionado (evita concentração da carga em um só estágio da cadeia produtiva);
- Diminuem risco de evasão fiscal.
Ex.: substituição tributária torna imposto multiestágio e antecipa cobrança.

Introdução

- Associações entre importantes cervejarias (final dos anos 1990) despertou curiosidade sobre o tema;
- Cerveja: impostos indiretos tem um peso significativo na composição do preço final;
- Fortes possibilidades de que os mecanismos utilizados pelo Fisco na fase de recolhimento (e não apenas o valor do imposto, em si) acrescentem viés anticoncorrencial;
- Perda de eficiência econômica: bem-estar econômico gerado pela atuação de empresas ou, no caso da concentração, bem-estar que não poderia ser gerado de outra forma.

Introdução

Mecanismos usados pelo Fisco podem:

- Reduzir a neutralidade dos aludidos tributos;
- Penalizar regressivamente o contribuinte (tributação não guarda relação direta com a capacidade contributiva);
- Necessidade de simplificar a arrecadação leva Fisco a introduzir ou ampliar distorções no sistema econômico;
- Estimular a concentração econômica;
- Inobservância a princípios constitucionais e tributários (desdobramentos dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia);

Ex.: fixação da base de cálculo do tributo.

Introdução

- Um desses mecanismos é o regime de substituição tributária:

Fabricante é obrigado a antecipar imposto incidente sobre o restante da cadeia de comercialização, além da própria parte, com base em preço presumido.

Substituição Tributária (ST)

- Facilita o controle sobre a arrecadação em setores onde é mais difícil a fiscalização das vendas, especialmente quando estas são feitas ao consumidor;
- Requer a fixação de uma base de cálculo presumida, fictícia, antecipadamente à ocorrência do fato gerador;
- Requer determinação da base de cálculo para o caso das diversas marcas de cerveja, fabricadas por empresas distintas, que têm diferentes margens de comercialização e diferentes preços ao consumidor, resultantes de suas diferentes posições no mercado;
- Não considera variação do valor tributado em razão do preço real do produto ou do valor da operação.

Substituição Tributária (ST)

- No caso do ICMS da cerveja, a ST torna o imposto regressivo e discrimina marcas de produtos mais acessíveis (penaliza consumidor de menor poder aquisitivo);
- Saem perdendo as cervejarias de menor porte, seus distribuidores e revendedores, sem falar no consumidor;
- Ganham as empresas líderes do setor (escala, escopo e propaganda são fatores relativamente mais importantes do que o preço);
- Preocupação do legislador foi fazer com que a ST se apoiasse em realidades de fato (LC 87/96: preços “usualmente praticados”, “obtidos por levantamento”, “amostragens”, “informações e outros elementos” etc.);
- Mas, preço praticado é o que existe; não é o que o poder público gostaria que existisse” (Estado tem o ônus da prova da representatividade).

Experiências (1998) – Estado do Rio de Janeiro

- Norma da Fazenda estabelece que contribuinte substituto *poderá* recolher o ICMS com base nos *preços sugeridos* pelo Sindicerv, mediante assinatura de acordo com o Estado;
- Os preços, únicos para cada tipo de embalagem do produto, representam média ponderada dos preços ao consumidor, coletados de acordo com Normas;
- Pequenas cervejarias não se sentiam representadas pelo Sindicerv.

Experiências (1998) – Estado de São Paulo

- ICMS pago com base em preço único pré-determinado para cada tipo de cerveja, obtido em pesquisa de mercado realizada pela FIPE, a pedido do Sindicerv;
- Empresas, de pequeno e médio porte, se sentiram prejudicadas e impugnam a Norma por sua ilegalidade;
 - Comprometia o resultado da pesquisa realizada; inobservância à metodologia de cálculo da LC 87/96 e favorecia grandes empresas;
 - Administração não teria técnicas para aplicar a Lei;
 - Como a pesquisa de preços foi feita pelo Sindicerv, deveria ter sido apurado primeiro a margem de valor agregado e, em segundo lugar, o preço de venda, como mandava a Norma; mas Portaria só divulgou os preços de venda ao consumidor;
 - Instituto que realizou a pesquisa afirmou que “...o procedimento adotado pode não refletir exatamente o preço médio real...”.

O preço médio único como base de cálculo: reflexos na concorrência

- A adoção de um preço único como base de cálculo presumida: algumas empresas recolherão o imposto calculado sobre uma base de cálculo superior ao preço final que praticam;
- Peso do tributo sobre quem pratica preços inferiores ao preço médio (base de cálculo presumida) será maior do que para uma empresa que pratique preços acima dessa média;
- Resultado: regressividade tributária, em troca da maior facilidade operacional da arrecadação (desprezo aos princípios que consubstanciam o conceito de justiça no direito tributário);
- Princípio da praticabilidade não pode prejudicar o contribuinte;

O preço médio único como base de cálculo: reflexos na concorrência

- Setor de fabricação de cerveja no Brasil: grande disparidade de capacidade produtiva e de estrutura de distribuição;
- Empresas de menor porte: obrigação de praticar preços menores para permanecer no mercado e para compensar a menor popularidade dos seus produtos (poucos recursos para propaganda etc.): círculo vicioso/perverso;
- Dificuldade de pequenas empresas para competir com grandes mediante diferenciação de produtos as leva a tentar conquistar mercado com preços menores que os das líderes;

O preço médio único como base de cálculo: reflexos na concorrência

- ICMS no regime de substituição tributária contribui para inflacionar os preços e concentrar o mercado;
- Frustra esforços de desenvolvimento e ganho de eficiência das pequenas e estimula a sonegação;
- Para análise antitruste, essas distorções reduzem eficácia do mecanismo de concorrência via preços; aumenta importância de estratégias de concorrência extrapreços e eleva barreiras à entrada e ao crescimento de concorrentes.

Conclusão

- São tão claras as distorções que a atuação do Estado nesse aspecto particular da política tributária parece complacente;
- No caso, a ST introduz viés de grande importância para a concorrência no mercado brasileiro de cerveja, além de produzir efeitos inflacionários e estimuladores de sonegação fiscal;
- Desejável que órgãos de defesa da concorrência atuem em conjunto com as autoridades fazendárias (exemplo: Comissão Europeia no tratamento e regulação dos chamados auxílios estatais).

IPI E PIS/COFINS SOBRE EMBALAGENS PARA BEBIDAS FRIAS

- Lei nº 10.833/2004: cobrança do PIS e COFINS das indústrias de cervejas e refrigerantes foi parcialmente antecipada para o elo anterior da cadeia de produção (fabricante de embalagens passou a ser contribuinte substituto);
- Finalidade: assegurar recebimento;
- O industrial de bebidas neutralizava o encargo da antecipação com crédito tributário;
- Para aqueles que não cumpriam com obrigações fiscais a antecipação tornou-se um custo definitivo;
- Valores das antecipações: para cada tipo de embalagem, como proporção do valor das contribuições que seriam devidas na venda da bebida;

- Embalagens não-retornáveis (*long neck*, lata e PET): antecipação correspondente a uma única operação de venda da bebida;
 - Embalagens retornáveis (garrafas de vidro): correspondente à soma dos débitos das repetidas vendas nas quais a embalagem fosse utilizada (média de 10 retornos, aparentemente subestimada);
 - Inicialmente, valor das antecipações era fixo, por tipo de embalagem (até 2008), o que gerava distorções;
 - A partir de 2009, aparente aperfeiçoamento: antecipações com base no preço das bebidas, apurado em pesquisa nacional, por espécie de produto, pelo tipo e tamanho da embalagem e a marca comercial da bebida; alta complexidade;
-
- Novo critério aumentou valor das antecipações e introduziu profundas distorções, além de desequilíbrio concorrencial;
 - Lata foi muito prejudicada e seus concorrentes diretos fortemente beneficiados;
 - Examinadas todas as possibilidades (FGV/RJ), não se identificou qualquer fundamento;
 - Lata para cerveja passou a pagar 5 vezes mais que *long neck* (antes eram iguais);
 - Antecipação para lata aumentou em 26% e PET reduziu em 70%;
 - Concorrente direto da lata no caso de refrigerantes, PET de 600ml, foi duplamente beneficiado:
 - 1) como embalagem, antecipação em valor inferior à quarta parte daquele cobrado da lata;
 - 2) como bebida, por que PET 600 ml permaneceu na mesma Tabela do PET 2 litros, cujo preço por litro é significativamente menor.

- Vidro retornável para cervejas e refrigerantes: antecipação reduzida em 92%;
- Deixou de existir correlação entre valor da antecipação cobrado na aquisição da embalagem com o valor posteriormente devido na venda da bebida naquela embalagem;
- Não há transparência; critérios não são previamente discutidos e nem são divulgados;
- Solução reivindicada pela Abralatas e pequenos produtores: preço efetivo como base de cálculo; sistema *ad valorem*;
- Isso finalmente ocorreu em dez2014!

IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO SOBRE CHAPAS DE ALUMÍNIO

- Comércio exterior. Objetivo de medidas de proteção à indústria:
 - Possibilidade de a indústria doméstica sofrer perdas decorrentes de importações;
 - Proteção à indústria nacional incipiente para que essa encontre condições para se desenvolver ou, no caso de uma indústria já consolidada, que continue se desenvolvendo;
 - Correção de falhas de mercado.
- Importações: remédio contra o exercício de poder de mercado;
- Medidas de proteção podem atuar nas duas frentes da defesa da concorrência : controle das estruturas e controle das condutas;
 - Gerar efeitos análogos aos de condutas anticompetitivas;
 - Criar posição dominante (controle unilateral ou coordenado das condições de mercado ou mais de 20% do mercado relevante).

Caso concreto

- Interesse da Abrelatas: as chapas representam cerca de 70% do custo de produção das latas de alumínio para bebidas;
- Novelis é a única fabricante de chapas de alumínio na América do Sul;
 - Está no Brasil há mais de 20 anos e, portanto, não pode ser considerada uma indústria nascente que demanda proteção tarifária;
 - É uma das mais eficientes do mundo;
 - Tem plenas condições de concorrer em igualdade de condições de preço e qualidade com qualquer fabricante de chapas do mundo;
 - Mesmo assim, é protegida por uma TEC de 12%;
 - A indústria de latas de alumínio é a principal cliente da Novelis.

Sobre o monopólio

- Em bom economês: maximização de lucro do monopolista resulta em preços mais elevados e em menores quantidades produzidas do que em mercados competitivos (consumidores perdem em relação a uma indústria organizada competitivamente);
- Permite restringir crescimento da oferta e administrar preços a fim de maximizar seu lucro (*proxi* de poder de mercado);

Resultado do monopólio para o mercado brasileiro de chapas de alumínio:

- Perda de bem-estar dos consumidores diretos e indiretos desse produto; e
- Perda de eficiência decorrente do monopólio.

Poder de mercado da Novelis

- Quanto maior for a participação das importações e/ou a possibilidade de importar, menor a probabilidade de exercício de poder de mercado;
- TEC de 12% das chapas elimina possibilidade de contestação do exercício de poder de mercado por meio de importações;
- Redução da TEC, no caso, reduziria o preço internalizado das chapas para níveis que tornariam o aumento das importações importante para contestar poder de mercado;
- A falta de competitividade das importações como elemento de contestação do poder de mercado do produtor monopolista permite: a manutenção de preços mais elevados; menor volume de produção e de qualidade em relação a mercados competitivos.

Decisão do Cade

- Pleitos da Abralatas à CAMEX não foram atendidos.
- Abralatas se manifestou em Ato de Concentração decorrente de mudança do controle mundial da Novelis pedindo manifestação sobre a compatibilidade da tarifa elevada com o monopólio;
- Voto do Conselheiro Relator (Paulo Furquim), aprovado por unanimidade:
 - Primeiro semestre de 2004: um dos tipos de chapa foi incluído na Lista de Exceções à TEC (12% para 8% por um ano), sem impacto sobre preços devido aos longos prazos dos contratos (permitindo que se presumisse que redução teria que ser bem maior para reduzir margem de conforto);
 - Havia indícios de exercício de poder de monopólio por parte da Novelis;
 - Redução da tarifa não implicaria necessariamente aumento de importações, mas faria surgir pressão competitiva sobre a Novelis, com aumento das eficiências; e
 - Tarifa de 12% representa proteção excessiva para a Novelis.

Ementa e voto

EMENTA: Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Aquisição de ações. Hipótese de subsunção prevista no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 – faturamento. [...] **Advocacia da concorrência. Indício de precificação de monopólio. Recomendação à CAMEX quanto à oportunidade de se reduzir a tarifa de importação das chapas de alumínio. (Grifei)**

Conclusão do voto

Em vista desses indícios, é desejável a **adoção de medidas** que possam **ampliar o espaço concorrencial no mercado de [chapas]**, e uma das medidas eficientes para se atingir este objetivo é a **redução da Tarifa Externa Comum** aplicável às referidas chapas de ligas de alumínio.

Atendendo ao papel de advocacia da concorrência, **recomendo a expedição de ofício à Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) e à SEAE**, no sentido de sugerir que estas examinem a oportunidade e a conveniência de o Brasil adotar posição nos foros competentes do MERCOSUL **para a diminuição da Tarifa Externa Comum de chapas de ligas de alumínio** classificadas nas posições NCM/SH 7606.12.10 e 7606.12.90.

- A Camex não considerou a manifestação do CADE.

Conclusão

- É necessário que haja cooperação institucional entre o Cade e a Camex;
- Medidas de defesa comercial devem ser transparentes (até há pouco não se podia conhecer justificativas ou fundamentação) e precedidas de análise antitruste;
- Avaliação de medidas já adotadas também devem considerar antitruste.

TRIBUTAÇÃO SUSTENTÁVEL

- Consciência mundial de que a sobrevivência das futuras gerações depende do enfrentamento das grandes questões ambientais;
- Evento Abralatas 2014: sustentabilidade e mudança climática são a principal pauta da humanidade no século XXI;
- Se não houver mudança na estrutura de incentivos da economia, não vamos caminhar na direção que desejamos para reduzir a ameaça para a sociedade;
- O incentivo mais eficaz é aquele percebido pelo bolso dos agentes econômicos;
- Tributação talvez seja a forma mais indicada de incentivar a produção e o consumo a seguirem padrões sustentáveis;

- Complementos: maior valorização de efeitos (externalidades) positivos relacionados a padrões sustentáveis na avaliação de condutas ou de concentrações de empresas, ou maior reconhecimento da importância desses padrões como indicadores de eficiência econômica;
 - Ex.: opinião da Receita sobre efeito do índice de reciclagem na tributação de latas de alumínio para bebidas;
 - Ex. de valorização de externalidades:
 - Várias possibilidades de gerar energia elétrica: via carvão mineral é mais barata do que eólica; por isso a China usa carvão;
 - Problema: impacto ambiental não é contabilizado; se fosse, situação se inverteria; sistema de preços não incorpora impacto ambiental.
- Se isso não for corrigido, consequências serão muito graves;
- Custos não podem ser apenas monetários; tem que ser custos reais; “tributação sustentável” é uma solução;
- Os preços relativos têm que mudar.

Ayres Britto:

- Constituição, art. 170, da ordem econômica e financeira:
 - A ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes **princípios**:
 - Soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor etc., e o que mais interessa, **defesa do meio ambiente, não como regra, mas como princípio.**
- Valores que são intrinsecamente meritórios, favorecem todos indistintamente. “Os princípios estão para o Direito assim como os valores estão para a Filosofia, e os bons-costumes estão para a Moral”;
- É dizer, defesa do meio ambiente, **inclusive** mediante tratamento diferenciado, leia-se, “**sobretudo** mediante tratamento favorecidamente diferenciado”, conforme o impacto ambiental;
- E esse princípio (meio ambiente) incorpora a tributação;

- Quando se lê a Constituição sobre o IPI e sobre o ICMS, percebe-se que o Estado tem a obrigação – e não benevolência, boa vontade, discricionariedade – de dar tratamento favorecido em função da essencialidade e da seletividade do produto;
- E a Constituição diz que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial;
- **Proposta da Abralatas: adotar escala segundo o impacto ambiental de produtos e serviços, via ACV, pegada de carbono etc. e dotar a Receita e outros órgãos dessa “régua” de sustentabilidade.**

Conclusão geral

- Na oportunidade de uma reforma tributária: o atendimento aos princípios do direito tributário deve considerar os valores da livre concorrência e da livre iniciativa;
- É necessário que haja cooperação institucional entre o Cade, a Receita e a Camex;
- Medidas de defesa comercial devem ser transparentes (até há pouco não se podia conhecer justificativa ou fundamentação) e precedidas de análise antitruste;
- Avaliação de medidas já adotadas também devem considerar antitruste;
- Impactos ambientais devem integrar rol de “eficiências” na análise antitruste e na política tributária, reconhecidos e valorizados como externalidades positivas.

OBRIGADO!

renault.castro@abralatas.org.br