

Ílícitos tributários podem ser também ilícitos concorrenciais



João Grandino Rodas
Advogado, economista e professor

O artigo 36 da Lei 12.529/11 insere-se no âmbito repressivo das condutas

anticoncorrenciais, na medida em que elenca, exemplificativamente, ações que, se objetivarem ou forem aptas a causar efeitos danosos à concorrência, poderão ser consideradas infrações à ordem econômica.

Tem-se aventado, com frequência, se ilícitos tributários, violações à propriedade intelectual e ilegalidades trabalhistas, em determinadas circunstâncias, são passíveis de tornarem-se, também ilicitudes antitruste, sendo passíveis de exame por parte dos órgãos de defesa da concorrência^[1].

Embora existam julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) que consideram tuteladas pela legislação concorrencial, comportamentos restritivos à entrada em dado mercado, o tema em tela deve ser solidificado. Por seu turno, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) instaurou procedimento contra a Eli Lilly do Brasil e outra, em 2011, em razão da imposição de barreiras artificiais à concorrência, devido ao ingresso de numerosas ações judiciais contra instituições públicas, buscando exclusividade na comercialização de medicamento, em detrimento de potenciais concorrentes. Reconhecida a abusividade no direito de petição, a empresa foi multada exemplarmente.

O nó górdio da questão está em quais parâmetros o Cade se basearia para considerar um ilícito tributário, uma ilegalidade trabalhista ou dada violação concorrencial como incorrendo, igualmente, em violação ao direito antitruste.

No que tange às violações tributárias e seus efeitos concorrenciais, importa constatar que a carga tributária no Brasil supera em muito à dos países em desenvolvimento, equiparando-se à dos países desenvolvidos. Há setores fortemente tributados, como a indústria de combustíveis e a de cigarros, que alcançam, respectivamente, 50% a 75%. Daí o surgimento de empresas mormente nesses segmentos, altamente lucrativas, por não competirem lealmente no mercado, mas fazerem do não pagamento de tributos seu modelo de negócio. Tais empresas continuam a proliferar, inobstante providências judiciais, como execuções fiscais; e medidas outras, como cassação de inscrição estadual.

A seguir, sumariam-se ações judiciais paradigmáticos, relacionadas com o assunto em questão.

1. Ação cautelar proposta pela American Virginia Indústria e Comércio Importação e Exportação de Tabacos, buscando efeito suspensivo a recurso extraordinário, admitido originalmente.

Em 2005, a Secretaria da Receita Federal (SRF) deu início a processo fiscal com o intuito de verificar a existência de condições para manter o registro especial, previsto pelo Decreto-lei 1.593/77, anteriormente obtido pela empresa, indispensável para fabricar e comercializar cigarros. De acordo com o artigo 2º, inciso II, desse Decreto-lei, o registro especial pode ser cancelado em razão de incumprimento de obrigação tributária principal ou acessória. A SRF havia concedido à empresa prazo decendial para pagar os débitos existentes, incluso os com exigibilidade suspensa. Face a isso, a empresa interpôs a ação cautelar preparatória acima referida, com o fito de ver respeitado seu direito ao livre exercício de atividade econômica lícita. Fundamentou, então, que se trataria de sanção política, consistente em coação para o cumprimento de obrigações tributárias.

A ação principal, ajuizada posteriormente e julgada procedente em primeira instância, foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 2º Região, por considerar a exigência de regularidade fiscal, como válida, por ter sido recepcionada pela Constituição Federal.

O relator, no Supremo Tribunal Federal, ministro Joaquim Barbosa, para preservar o resultado útil do processo, concedeu a liminar pleiteada pela empresa. Redigiu o acórdão o ministro Cezar Peluso, que havia sido contrário à concessão da liminar e subscrevera voto divergente. Para este magistrado seria o caso de se reconhecer o *periculum in mora* reverso “consistente na exposição dos consumidores, da sociedade em geral e, em particular, da condição objetiva da livre concorrência, ao risco da continuidade do funcionamento de empresa para tanto inabilitada.”

Lembrou em seu voto que o não recolhimento de IPI, na base de 70%, possui reflexo superlativo no lucro da empresa. Por ser a indústria de tabaco objeto de cuidados próprios, é justo que as empresas devedoras de tributos tenham cancelado o registro especial, cuja natureza jurídica é de verdadeira autorização. A atuação da Fazenda, cancelando o registro, não implicou em violação de um direito subjetivo da autora, mas apenas a impediu de desfrutar de posição de mercado conseguida por meio de vantagem competitiva abusiva, isto é, pelo não-recolhimento reiterado de tributo devido “como instrumento de apropriação e acumulação de vantagens competitivas indevidas”.

Não se trata de sanção política, pois o cancelamento ocorreu por descumprimento substancial, reiterado e injustificado de obrigação: (i) existiu justificativa extrafiscal para a exigência da regularidade tributária, que é proporcional e razoável à vista do mercado concentrado da indústria de cigarros; (ii) não se trata da simples imposição de limitações à atividade lícita em débito com a Fazenda, e sim de comando pré-ordenado também ao resguardo de valor constitucional de igual importância, a livre concorrência; (iii) os precedentes anteriores do STF cuidam de restrições arbitrárias e sem justo fundamento, o que, como se viu, não é o caso; e (iv) não houve a adoção de medidas coercitivas para cobrar tributos, ao contrário do alegado.

Disse o ministro Lewandowski, em seu voto: “... o descumprimento injustificado e reiterado de obrigações tributárias principais e acessórias por parte da recorrente acarreta notória distorção no sistema

concorrencial do mercado tabagista, na medida em que lhe permite comercializar os seus produtos em patamar de preço inferior ao de seus concorrentes. A liberdade de iniciativa, como se sabe, não é absoluta, encontrando limites, dentre outros, no princípio constitucional da livre concorrência, do qual é serviente, e que se encontra protegido por diversos diplomas legais, arsenal do qual faz parte também o Decreto-Lei 1.593/77”. (...) “... estamos diante de uma macrodelinquência tributária reiterada. São firmas que se dedicam a essa atividade de forma ilícita, na clandestinidade. Quando o Fisco fecha uma dessas empresas, imediatamente outra é reaberta, e assim sucessivamente, sem pagar o IPI, numa concorrência absolutamente predatória. Não estamos diante de uma situação normal em que a empresa que atua licitamente merece toda a proteção constitucional.”

2. O Partido Trabalhista Cristão (PTC), em 2007, protocolou ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 3.952, contra mudanças legislativas (artigo 1º da Lei 9.822/99, na parte em que deu nova redação ao artigo 2º, inciso II, do Decreto-lei 1.593/77; e artigo 2º e seu parágrafo 5º, inserido pela Medida Provisória 2.158-35/2001) que haviam facultado ao Secretário da Receita Federal cancelar sumariamente o registro especial necessário ao funcionamento das empresas tabagistas, por descumprimento de obrigação tributária. O voto proferido pelo relator, ministro Joaquim Barbosa, em 2010, foi pelo provimento parcial da ação, tendo fixado requisitos para cassar o registro das empresas: (i) a sanção não será política e, portanto, permitida constitucionalmente, se os créditos tributários exigíveis e não pagos forem irrelevantes ao porte das atividades da empresa; (ii) o devido processo legal permear o controle da validade da punição; é (iii) também permear o controle da validade dos créditos tributários. Disse textualmente o ministro relator: “o cancelamento do registro especial em função de graves circunstâncias criminais pressupõe o trânsito em julgado da decisão que as reconheça. Em sentido diverso, o cancelamento do registro em função de mero inadimplemento, não ponderado expressamente pelo texto legal, permite que se proíba o exercício da atividade econômica, antes que se conclua o controle do ato administrativo ou do advento da decisão judicial que venha a confirmar a circunstâncias autorizadas do fechamento do estabelecimento.”

Houve afirmações importantes de outros julgadores, durante o julgamento, antes que ele fosse suspenso, por pedido de vista da ministra Carmen Lúcia; suspensão essa que perdura. O ministro Cezar Peluso lembrou envolver o caso outros valores constitucionais — livre iniciativa e livre concorrência — e afirmou que “não se trata de um caso tributário qualquer, trata-se de um caso singular em que o não pagamento desse imposto pode comprometer a livre concorrência”. Para o ministro Celso de Mello, o caso dependerá da edição de lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea a), da Constituição Federal, que abra possibilidade de tratamento diferenciado e “que beneficie as empresas que cumprem as suas obrigações tributárias e se mostram, quanto ao exercício da atividade empresarial, em harmonia com os grandes princípios que estruturam a ordem econômica do nosso país”.

3. Em sede de Recurso Extraordinário — 550.768 —, interposto pela American Virginia contra decisão do TRF-2, o STF manteve a decisão desse tribunal, que considerou constitucional regra vinculativa da concessão de registro especial para a fabricação e comercialização de cigarros, à regularidade da situação fiscal da empresa. Essa decisão anulatória do registro da American Virginia transitou em julgado em 2016. Essa empresa sustentara, no citado recurso, que a vinculação da concessão ou manutenção do registro especial ao cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, pela SRF, constituía violação dos direitos constitucionalmente consagrados, de liberdade de trabalho, de comércio e de indústrias, além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por maioria, o Plenário seguiu o voto do relator, ministro Joaquim Barbosa, que entendia ser constitucional a cassação do registro especial, desde que observados alguns requisitos. Ficaram vencidos os ministros para os quais o fechamento da empresa seria uma espécie de sanção política.

Para o ministro Gilmar Mendes, no setor de fabricação de tabaco, os limites sempre foram de difícil previsão e os reconhecidos malefícios à saúde “sempre foram usados para justificar a intervenção estatal”. Segundo seu voto, a disposição do Decreto-Lei 1.593/1977 “serve apenas para onerar as regras tributárias” de um segmento econômico específico e, por isso, tem natureza de sanção política. Assinalou, também, que a jurisprudência do STF (Súmulas 70, 323 e 547) “rechaça a utilização de meios oblíquos” para forçar o contribuinte ao recolhimento de tributos.

À guisa de considerações finais, com relação aos ilícitos tributários, deve ser considerado pelos órgãos de defesa da concorrência o caso American Virginia, que fixa como parâmetro a ser considerado pelo órgão antitruste: de um lado o contribuinte que legitimamente discute seus impostos; e de outro, aquele que, ao contrário, sequer pode ostentar condição de contribuinte por deliberadamente não pagar qualquer imposto. É o caso do pseudo empresário, que baseia sua atuação em atividade fraudulenta, colocando os seus concorrentes em expressiva desvantagem. *Mutatis mutandis*, considerações análogas devem embasar a questão no referente aos ilícitos trabalhista e de propriedade intelectual.

[1] Rodas, João Grandino, *Impactos concorrenciais de ilícitos tributários e a possível intervenção do CADE*, Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial ETICO, dezembro de 2017, 21, Ano 14, p. 34/38.

Date Created

08/02/2018