

O Cade e os impactos concorrenciais de práticas tributárias



João Grandino Rodas
Advogado, economista e professor

Embora em última análise o direito seja uno, por várias razões encontra-se

dividido em vários ramos. No momento, interessam-nos os ramos concorrenciais e o tributário e suas possíveis interfaces, as quais têm sido pouco exploradas.

Por iniciativa do Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (Cedes), em março de 2018, foi realizada mesa científica, para perquirir a possibilidade de o contribuinte (agente privado), que pratica evasão fiscal intencional – não recolhimento ou recolhimento a menor de tributos devidos, por meio de conduta proibida por lei -, ser também considerada infração à ordem econômica, abrindo a possibilidade de o Cade atuar^[1]. Por recomendação da referida mesa, o Cedes patrocinou pesquisa científica, realizada sob a coordenação de Vinicius Marques de Carvalho, ex-presidente do Cade e professor do Cedes^[2].

A pesquisa em questão foi dividida em quatro etapas: (i) busca e análise de casos julgados pelo Cade, em que a infração à ordem econômica dissesse respeito, diretamente, à práticas tributárias dos agentes investigados; (ii) levantamento e análise de decisões do poder judiciário e de projetos legislativos, sobre o relacionamento entre concorrência e tributação; (iii) busca e análise de decisões estrangeiras pertinentes; (iv) proposta de filtro para se chegar a infrações à ordem econômica relacionadas à evasão fiscal.

Primeira Etapa

A jurisprudência (administrativa) do CADE foi levantada: **a)** pelo mapeamento de julgados, citados em obras doutrinárias, que versavam sobre o relacionamento, em sentido amplo, entre concorrência e tributação; **b)** pela pesquisa, servindo-se de palavras-chave, na plataforma *online* do CADE – Sistema Eletrônico de Informações (SEI); e **c)** pelo levantamento indireto de precedentes: casos encontrados na leitura dos casos obtidos conforme itens **a)** e **b)**.

Do exame dos precedentes coligidos, derivaram-se as seguintes conclusões: (i) O CADE foi instado a se pronunciar em casos em que questão tributária era aspecto importante; (ii) os órgãos do SBDC, incluindo o CADE, sempre afirmaram serem incompetentes para decidir sobre a licitude dos benefícios fiscais acima mencionados; muito embora não se tenham negado a analisar infrações à ordem econômica, porventura delas resultantes; (iii) O CADE não efetuou condenação por ofensa à ordem econômica com fundamento direto em prática tributária dos agentes investigados e (iv) a observação das condutas pelo CADE foi realizada, na maior parte dos casos, pela perspectiva de preços predatórios.

Segunda Etapa

Buscou-se na verificação de julgados exarados por tribunais brasileiros, elementos que pudessem contribuir ao exame da atuação do CADE, quando estivessem em jogo práticas tributárias. Relativamente ao poder legislativo, são de interesse, de um lado, as propostas de regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal^[3]; bem como, as legislações estaduais que definem “devedor contumaz” e os regimes a ele aplicáveis.

Foram analisadas decisões judiciais que fizeram considerações relevantes acerca dos efeitos concorrenciais de práticas tributárias. Houve tais referências em ações sobre: (i) o cancelamento do registro especial de empresas de cigarros quando verificada a inadimplência fiscal; (ii) a possibilidade de cassação da eficácia de inscrições estaduais de empresas inadimplentes, geralmente do setor de combustíveis e de refrigerantes; assim como a evasão fiscal, consubstanciada pela obtenção de vantagem tributária *vis-à-vis* aos concorrentes, conseguida por intermédio de medidas judiciais.

No concernente às medidas legislativas, foram examinadas as propostas em tramitação no Senado, para regulamentar o citado artigo 146-A da CF: o PLS 284/2017 e o PLS 161/2013. O desfecho dessa regulamentação é favorável à tese da presente Pesquisa, pois os projetos partem do pressuposto de que a tributação realmente impacta na livre concorrência, face aos desequilíbrios concorrenciais desencadeados por agentes econômicos, mormente na sonegação fiscal: “devedores contumazes”. Além disso, tais projetos deixaram entrever a importância de o SBDC, participar da discussão sobre a prevenção de desequilíbrios concorrenciais provocados pela tributação.

Com relação à regulamentação acima referida, alguns estados federados, com o intuito de fundamentar a utilização de regimes especiais de tributação, vêm editando regras, em que se define “devedor contumaz”: Lei 19.665/2017 (Goiás), Decreto 3.864/2016 (Paraná), Lei 13.199/2014 (Bahia) e Decreto 48.494/2011 (Rio Grande do Sul). No debate doutrinário com relação a tais projetos, duas visões se digladiam: aqueles que os consideram instrumentos hábeis para combater a sonegação fiscal e propiciar a livre concorrência; e outros que os têm como ferramentas fiscais para sancionar politicamente contribuintes inadimplentes.

Terceira Etapa

Sob a rubrica “decisões internacionais”, a Pesquisa examinou os “auxílios estatais” na União Europeia; além de casos em que o auxílio em questão possuía natureza tributária: caso Apple (Irlanda), caso Fiat (Luxemburgo) e caso Starbucks (Holanda).

Quarta Etapa

Com base nas análises e conclusões presentes nas três primeiras etapas, chega-se a um filtro apto para identificar infrações à ordem econômica vinculadas, umbilicalmente, à evasão fiscal:

1.Repetição da prática de evasão fiscal; 2. Mercado de alta tributação e baixa margem de lucro; 3. Aumento significativo da participação em dado mercado relevante analisado; 4.Correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva; e 5.Verificação de dano efetivo à concorrência.

Reiteração da prática evasiva consiste na utilização continuada de artifícios dolosos, contrários à lei, por parte do agente, afastando, reduzindo ou retardando o pagamento de tributos, inobstante ocorrido o fato gerador. Há dois elementos:(i) ação dolosa para afastar, reduzir ou retardar o implemento da obrigação fiscal; e (ii) a reiteração da prática evasiva. Geralmente trata-se de inadimplência de tributos indiretos: ICMS, IPI, ISS; e de contribuições: CIDE e PIS/Cofins.

O CADE já se pronunciou sobre o mérito de condutas, cuja apreciação se relaciona com a análise de lei, que não a Lei 12.529/2011. Em processo de abuso de direito de petição, o órgão inferiu ter havido infração concorrencial, baseado na interpretação do direito de propriedade intelectual, admitindo sua interface com o direito concorrencial. Com amparo na citada lei, a averiguação de infração à ordem econômica decorre da constatação da existência de efeitos lesivos à concorrência, mesmo que potenciais; não se condicionando ao julgamento de infração tributária ou de outra natureza. Seguir a atual jurisprudência do CADE, que sujeita o exame de infração à ordem econômica, à condenação por infração tributária ou outra é sinônimo de inviabilização, em razão do tempo necessário para tanto.

A acumulação de débitos fiscais, de que deriva proveito concorrencial significativa, corporifica a prática evasiva. Critérios para definir “devedor contumaz”, aventados em leis estaduais, servem como indicação do significado temporal da reiteração.

Quando os tributos não pagos, sistematicamente, por **empresas pertencentes a mercados com alta carga tributária e margem de lucro baixa** – como as de combustíveis e de tabaco -, são transferidos ao preço final do produto ou serviço, impossibilita-se a concorrência das empresas cumpridoras das obrigações fiscais. Por tal razão, é condição essencial para a caracterização da infração à ordem econômica, ter havido o repasse da vantagem tributária para o preço final. A grande probabilidade de ocorrer desequilíbrios concorrenciais em empresas submetidas a tributação alta, aparecem nas propostas legislativas, que pretendem regulamentar o artigo 146-A da CF.

O grande aumento de *market share* caracteriza a infração, por ser evidência direta da conduta causadora de efeitos negativos sobre o mercado. Conforme o artigo 36, § 2º, da Lei 12.529/2011, há presunção de posição dominante, quando empresa ou grupo de empresas puder alterar as condições de mercado ou controlar, ao menos 20% do mercado relevante. fato de, via de regra, as empresas detentoras de posição dominante adotarem comportamento monopolístico, abre a possibilidade de se presumir dano ao mercado.

É necessário que o **aumento da participação de mercado tenha correlação com o proveito obtido com a prática de evasão fiscal**. A demonstração dessa relação não é fácil, pois outros fatores – como a eficiência econômica – também causam aumento na participação. Quando, entretanto, o aumento de participação de mercado se dá no contexto de mercado relevante com alta tributação e pequena margem de lucro, a presunção justifica-se. Nesse ambiente, não é possível preço significativamente menor, por parte de um concorrente.

A conduta tributária do agente deve causar dano efetivo à concorrência. São evidências desse dano: (i) o aumento de barreiras à entrada no mercado relevante, causado por entraves resultantes da posição privilegiada da empresa, que se utiliza da evasão fiscal; (ii) exclusão ou deterioração de concorrentes, que ou são alijados por não ter como reduzir suas margens, ou, para se manterem, aderem à ilicitude; e (iii) seleção adversa no mercado, que gera predominância de produtos de má qualidade e de agentes descumpridores da lei.

Durante mesa científica, realizada no passado dia 14 de março, os pesquisadores apresentaram a Pesquisa, seguida de comentários feitos por Polyanna Vilanova (conselheira do CADE), Osvaldo Santos de Carvalho (diretor da Consultoria Tributária da Coordenadoria de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo), Renato Lopes Becho (juiz federal da TRF da 3ª Região e professor da PUC/SP), Phelippe Toledo Pires de Oliveira (procurador-geral adjunto da Consultoria Tributária e Previdenciária da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional) e Alexandre Cordeiro (superintendente-geral do CADE). Oportunamente, serão apresentados a súmula da exposição dos comentaristas e lançada conclusão geral.

[1] A pesquisa foi publicada: Carvalho, Vinicius Marques de *et alii*, “Concorrência e Tributação”, Editora Cedes, São Paulo, 2019, 261 páginas.

[2] Compuseram, ademais, a comissão de pesquisa os profs. Flávio Prol, Marcela Mattiuzzo e Amanda Langanke; bem como o juiz federal e professor Renato Lopes Becho, que atuou como consultor de direito tributário.

[3] Artigo 146-A “Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Date Created

21/03/2019