

Concorrência e tributação

Vinicius Marques de Carvalho, Marcela Mattiuzzo,
Flávio Marques Prol e Amanda Langanke

VMCA





PESQUISA CEDES CONCORRÊNCIA E TRIBUTAÇÃO

Assunto: o presente documento consolida os Relatórios 1, 2 e 3 da pesquisa Concorrência e Tributação, realizada junto ao Cedes. O Relatório 1 teve como objeto a análise crítica da jurisprudência do Cade de casos diretamente relacionados a práticas tributárias dos agentes investigados. O Relatório 2 voltou-se à análise de decisões de cortes brasileiras e de iniciativas legislativas envolvendo a interface entre concorrência e tributação, bem como de decisões internacionais relevantes na matéria. Por fim, o Relatório 3 propôs um filtro para atuação do Cade.

SUMÁRIO EXECUTIVO

O presente estudo busca analisar uma interface até hoje pouco explorada na literatura concorrencial - a relação entre concorrência e tributação. A ideia surgiu no início de 2017, culminando na organização de Mesa Científica no Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (“Cedes”) sobre o tema, da qual participaram representantes dos setores público e privado.

O objetivo foi avaliar a possibilidade de eventuais distúrbios à concorrência decorrentes de práticas tributárias de agentes privados serem caracterizados como infração à ordem econômica, de modo a ensejar a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”). Mais especificamente, o enfoque da pesquisa foi a prática conhecida como evasão fiscal, que faz referência a situações em que o contribuinte, intencionalmente, deixa de recolher os tributos devidos, ou os recolhe a menor, por meio de conduta vedada pela legislação. Para tanto, a pesquisa foi dividida em quatro etapas, cujos resultados são apresentados neste documento.

A primeira delas (**Seção I**) teve como objeto a análise exaustiva da jurisprudência do Cade de casos em que a investigação da ocorrência de infrações à ordem econômica relacionava-se diretamente a práticas tributárias dos agentes investigados. O objetivo dessa primeira etapa foi identificar o modo pelo qual casos

envolvendo tais práticas foram analisados pela autoridade antitruste, para que fosse possível, ao fim, empreender uma análise crítica de tal jurisprudência.

O levantamento da jurisprudência foi feito a partir de três abordagens diferentes, que são detalhadas no Anexo 1. Resumidamente, elas consistiriam em mapeamentos doutrinários de precedentes, em pesquisas processuais no sistema online do Cade e em levantamentos indiretos de precedentes, ou seja, de casos identificados a partir dos itens anteriores.

O resultado da pesquisa demonstra que o Cade já foi provocado a se manifestar sobre uma ampla gama de casos que traziam algum argumento tributário, inclusive de temas que extrapolam o objeto delimitado nesta pesquisa, qual seja, práticas tributárias levadas a cabo por agentes privados. Casos em que a autoridade se manifestou acerca de isenções fiscais, de imunidades tributárias e mesmo do fenômeno da Guerra Fiscal, apesar de mapeadas ao longo deste documento, não são o foco da pesquisa. Feita essa ressalva, a partir do levantamento foi possível concluir que, de fato, na maioria das denúncias o Cade analisou as condutas a ele reportadas sob a ótica de preços predatórios. Contudo, não raramente, esse enquadramento não era consistente com muitas das alegações trazidas pelas partes, havendo casos, inclusive, em que ele foi contestado. Igualmente, houve casos em que outros órgãos do SDBC, além do próprio Cade, admitiram e empreenderam análise diversa à do preço predatório, demonstrando que aquela não é a única perspectiva por meio da qual condutas relacionadas a práticas tributárias podem ser analisadas perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).

Na segunda parte (**Seção II**), o objeto principal foi a análise não exaustiva de decisões de cortes superiores e tribunais brasileiros, bem como de iniciativas legislativas, que abarcaram a relação entre concorrência e tributação. O objetivo dessa segunda etapa foi justamente identificar elementos que pudessem contribuir com o debate acerca da atuação do Cade em relação a práticas tributárias, objeto da primeira parte da pesquisa.

Tanto no âmbito judicial quanto no legislativo, os casos revelam a crescente relevância da figura dos contribuintes conhecidos como “devedores contumazes”, ou seja, das empresas que reiteradamente deixam de pagar tributos. A discussão

frequentemente traz à tona os efeitos nefastos à livre concorrência de práticas tributárias.

Ponderações importantes quanto à correlação entre concorrência e tributação foram feitas pelo Judiciário quando provocado a se manifestar sobre práticas tributárias de contribuintes inadimplentes, especificamente quanto às medidas especiais a eles aplicadas. No âmbito legislativo, foram identificados dois grandes temas aptos a contribuir com a presente pesquisa - as propostas legislativas de regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, que permite que o legislador estabeleça regimes especiais de tributação para a prevenção de desequilíbrios à concorrência; e legislações estaduais que vêm definindo o contribuinte enquadrado como “devedor contumaz”.

Já a terceira parte da pesquisa (**Seção III**) teve como objeto o mapeamento de decisões internacionais relevantes na matéria, buscando identificar se, na experiência internacional, a interface entre tributação e concorrência já foi de alguma forma explorada. Da mesma forma que na Seção II, o objetivo dessa terceira etapa foi identificar elementos que pudessem contribuir com o debate acerca da atuação do Cade em relação a práticas tributárias.

A União Europeia reconhece que a concessão de auxílios estatais apresenta um significativo potencial de impactar negativamente a concorrência, dando ensejo a uma análise extremamente cautelosa a cargo da autoridade antitruste comunitária (Comissão Europeia). Na seara tributária, medidas fiscais podem ser consideradas auxílios estatais, contrários ao direito europeu, na medida em que proporcionam uma vantagem seletiva, não conferida aos demais agentes atuando no mesmo setor ou em setores diversos. Apesar das diferenças substanciais que o regramento dos auxílios estatais apresenta em relação ao enfoque da presente pesquisa (práticas dos agentes privados), a matéria agrega ao debate ao reconhecer que a tributação pode estar na origem de distúrbios à concorrência.

Por fim, na última parte (**Seção IV**), além de compilar os resultados da pesquisa, é proposto um filtro para a atuação do Cade (e do próprio Judiciário) em casos envolvendo práticas tributárias de agentes econômicos. A conclusão é que o Cade é competente para analisar, nos termos da Lei nº 12.529/2011, quaisquer

práticas anticompetitivas, inclusive as de cunho tributário, desde que atendidos os requisitos legais.

Esboçamos um filtro mediante o qual seria possível identificar a ocorrência de infrações à ordem econômica diretamente relacionadas à evasão fiscal, compreendendo cinco etapas, cumulativas, para a verificação de sua configuração. São elas: **(i)** reiteração da prática evasiva; **(ii)** mercado de alta tributação e baixa margem de lucro; **(iii)** aumento significativo da participação no mercado relevante analisado; **(iv)** correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva; e, por fim, **(v)** a verificação de dano efetivo à concorrência. Cabe ressaltar que a última etapa do filtro (verificação de dano efetivo à concorrência) somente seria necessária para denúncias dirigidas ao Cade, não sendo essencial para se verificar danos à concorrência no Judiciário.

SUMÁRIO

SUMÁRIO EXECUTIVO.....	1
I. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE	9
I.1. Benefícios fiscais como fator de vantagem competitiva	12
I.1.1. A imunidade tributária do Sesi	13
I.1.2. A imunidade tributária do Senac	25
I.1.3. Os benefícios fiscais de cooperativas.....	27
I.1.4. Conclusão.....	36
I.2. Sonegação fiscal como fator de vantagem competitiva	39
I.2.1. A denúncia contra a Smarja	40
I.2.2. A denúncia contra a Cerpasa.....	46
I.2.3. A denúncia contra empresas atuantes no mercado de tubos com costura de aço de carbono	48
I.2.4. A denúncia contra SYL Industrial Ltda.....	52
I.2.5. A denúncia contra Funderg Hipper Freios Ltda. e outros.....	58
I.2.6. A denúncia contra a Têxtil J. Serrano Ltda.....	65
I.2.7. Conclusão.....	69
I.3. Outras práticas tributárias como fator de vantagem competitiva	72
I.3.1. Classificação fiscal diferenciada na importação	72
I.3.2. Benefícios previstos por acordos internacionais	76
I.3.3. Subsídios estatais, crimes tributários e outras práticas fiscais	79
I.4. Efeitos anticoncorrenciais de incentivos fiscais e da guerra fiscal.....	83
I.4.1. Consulta nº 0038/99: efeitos anticoncorrenciais da Guerra Fiscal.....	84
I.4.2. Consulta nº 08700.002380/2006-35: efeitos anticoncorrenciais dos incentivos fiscais.....	87

I.4.3. Procedimento Administrativo nº 08700.003984/2010-85: efeitos anticoncorrenciais dos atos normativo-reguladores na indústria de cigarros	90
I.4.4. A denúncia contra a Universidade Federal do Espírito Santo (“Ufes”)	95
I.5. Breve conclusão	98

II. ANÁLISE DE DECISÕES DE CORTES BRASILEIRAS E DE INICIATIVAS LEGISLATIVAS 109

II.1. Poder Judiciário.....	111
II.1.1. O cancelamento do registro de funcionamento de empresas tabagistas inadimplentes	111
II.1.1.1. <i>Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.952.....</i>	<i>113</i>
II.1.1.2. <i>RE nº 550.769/RJ e AC 1.657-MC/RJ: o caso envolvendo a American Virginia.....</i>	<i>119</i>
II.1.1.3. <i>Outros casos levados ao Judiciário.....</i>	<i>125</i>
II.1.1.4. <i>A livre concorrência ocupa papel central no debate da constitucionalidade da cassação dos registros especiais.....</i>	<i>128</i>
II.1.2. A questão da negativa de renovação das inscrições estaduais de empresas inadimplentes	129
II.1.2.1. <i>O caso da refinaria Manguinhos perante o Fisco paulista.....</i>	<i>130</i>
II.1.2.2. <i>Outros casos levados ao Judiciário relacionados à negativa de renovação da inscrição estadual de empresas atuantes no setor de combustíveis</i>	<i>134</i>
II.1.2.3. <i>Outros casos levados ao Judiciário relacionados à negativa de renovação da inscrição estadual de fabricantes de refrigerantes.....</i>	<i>139</i>
II.1.3. O uso de medidas judiciais para obtenção de vantagem concorrencial	141
II.1.3.1. <i>Questão de ordem no Mandado de Segurança nº 24.159-4/DF142</i>	
II.2. Poder Legislativo	145
II.2.1. A regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal.....	145

II.2.1.1. PLS nº 284/2017	146
II.2.1.2. PLS nº 161/2013	150
II.2.2. A definição dos “devedores contumazes” por leis estaduais	154
II.2.2.1. Lei nº 19.665/2017, de Goiás	154
II.2.2.2. Decreto nº 3.864/2016, do Paraná	156
II.2.2.3. Lei nº 13.199/2014, da Bahia	157
II.2.2.4. Decreto nº 48.494/2011, do Rio Grande do Sul, e a ADI nº 4.854	157
III. DECISÕES INTERNACIONAIS	160
III.1. União Europeia: o regramento dos auxílios estatais	163
III.1.1. As condições para a caracterização de uma medida como auxílio estatal	166
III.1.2. Precedentes recentes na matéria	172
III.1.2.1. O caso da Apple na Irlanda	173
III.1.2.2. Outras condenações	177
IV. PROPOSTA DE FILTRO PARA ANÁLISE DE INFRAÇÕES DIRETAMENTE RELACIONADAS A PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS	181
IV.1. Práticas tributárias podem estar na origem de distúrbios à concorrência	181
IV.2. O Cade tem competência para analisar distúrbios concorrenciais oriundos de práticas tributárias	185
IV.3. Proposta de filtro para análise de infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias	189
IV.3.1. Reiteração da prática evasiva	189
IV.3.2. Mercado de alta tributação e baixa margem de lucro	193
IV.3.3. Aumento significativo da participação no mercado relevante analisado	194

IV.3.4. Correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva	195
IV.3.5. Verificação de dano efetivo à concorrência	196
ANEXO 1	199
A. Levantamento de precedentes citados pela doutrina.....	199
B. Levantamento de precedentes no Sistema Eletrônico de Informações do Cade	201
C. Levantamento indireto de precedentes	211
D. Precedentes levantados.....	211

I. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

1. Como adiantado na Introdução, a Seção 1 do presente Relatório tem como objeto a análise da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), em sede de controle de condutas¹, relativa a casos em que a investigação da ocorrência de infrações à ordem econômica relacionava-se diretamente a práticas tributárias dos agentes investigados. O objetivo dessa primeira etapa da pesquisa é identificar o modo pelo qual casos envolvendo tais práticas foram analisados pela autoridade antitruste e empreender uma análise crítica de tal jurisprudência.

2. O levantamento da jurisprudência foi feito a partir de três abordagens diferentes, detalhadas no Anexo 1 do presente Relatório. A primeira delas consistiu em um mapeamento doutrinário de precedentes, especificamente a partir de obras que analisavam a interface entre tributação e concorrência, não necessariamente da perspectiva que a presente pesquisa adota. Essa abordagem foi julgada essencial diante da pretensão de levantamento exaustivo da jurisprudência, tendo em vista que há um número considerável de processos físicos que tramitaram no âmbito do Cade ainda pendentes de digitalização e disponibilização eletrônica no Sistema Eletrônico de Informações (“Sei”)². A segunda abordagem, por sua vez, consistiu em pesquisa processual no Sei a partir do uso de palavras chaves, conforme detalhado no Anexo 1. Por fim, a terceira abordagem consistiu no levantamento indireto de precedentes, ou seja, de casos que foram identificados ao longo dos processos levantados nos itens anteriores.

¹ Para os fins da presente pesquisa, o termo “controle de condutas” faz referência tanto a procedimentos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica, previstos nos incisos I, II e III do artigo 48 da Lei nº 12.529/2011, quanto ao mecanismo de consulta previsto no artigo 9º, parágrafo 4º, da Lei nº 12.529/2011 (e, logicamente, os respectivos instrumentos anteriormente previstos pela Lei nº 8.884/94). Em que pese o instrumento de consulta restringir-se à aplicação de legislação concorrencial a hipóteses de fato específicas, ele pode versar, nos termos no artigo 2º, incisos II e III, da Resolução nº 12/2015 do Cade, sobre a licitude de condutas, motivo pelo qual revela-se como mecanismo relevante de que dispõe o órgão para manifestações, ainda que em tese, de efeitos concorrenciais de práticas diversas.

² O Sistema Eletrônico de Informações consiste em plataforma online oficial do Cade para gestão de processos e documentos eletrônicos e é acessível [aqui](#). Último acesso: 09 de abril de 2018.

3. A hipótese inicial da pesquisa era a de que o Cade tende a considerar casos relacionados a práticas tributárias a partir da ótica da conduta conhecida como preço predatório, o que seria consistente com muitas das alegações trazidas pelas partes, mas não necessariamente esgotaria as perspectivas concorrenciais sobre o assunto.

4. Como será detalhado ao longo do presente Relatório, o resultado da pesquisa confirma em parte a hipótese inicial. De fato, a análise jurisprudencial do Cade permite chegar à conclusão de que a maioria das denúncias de infrações relacionadas a práticas tributárias levadas ao Cade foram analisadas pela autoridade antitruste sob a ótica de preços predatórios, notadamente nos casos envolvendo o uso supostamente indevido de benefícios fiscais. Contudo, não raramente esse enquadramento não era consistente com muitas das alegações trazidas pelas partes, havendo casos, inclusive, em que foi contestado pela Representante, sob o argumento de que a conduta narrada não descrevia a comercialização de produtos ou serviços abaixo dos custos, núcleo conceitual da prática de preços predatórios tanto à luz da revogada Lei nº 8.884/1994, quanto da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência³.

5. No mesmo sentido, apesar de a maioria dos casos ter sido analisada pelo Cade sob a ótica predatória, houve ocasiões em que outros órgãos do SBDC, bem como a própria autoridade antitruste, admitiram e empreenderam análise diversa, demonstrando que aquela não é a única perspectiva mediante a qual as condutas relacionadas a práticas tributárias podem ser analisadas perante o SBDC.

6. Além dos casos envolvendo a investigação de efeitos na livre concorrência de práticas tributárias por agentes econômicos, o Cade também já se manifestou sobre outras questões tributárias, em especial no tocante aos efeitos concorrenciais da concessão de incentivos fiscais por entes federativos, bem como sobre a situação conhecida como “Guerra Fiscal”. Nesses casos, a análise empreendida diverge um pouco da hipótese inicial, na medida em que o cerne da discussão envolvia outras

³ A prática de preços predatórios sancionável pelo direito antitruste, decorria, na vigência da Lei nº 8.884/1994, do disposto em seu artigo 21, inciso XVIII (“*vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo*”). A redação dada pela Lei nº 12.529/2011 é semelhante: “*vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo.*” (artigo 36, parágrafo 3º, inciso XV).

questões relevantes que extrapolavam ou que não tinham qualquer relação com eventual análise sob a ótica predatória.

7. A análise da jurisprudência levantada permitiu identificar que a maior parte dos casos levados ao Cade em que a alegação de infração à ordem econômica estava relacionada a práticas tributárias dos agentes investigados referia-se a denúncias diretamente relacionadas a benefícios fiscais de que gozavam tais agentes, como imunidades tributárias e isenções fiscais. Tais representações alegavam que o uso desses benefícios, não raramente mediante algum desvio de finalidade, permitia a prática de preços abaixo aos do mercado. A análise desses casos será feita no **capítulo 1** da presente Seção (**“Benefícios Fiscais como Fator de Vantagem Competitiva”**⁴).

8. Também foi possível identificar casos em que a denúncia levada perante o SBDC não envolvia o uso supostamente indevido de benefícios fiscais, como imunidades tributárias, mas sim a prática de sonegação e fraudes fiscais pelas empresas investigadas. Tais casos serão explorados no **capítulo 2** da presente Seção (**“Sonegação Fiscal como Fator de Vantagem Competitiva”**).

9. Houve casos residuais em que as denúncias levadas ao Cade narravam que outras práticas tributárias, que não estritamente condizentes com benefícios fiscais e sonegação fiscal, estariam relacionadas à infração à ordem econômica. Tais casos serão apresentados no **capítulo 3** desta Seção (**“Outras Práticas Tributárias como Fator de Vantagem Competitiva”**).

10. Por fim, o Cade também já se manifestou, notadamente mediante o procedimento de Consulta, sobre outras questões tributárias, como os efeitos anticoncorrenciais da concessão de incentivos fiscais por entes federativos bem como sobre a situação conhecida como “Guerra Fiscal”. Considerações relevantes sobre práticas tributárias foram feitas nessas ocasiões. Tais manifestações serão

⁴ O título deste capítulo foi inspirado em item da obra de SILVEIRA, “Imunidade Tributária como Fator de Vantagem Competitiva” (Cf. SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e Concorrência**. Série Doutrina Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 166).

analisadas no capítulo 4 (“Efeitos Anticoncorrenciais de Incentivos Fiscais e da Guerra Fiscal”).

I.1. BENEFÍCIOS FISCAIS COMO FATOR DE VANTAGEM COMPETITIVA

11. O levantamento jurisprudencial empreendido permitiu identificar os seguintes processos em que a alegação de infração à ordem econômica estava diretamente relacionada aos benefícios fiscais de que gozavam os agentes investigados, ordenados na tabela na ordem em que serão analisados no presente Relatório:

Processo	Representante	Representada	Julgamento	Prática Tributária	Conduta Investigada	Decisão
Processo Administrativo 08000.004542/1997-13	Sindicatos do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Florianópolis, Tubarão e Região, Criciúma, Itajaí e Joinville	Sesi (Departamento Regional de Santa Catarina)	29/11/2000	Imunidade Tributária	Preço Predatório	Arquivamento
Processo Administrativo 08012.000668/1998-06	Sinprofar	Sesi (Departamento Regional do Rio Grande do Sul)	17/12/2003	Imunidade Tributária	Preço Predatório	Arquivamento
Procedimento Administrativo 08012.006746/1997-41	Aberc e Sinserc	Sesi (Departamentos Regionais de SP, RJ, MG, RS, SC e PR)	06/04/2005	Imunidade Tributária	Preço Predatório	Arquivamento

Averiguação Preliminar nº 08000.013472/1995-51	Organização Hoteleira Fonte Colina Verde Ltda (Mylton João Tomazini)	Senac	19/01/2005	Imunidade Tributária	Preço Predatório	Arquivamento
Processo Administrativo 08000.018405/1997-11	Abras	Coperhodia	27/03/2002	Benefícios Fiscais	Preço Predatório	Arquivamento
Averiguação Preliminar 08012.000804/2001-71	Sincofago	Associação dos Consumidores de Medicamentos ("Acom") e outros	21/01/2009	Benefícios Fiscais e Sonegação Fiscal	Preço Predatório	Arquivamento
Processo Administrativo 08012.007044/1999-00	Sinfarlon	Usimed do Paraná - Cooperativa de Usuários do Sistema Unimed do Estado do Paraná	13/05/2009	Benefícios Fiscais	Preço Predatório	Arquivamento

12. Ao fim deste capítulo, após a apresentação dos casos, será feita uma análise crítica geral do tratamento pelo Cade de denúncias em que a alegação de infração à ordem econômica estava diretamente relacionada ao uso de benefícios fiscais pelos agentes investigados.

I.1.1. A imunidade tributária do Sesi

13. Na década de 1990, três representações muito semelhantes contra o Serviço Social da Indústria ("Sesi") foram levadas ao Cade. Nesses casos, a denúncia de ocorrência de infrações à ordem econômica relacionava-se diretamente à alegação de que o Sesi, na condição de ente imune a impostos, nos termos do art. 150, VI,

c, da Constituição Federal de 1988 (“CF/88”), estaria agindo com desvio de finalidade na comercialização de produtos farmacêuticos ao público em geral e no fornecimento de refeições coletivas.⁵

14. No Processo Administrativo nº 0800.004542/1997-13⁶, os Sindicatos do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Florianópolis, Tubarão e Região, Criciúma, Itajaí e Joinville denunciaram o Sesi de Santa Catarina pela comercialização de produtos farmacêuticos em virtude do gozo supostamente indevido de imunidade tributária.

15. Apesar de a decisão final do Cade ter sido pelo arquivamento do processo administrativo, diante da não configuração da prática de preços predatórios, algumas considerações relevantes foram feitas pelos órgãos de defesa da concorrência ao longo da tramitação do caso, revelando de maneira explícita preocupações de ordem concorrencial relacionadas a benefícios fiscais concedidos a agentes econômicos.

16. Uma primeira observação é a de que a representação apresentada à extinta Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) não narrava a prática de preços abaixo de custos pelo Sesi, mas tão somente que a entidade estaria atuando fora de suas competências, em verdadeiro desvio de finalidade, ao vender medicamentos à população em geral, e não somente aos trabalhadores da indústria.⁷ Os dispositivos

⁵ Como será detalhado a seguir, os casos envolvendo a comercialização de produtos farmacêuticos ao público em geral pelo Sesi foram o Procedimento Administrativo nº 08012.006746/1997-41 e o Processo Administrativo nº 08012.000668/1998-06. Já a questão do fornecimento de refeições coletivas foi tratada no Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13.

⁶ Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13. Representante: Sindicatos do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Florianópolis, Tubarão e Região, Criciúma, Itajaí e Joinville. Representada: Serviço Social da Indústria (“Sesi”) - Departamento Regional de Santa Catarina. Julgamento: 29/11/2000.

⁷ Nesse sentido, ver o seguinte trecho da Representação: “Criado para assegurar aos empregados da indústria a assistência educacional e social, o SESI vem, no decorrer dos últimos anos, desenvolvendo atividades puramente comerciais, realizando a venda de medicamentos à população em geral, beneficiando-se de imunidades fiscais para, de forma agressiva, estabelecer uma concorrência predatória” (Procedimento Administrativo nº 08000.004542/1997-13, p. 5). O desvio de finalidade pelo

da Lei nº 8.884/94 invocados como violados pelo Representante, nesse sentido, foram o inciso I, do artigo 20, e o inciso V, do artigo 21, não havendo qualquer indicação da prática de preços predatórios (inciso XVIII, art. 21).

17. É interessante notar que a própria manifestação da SDE decidindo pela instauração do processo administrativo não aponta o inciso XVIII do artigo 21 como elemento justificador da instauração. Na visão da SDE naquele momento processual, os indícios de infração à ordem econômica estariam diretamente relacionados às dificuldades que os benefícios fiscais conferidos ao Sesi geravam ao funcionamento e desenvolvimento de concorrentes. O Parecer apresentado pelo Inspetor Geral Fábio Antinoro expressou o entendimento de que o Sesi não poderia exercer atividade comercial “*sobretudo por gozar de imunidades tributárias ainda que sob o argumento de equiparação a ente público, para o fim de concorrer, diretamente, com outras pessoas jurídicas de direito privado, no concurso de atividade comercial de venda à varejo*”⁸. Essa situação, ainda nos termos do Parecer, gerava dificuldade ao funcionamento de concorrentes:

*Tal situação gera a dificuldade ao funcionamento de empresa concorrente, em razão das diferenciações de custos de cada um, para a formação de seu preço final à sociedade consumidora, bem assim, de redundar a presente infração, no tipo previsto, que é o prejuízo a livre concorrência ou a livre iniciativa*⁹

18. A Secretaria de Acompanhamento Econômico (“Seae”), solicitada a emitir parecer técnico, foi a primeira a se manifestar pela sua incompetência para julgar questões de natureza jurídica e fiscal suscitadas pelas Representantes. A Seae entendeu que benefícios fiscais concedidos em proporções desiguais aos agentes atuantes em um mesmo mercado podem configurar desvantagem concorrencial, mas

Sesi permitia que ele comercializasse “medicamentos a preços inferiores ao de estabelecimentos farmacêuticos comerciais, estes sim obrigados a suportar uma pesada carga tributária” (idem, p. 6).

⁸ Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13, p. 272.

⁹ *Idem supra*.

que, via de regra, tais incentivos visam algum desenvolvimento ou compensação de condições desfavoráveis, criando condições de competição para regiões ou setores com algum tipo de deficiência.¹⁰ No caso específico então em análise, a Secretaria, após breve análise do mercado em questão, entendeu que o comércio varejista de medicamentos tinha características favoráveis a um ambiente competitivo, de modo que um ofertante isoladamente não deteria poder de mercado, condição básica para afetar o ambiente concorrencial.

19. A decisão pelo arquivamento do processo pela SDE seguiu a linha apresentada pela Seae. Em não havendo posição dominante, não poderia se afirmar que o Representado, ao eliminar concorrentes, viesse a dominar o mercado e praticar preços monopolísticos. Nesse sentido, destacou que a suposta denúncia de preços predatórios não subsistiria, tendo em vista a própria estrutura do mercado e justamente porque inexistiria poder de mercado por parte do Sesi, o que retirava a racionalidade da prática. A SDE foi a primeira a analisar a conduta reportada sob a ótica dos preços predatórios.

20. De modo diferente ao que se deu na maioria dos casos em que estavam em análise alegações de vantagens competitivas oriundas de benefícios fiscais, a Procuradoria Especializada junto ao Cade ("ProCade"), entendendo estar caracterizado o desvio de finalidade do Sesi, não analisou a prática sob a ótica predatória, mas sim como um desestímulo à entrada de novos concorrentes. Nesse sentido, por meio do Parecer nº 530/2000, opinou pela procedência da representação e paralisação de vendas de medicamentos pelo Sesi à população em geral, bem como pelo fechamento das farmácias que se encontravam fora das instalações do Sesi, no prazo máximo de 90 dias:

¹⁰ O órgão se manifestou no seguinte sentido: "Não há dúvidas de que os benefícios fiscais, as imunidades tributárias ou qualquer outro incentivo, quando não atingem na mesma proporção o universo dos ofertantes, podem implicar desvantagens para os concorrentes não contemplados. Ressalva-se que, via de regra, os incentivos objetivam alguma espécie de desenvolvimento ou compensação de condições desfavoráveis e, nessas circunstâncias, apenas criam condições de competição para regiões ou setores com algum tipo de deficiência" (Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13, p. 838). A conclusão da Secretaria foi pela ausência de poder de mercado de ofertantes no mercado em análise, condição básica a afetar o ambiente concorrencial.

O inciso I do art. 20, da Lei nº 8.884/94 diz que qualquer forma que prejudique a livre iniciativa que combinado com o inciso IV do artigo 21, 'limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado', configura infração contra a ordem econômica.

Gozando o SESI de imunidade tributária, não visando lucro em suas atividades, que é a atividade fim do capital, os preços praticados por ele, embora não se caracterizem como predatórios, contém um cunho que desestimula a entrada de novos concorrentes no mercado.

Entendo que, a atividade fim do SESI seja a população industriária e não a população em geral.

*A conduta do SESI é uma prática desvirtuadora da 'livre concorrência, fere o direito subjetivo daqueles que ao se lançarem no mercado o fazem sob o manto certo da proteção dos princípios da Constituição referente ao livre mercado (g.n.)'*¹¹

21. Contudo, o Cade não acompanhou o entendimento da ProCade. Sob relatoria do Conselheiro Thompson Andrade, o Conselho afastou sua competência para analisar a legalidade da comercialização de medicamentos à população pelo Sesi, em suposto desvio de atribuições legais e estatutárias, questão, a seu ver, afeta ao Poder Judiciário.¹² Em que pese essa consideração, o Conselheiro não afastou a análise de eventuais danos à concorrência oriundas de benefícios fiscais:

O mesmo ocorre com a questão dos benefícios tributários que possui natureza de ordem eminentemente fiscal, sem relevância para este Conselho. Apenas a título elucidativo, restou demonstrado que o SESI não possui imunidade

¹¹ Procedimento Administrativo nº 08000.004542/1997-13, p. 2099.

¹² De acordo com o Conselheiro: "Ocorre que, por se tratar de discussão acerca da legalidade do SESI comercializar medicamentos para a população, baseando-se em um suposto desvio de atribuições legais e estatutárias de uma entidade assistencial, deverá ser submetida a apreciação pelo órgão competente do Poder Judiciário e não pelo Plenário do CADE, que tem como finalidade principal 'a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica', conforme previsto no art. 1º, caput, da Lei n. 8.884/94" - Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13, p. 3076.

quanto aos impostos sobre a comercialização e produção (ICMS e IPI), que são justamente os impostos que estão embutidos no preço final ao consumidor. O fato do SESI não recolher outros tributos, como Cofins e IRPJ, constitui-se, indubitavelmente, em vantagem competitiva auferida pelas farmácias do SESI. Entretanto, esta vantagem é conferida pela lei, cabendo ao CADE a investigação sobre os prováveis danos à concorrência e aos consumidores, decorrentes ou não desta vantagem, provocados por meio de condutas ofensivas à ordem econômica, como, por exemplo, a prática de preços predatórios, objetivando o domínio de mercado” (g.n.)¹³

22. Diante dessas considerações, entendeu o Conselheiro que, para caracterizar a infração à ordem econômica, caberia demonstrar que o Representado estaria se beneficiando das isenções tributárias para praticar preços abaixo do custo com o intuito de eliminar a concorrência para, posteriormente, monopolizar o mercado. A partir de uma estimativa de participações das principais redes de farmácias, em nenhum município levantado a participação do Sesi era superior a 10%, percentual bastante inferior à participação de 20% a partir da qual há presunção de posição dominante, segundo o disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 20 da Lei nº 8.884/94. Assim, concluiu pelo arquivamento do feito, já que o Representado não detinha poder de mercado e o mercado em análise era altamente competitivo, tornando impossível a prática de preços predatórios com objetivo de dominação de mercado.

23. Em que pese a análise pelo Cade ter sido feita pela ótica da prática de preço predatório, as manifestações anteriores ao voto do Conselheiro Relator, ao empreenderem uma análise diversa não pautada por essa conduta em específico, revelam que, naquele caso, aquele enquadramento não era o único possível, ou mesmo o mais adequado, diante dos próprios termos da denúncia levada ao Cade.

24. O voto do Conselheiro Relator, em específico, deixa claro que o Cade não se absteve de analisar eventuais efeitos anticoncorrenciais dos benefícios fiscais de agentes econômicos investigados. Como destacado anteriormente, a ressalva da

¹³ Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13, p. 3.076.

autoridade foi feita no sentido de negar sua competência para analisar a regularidade ou mesmo a legalidade do uso de tais benefícios.

25. A segunda vez em que a comercialização de produtos farmacêuticos pelo Sesi foi denunciada ao Cade aconteceu no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.000668/1998-06.¹⁴ Nesse processo, o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul (“Sinprofar”) apresentou representação contra o Sesi, em 08 de janeiro de 1998, alegando irregularidades na comercialização de produtos farmacêuticos em virtude do gozo supostamente indevido de imunidade tributária.¹⁵

26. O Processo Administrativo foi instaurado pela SDE com base nos incisos I, II e IV do artigo 20 combinado com os incisos IV, V e XVIII do artigo 21, na forma do artigo 32 e seguintes, todos da Lei nº 8.884/1994. Vale destacar que somente nesse momento da instauração do processo é que outras normas, além da indicada pelo Sinprofar contida no inciso I do art. 20 (“*limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência*”), adentraram ao processo, inclusive a que exemplifica a conduta de preço predatório (inciso XVIII do art. 21: “*vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo*”), de maneira semelhante ao caso de Santa Catarina.

27. A Seae, primeira a se manifestar nos autos, em termos também idênticos aos que foram afirmados no caso de Santa Catarina, reconheceu que benefícios

¹⁴ Processo Administrativo nº 08012.000668/1998-06. Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul (“SINPROFAR”). Representada: Serviço Social da Indústria (“Sesi”) - Departamento Regional do Rio Grande do Sul. Julgamento: 17/12/2003.

¹⁵ A denúncia do Sinprofar estruturou-se em torno do argumento de que as farmácias do Sesi, na medida em que exerciam atos tipicamente empresariais e estranhos às finalidades essenciais da entidade, não gozariam da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da CF/88. Segundo o Sindicato, a prática de preços abaixo aos do mercado, possível justamente em virtude do não recolhimento de impostos sob o fundamento da imunidade, infringiria a ordem econômica, nos termos do artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884/1994. O Sesi refutou a tese e afirmou ostentar a condição de entidade imune a impostos por expresse mandamento constitucional, atuando, na comercialização de medicamentos, nos limites de seus objetivos institucionais.

fiscais, imunidade e quaisquer outros incentivos, quando não atingem na mesma proporção o universo dos ofertantes, podem implicar em desvantagens para concorrentes não contemplados. Contudo, tais benefícios não raramente objetivam alguma espécie de desenvolvimento ou compensação de condições desfavoráveis, sendo efetivos instrumentos de promoção de concorrência¹⁶. Nesse sentido, destacou que “os órgãos de defesa da concorrência não são o fórum adequado à discussão dos benefícios da representada”¹⁷.

28. Em decisão pelo arquivamento do feito apresentada no dia 14 de maio de 2003, a SDE foi enfática ao afirmar que não compete ao SBDC a análise acerca da legalidade da atuação do Sesi no mercado de medicamentos para a população. Contudo, não se esquivou de analisar eventuais efeitos anticompetitivos oriundos dos benefícios fiscais:

*O que cabe examinar neste foro, é se o Sesi, utilizando-se ou não da vantagem competitiva que lhe confere a Constituição, praticou preços predatórios - e não apenas preços inferiores aos de mercado - que pudessem acarretar a eliminação da concorrência ou o domínio de mercado.*¹⁸

29. Assim, para que fosse caracterizada a conduta de preços predatórios, seria necessário demonstrar que o Sesi, ao se beneficiar das isenções tributárias, praticava preços abaixo do custo com o objetivo de eliminar a concorrência para, futuramente, monopolizar o mercado. Seguindo a orientação doutrinária e jurisprudencial então vigente, para que a conduta fosse considerada minimamente racional, o mercado

¹⁶ Cf. Parecer nº 155/MF/SEAE/COGPI/RJ, 16 de novembro de 1998, p. 3, disponível no Processo Administrativo nº 08012.000668/1998-06, p. 142.

¹⁷ Benefícios estes que envolveriam questões de ordem jurídica, no que toca à legalidade do Sesi em comercializar medicamentos para o público em geral, e de ordem fiscal, em relação à extensão dos benefícios e imunidades às vendas de medicamento ao público em geral. (Cf. Parecer nº 155/MF/SEAE/COGPI/RJ, mencionado acima, p. 142/143).

¹⁸ Processo Administrativo nº 08012.000668/1998-06, p. 228/229.

relevante deveria apresentar condições estruturais que viabilizassem a prática de preços predatórios, quais sejam, a concentração de mercado, a existência de elevadas barreiras à entrada e a detenção de poder de mercado. Nenhuma dessas condições estava preenchidas no caso em análise.¹⁹

30. O Cade, seguindo o voto do relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em termos semelhantes aos expostos pela SDE, analisou a conduta tão somente pela ótica predatória, concluindo que ela não restou configurada. A fundamentação baseou-se na ausência de venda abaixo do preço de custo e na irrisória participação de mercado do Sesi, que afastava qualquer possibilidade de dominação de mercado. Assim, por unanimidade, o Cade manteve a decisão de arquivamento do processo.

31. Em que pese essa decisão, o Conselheiro teceu comentários relevantes quanto à possibilidade de isenções fiscais gerarem distorções concorrenciais. Essa possibilidade foi afirmada pelo Relator, que, fazendo referência à Consulta nº 38/99, que será tratada posteriormente neste Relatório, apenas ressaltou que não se vislumbrava no caso em tela distorções causadas pela isenção fiscal, contrariamente ao que ocorre em determinados setores, tendo em vista as baixas barreiras à entrada e a inexpressividade dos custos irrecuperáveis no mercado de farmácias:

Neste contexto, ao contrário do que ocorre em determinados setores, não se vislumbra distorções causadas pela isenção fiscal em tela, notadamente tendo em vista que o mercado de farmácia normalmente é caracterizado

¹⁹ Além disso, a comercialização de produtos farmacêuticos a preços abaixo aos do mercado, por si só, não poderia ser considerada predatória, já que o suporte fático para a incidência da norma contida no inciso XVIII do artigo 21 da Lei 8.884/94 é a venda abaixo do preço de custo. Na espécie, ainda que o Sesi recolhesse todos os impostos aos quais é imune, ainda teria uma diferença de 3% em seu resultado líquido, o que demonstrava, na visão da SDE, a inexistência de conduta predatória punível pelo direito antitruste.

por baixas barreiras à entrada, sendo inexpressivos os custos irrecuperáveis e os investimentos iniciais para o ingresso no mercado. ²⁰

32. Por fim, no Procedimento Administrativo nº 08012.006746/1997-41²¹, em sentido análogo ao dos precedentes anteriores, alegava-se a concorrência predatória pelo Sesi no fornecimento de refeições coletivas em virtude do gozo supostamente indevido de imunidade tributária. Segundo as Representantes, a concorrência com as empresas de serviço de fornecimento de refeições coletivas caracterizava o abuso de poder econômico, uma vez que o Sesi seria capaz de oferecer preços que eliminavam ou impediam o ingresso no mercado de concorrentes que não dispunham das vantagens de terem seus custos cobertos por contribuições compulsórias, além de não gozarem de isenção total de tributos.²²

33. A sugestão de abertura do processo administrativo pela SDE também se baseou na consideração de que o Sesi, ao propor o fornecimento de refeições coletivas, assumia posição comercial e, portanto, fugia das suas finalidades (contribuir para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas). Nesse sentido, admitiu-se que as vantagens fiscais usufruídas pelo Sesi poderiam gerar os efeitos previstos nos incisos I, II e IV do artigo 20 cumulado com os incisos IV e V do artigo 21 da Lei 8.884/94.

34. Solicitada a emitir parecer acerca da existência de preços predatórios, a Seae entendeu por não configurada a prática, sugerindo o arquivamento do feito. Mais uma vez, a análise de preços predatórios foi pautada pela Portaria nº 70 da Secretaria, de 12 de dezembro de 2002, que apresenta um guia de análise para a

²⁰ Processo Administrativo nº 08012.000668/1998-06, p. 263).

²¹ Procedimento Administrativo nº 08012.006746/1997-41. Representantes: Associação Brasileira das Empresas de Refeições Coletivas (“Aberc”) e o Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas dos Estados de SP, RJ, MG, SC, RS e PR (“Sinderc”). Representadas: Departamentos Regionais do SESI dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Julgamento: 06/04/2005.

²² Procedimento Administrativo nº 08012.006746/1997-41, p. 9.

prática de preços predatórios.²³ Nesse sentido, concluiu que os Representados não possuíam poder de mercado e que o mercado em questão era marcado por baixas barreiras à entrada, afastando, com isso, qualquer racionalidade econômica para tornar a prática predatória atrativa. A Seae ainda indicou que a conduta de preços predatórios não é caracterizada pelo fato de uma empresa cobrar um preço inferior ao preço de mercado ou ao custo médio de produção do mercado e sim pelo fato de uma empresa cobrar um preço inferior ao seu próprio custo de produção.²⁴

35. Apesar de não ter se manifestado a respeito das demais práticas que justificaram a instauração do processo administrativo (desvio de finalidade e concorrência desleal), justamente porque a solicitação da SDE restringia-se à conduta predatória, a Seae ressaltou que essas condutas então tipificadas no artigo 21 da Lei 8.884/94 somente acarretariam os efeitos previstos nos incisos do artigo 20 se os Representados tivessem poder de mercado. Nesse sentido, justamente porque a entrada no mercado em análise era fácil, não haveria como se verificar os efeitos previstos no artigo 20.²⁵

36. A SDE, entendendo que os fatos relatados tinham como ponto central denúncia de possível prática de preços predatórios, também entendeu pela inexistência de indícios de infração à ordem econômica, em termos idênticos ao da

²³ A Portaria nº 70/2002 da Seae estabelece 5 etapas para a análise da prática de preços predatórios: (1) definição de mercado relevante; (2) avaliação das barreiras à entrada; (3) condições de oferta; (4) capacidade de financiamento; (5) preço e custo.

²⁴ Procedimento Administrativo nº 08012.006746/1997-41, p. 826.

²⁵ Ver, ainda: “Em relação à alegação da Representada de que a prática anticompetitiva seria possível em razão da isenção tributária conferida aos Representados, deve ser observado que a própria Representante admitiu em resposta à diligência desta Seae que vários Estados contam com regimes especiais de ICMS para o setor de refeições coletivas, como é o caso de São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Bahia e Minas Gerais, o que retira a força desse argumento. Por fim, em relação à alegação de desvio de finalidade, por parte dos Representados, entende esta Seae que o órgão competente para analisar essa denúncia é o TCU, por ser este o responsável por aprovar as contas dos Representados, bem como por avaliar se os mesmos estão atuando de acordo com suas finalidades definidas em lei”. Procedimento Administrativo nº 08012.006746/1997-41, p. 820.

Seae. Destacou ainda que os órgãos da concorrência não eram o foro adequado para análise de uso supostamente indevido de imunidades tributárias:

Quanto à discussão da legalidade ou não do SESI em fornecer serviços de refeições coletivas ao público em geral, caracterizando, segundo a representante, desvio de finalidade das unidades do SESI ora investigadas, assim como a denúncia de utilização indevida de imunidades tributárias pelos representados, cumpre observar que os órgãos brasileiros de defesa da concorrência não são competentes para a análise das referidas condutas.²⁶

37. O Cade analisou a conduta a ele reportada sob a ótica de preços predatórios, concluindo, em termos também semelhantes aos expostos por Seae e SDE, que a prática não era racional diante da ausência de poder de mercado pelas Representadas, determinando, conseqüentemente, o arquivamento do feito. No tocante aos benefícios fiscais da Representada, o Conselheiro Relator, Luiz Carlos Delorme Prado, destacou que a avaliação do uso, devido ou não, da imunidade fugiria à competência da autoridade antitruste:

*A legislação antitruste tutela o direito difuso da concorrência como meio de promover o bem-estar dos consumidores. A decisão administrativa não trata do interesse das partes, o direito é da coletividade, e em seu nome age o poder público. **Nesse sentido, o CADE não tem autoridade para avaliar se há utilização indevida de imunidade tributária dos representados.** Esta é uma questão que pode ser apreciada pela Receita ou pelo Tribunal de Contas, mas que está inteiramente fora da competência do SBDC.²⁷*

38. Apesar de a análise do Conselheiro ter sido pautada pela ótica dos preços predatórios, ele próprio ressaltou que não havia sido sequer demonstrado que a empresa praticava preços inferiores ao seu custo de produção: na realidade, os

²⁶ Idem supra, p. 958.

²⁷ Procedimento Administrativo nº 08012.006746/1997-41, p. 982.

benefícios fiscais permitiam a prática de preços menores do que os dos seus concorrentes, não constituindo, por si, infração concorrencial, na medida em que não existiriam efeitos prejudiciais ao bem-estar dos consumidores.²⁸

I.1.2. A imunidade tributária do Senac

39. Em outro caso, foi denunciada ao Cade suposta infração à ordem econômica pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (“Senac”), na condição de proprietário-administrador do Grande Hotel-Escola Águas de São Pedro:

Processo	Representante	Representada	Julgamento	Prática Tributária	Conduta Investigada	Decisão
Averiguação Preliminar nº 08000.013472/1995-51	Organização Hoteleira Fonte Colina Verde Ltda (Mylton João Tomazini)	Senac	19/01/2005	Imunidade Tributária	Preço Predatório	Arquivamento

40. Nesse caso, em termos semelhantes às denúncias envolvendo o SESI, o proprietário da Organização Hoteleira Fonte Colina Verde Ltda., sr. Mylton João Tomazini, apresentou denúncia ao Ministério em que alegava que o Senac, na condição de ente imune a impostos, nos termos do art. 150, VI, c, da Constituição Federal de 1988 (“CF/88”), estaria agindo com desvio de finalidade no funcionamento do Grande Hotel-Escola Águas de São Pedro. Nesse sentido, o gozo supostamente indevido da imunidade tributária permitia-lhe praticar preços abaixo aos do mercado, gerando, com isso, concorrência desleal em relação aos demais estabelecimentos hoteleiros.

41. A Seae, por meio do Parecer nº 11/2003, foi a primeira a enquadrar a prática denunciada como conduta conhecida como preço predatório, nos termos do inciso XVIII do art. 21 da Lei nº 8.884/94 (“*vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo*”). A análise pela Secretaria, pautada na Portaria nº 70/2002, definiu

²⁸ Idem supra, p. 984.

o mercado relevante como serviços de hospedagem para realização de eventos na área conhecida como Circuito das Águas Paulistas e arredores e, após essa definição, concluiu que as barreiras à entrada não eram suficientemente elevadas a ponto de tornar uma conduta de preços predatórios racional do ponto de vista econômico. Opinou ainda que a análise de preços conforme solicitado por SDE e Cade tornara-se desnecessária.

42. Especificamente quanto à alegação de que a Representada estaria se desviando de sua finalidade, atuando como uma empresa e não como uma escola, concorrendo com aquelas que contribuíam compulsoriamente para com a Representada e de que não estaria destinando suas receitas às suas atividades educacionais, a Seae foi enfática ao afirmar que o órgão competente para analisar essa conduta é o Tribunal de Contas da União (“TCU”), *“por este ser o órgão responsável por aprovar as contas da Representada, bem como por avaliar se a mesma está atuando como deveria”*²⁹, opinando, nesses termos, pelo arquivamento da averiguação preliminar.

43. A SDE, no mesmo sentido da Seae, afirmou que a análise do suposto desvio de finalidade do Senac, bem como da suposta utilização indevida de imunidades tributárias, não é questão de competência dos órgãos brasileiros de defesa da concorrência.³⁰ Nesse sentido, e a título informativo, destacou que a prestação anual de contas do Senac na administração do hotel encontrava-se em perfeita regularidade, conforme informações enviadas pelo TCU. No que toca à conduta de preços predatórios, a SDE concluiu pela inexistência de indícios de infração à ordem

²⁹ Parecer nº 11/2003 Seae 8 de março de 2004, p. 10/11 (Cf. Averiguação Preliminar nº 08000.013472/1995-51, pp. 1.701/1.702).

³⁰ *“Primeiramente, quanto à discussão da legalidade ou não do SENAC em manter o Grande Hotel-Escola Águas de São Pedro, caracterizando segundo a representante, desvio de finalidade, assim como utilização indevida de imunidades tributárias pelo representado, cumpre observar que os órgãos brasileiros de defesa da concorrência não são competentes para a análise das referidas condutas.”* (Averiguação Preliminar nº 08000.013472/1995-51, pp. 1712/1713).

econômica, em termos idênticos ao Parecer da Seae, sugerindo o arquivamento da averiguação.

44. O Cade, sob relatoria do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em concordância com os pareceres de Seae e SDE, analisou a conduta reportada sob a ótica predatória, ainda que o Relatório por ele apresentado não narrasse a denúncia de preços inferiores aos custos suportados. A denúncia, conforme relatado pelo Conselheiro, apenas indicou que haveria concorrência desleal pela cobrança pelo Senac de preços menores do que os praticados pelos hotéis, o que seria possível graças à imunidade de que gozava³¹. Acolhendo a análise da Seae quanto à ausência de racionalidade para a prática predatória e à estrutura do mercado, marcado por baixas barreiras à entrada, o Cade decidiu pelo arquivamento da averiguação, sem fazer grandes considerações sobre a competência dos órgãos de defesa da concorrência para análise de benefícios fiscais.

I.1.3. Os benefícios fiscais de cooperativas

45. Houve casos ainda em que as denúncias reportadas ao Cade se relacionavam a benefícios fiscais de cooperativas, como demonstra a tabela abaixo³²:

³¹ Assim, não havia, na conduta reportada ao Cade, qualquer denúncia da prática de preços abaixo dos custos: *“Segundo o Representante, haveria concorrência desleal devido à imunidade tributária do representado. Aduz, portanto, que, por ser isento de impostos, o representado pode cobrar preços menores por seus serviços de hospedagem, o que tem como consequência a eliminação de seus concorrentes, dificultando a atuação de hotéis rivais através da contratação de seus funcionários”* (Cf. Relatório do Voto do Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, disponível na Averiguação Preliminar nº 08000.013472/1995-51, p. 1743).

³² Houve inúmeras denúncias levadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência envolvendo suposta venda de medicamentos abaixo do preço de custo, geralmente dirigidas às Unimed enquanto entes que gozavam de isenções fiscais. Em grande parte desses casos, houve arquivamento do feito pela ocorrência de prescrição intercorrente, como por exemplo, na Averiguação Preliminar nº 08012.003128/1998-67 (Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Florianópolis; Representada: Cooperativa de Consumo dos Usuários de Planos de Assistência Médica e Cooperados da Unimed Florianópolis - USIMED; Julgamento: 21/11/2007) e Processo Administrativo nº 08012.005679/1998-00 (Representante: Associação Brasileira das Redes de Farmácias e Drogarias (“Abrafarma”); Representada: Unimed de São Carlos, de Rio Claro, de Araraquara e Cooperativa de

Processo	Representante	Representada	Julgamento	Prática Tributária	Conduta Investigada	Decisão
Processo Administrativo 08000.018405/1997-11	Abras	Coperhodia	27/03/2002	Benefícios Fiscais	Preço Predatório	Arquivamento
Averiguação Preliminar 08012.000804/2001-71	Sincofago	Associação dos Consumidores de Medicamentos ("Acom") e outros	21/01/2009	Benefícios Fiscais e Sonegação Fiscal	Preço Predatório	Arquivamento
Processo Administrativo 08012.007044/1999-00	Sinfarlon	Usimed do Paraná - Cooperativa de Usuários do Sistema Unimed do Estado do Paraná	13/05/2009	Benefícios Fiscais	Preço Predatório	Arquivamento

46. O Processo Administrativo nº 08000.018405/1997-11³³, por exemplo, teve origem com Representação feita pela Associação Brasileira de Supermercados ("Abras") contra a Cooperativa de Consumo dos Empregados do Grupo Rhodia ("Cooperhodia") em que se alegava que a empresa cooperativista venderia mercadorias ao público em geral e não somente aos cooperados, a preços abaixo

consumo de Médicos e Funcionários da Unimed e Coopersumo de Franca; Julgamento: 12/12/2007), identificados pelo levantamento feito consoante o Anexo 1 deste Relatório 1.

³³ Processo Administrativo nº 08000.018405/1997-11. Representante: Associação Brasileira de Supermercados ("Abras"). Representada: Cooperativa de Consumo dos Empregados do Grupo Rhodia ("Cooperhodia"). Julgamento: 27/03/2002.

aos do mercado, beneficiando-se de benefícios fiscais concedidos somente às vendas para consumidores cooperados.

47. O processo foi instaurado com base nos incisos I e II do artigo 20, cumulado com incisos IV e V do artigo 21, ambos da Lei 8.884/94, para que fosse feita uma apuração mais detalhada quanto à possibilidade de a prática de comercialização de bens de consumo de primeira necessidade, utilizando-se da isenção tributária, para supostamente dominar o mercado.

48. A Seae concluiu pela inexistência de irregularidades na ação da cooperativa sob o ponto de vista técnico-econômico, uma vez que a Representada não vendia mercadorias abaixo do preço de custo e seu crescimento não impediu a entrada de novos concorrentes, e, no que tange à isenção fiscal, essa também não seria substancial, haja vista que a cooperativa não visava lucro. Nesse sentido, destacou a sua incompetência para verificar a regularidade de questões de ordem tributária: *“de qualquer forma, acredita-se que a questão concernente ao recolhimento ou não de tributos, decorrentes de venda a não associados, não está afeta a esta SEAE, mas aos órgãos de fiscalização federal, estaduais e municipais”*.³⁴

49. Em que pese essa afirmação, a Seae não se esquivou de analisar eventuais efeitos à concorrência dos benefícios fiscais narrados:

Resta, como relevante para a presente análise, o fato de que as cooperativas de consumo vêm sendo beneficiadas por uma legislação que as isenta do recolhimento de tributos, assim caberia analisar se esse fato tem prejudicado a concorrência. Nesse sentido, identificou-se duas perguntas básicas a serem respondidas: (1) a cooperativa estaria praticando preços abaixo do preço de custo? (2) a presença, a atuação e o crescimento verificado pela COOPERHODIA impediram a entrada de novos

³⁴ Processo Administrativo nº 08000.018405/1997-11, p. 387.

*concorrentes no mercado geográfico relevante, já que, segundo a própria cooperativa, esta foi a pioneira nesse mercado?*³⁵

50. A conclusão da Seae quanto à pergunta (1) foi a de que a Representada não vendia mercadorias por preço inferior ao custo - os custos da cooperativa é que seriam menores, por esta se beneficiar de legislação que lhe concede isenções tributárias, permitindo que seus preços fossem menores que os praticados no mercado por seus concorrentes.³⁶

51. Quanto à pergunta (2), a Seae concluiu que, mesmo vendendo a preços menores dos que os verificados no mercado, a Representada não impediu a entrada de novos e fortes concorrentes.

52. Por fim, destacou que, mesmo que não houvesse a concessão de benefícios fiscais às cooperativas, elas ainda assim não seriam tributadas (a título de Imposto de Renda), por ausência de fato gerador, qual seja, auferir lucros, sendo este justamente o ponto que diferencia uma cooperativa de uma empresa qualquer:

O único benefício 'econômico' de que goza a cooperativa é o incentivo tributário, conferido pelas já mencionadas isenções, em detrimento de seus concorrentes. No entanto, mesmo que este fosse retirado, ainda assim, restaria às cooperativas o benefício da não geração do lucro que é o elemento que realmente diferencia uma cooperativa de uma empresa qualquer. Na medida em que a cooperativa não gera lucro, este não pode ser tributado pelo Imposto de Renda, por simples ausência do fato gerador. Dessa forma 'as sobras' podem ser reinvestidas, repartidas entre os cooperados ou, no limite, deixarem de existir na medida em que a cooperativa optar por vender sem margem de lucro (ou 'sobras', neste

³⁵ *Idem supra.*

³⁶ *Idem supra*, p. 388.

caso), ou seja, apenas cobrindo os custos, para operar com preços menores. ³⁷

53. A SDE destacou também que a investigação de eventuais ilícitos tributários não é de competência dos órgãos do SBDC.³⁸ Apesar dessa consideração, a SDE entendeu ser competente para analisar a legalidade da comercialização de bens de primeira necessidade à população em geral, destacando seus possíveis efeitos anticoncorrenciais.³⁹ Entendeu a Secretaria que o tratamento tributário diferenciado, de modo a estimular e incentivar a atividade cooperativa, é um meio de se alcançar objetivos constitucionalmente traçados, como propiciar a todos uma existência digna (art. 1, III, e art. 170) e reduzir desigualdades sociais (art. 170, VII; art. 3, III), adentrando inclusive no mérito da concessão dos incentivos:

A CF/88 estabelece em seu art. 174, §2º que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo, determinando, que o “adequado tratamento tributário ao ato cooperativo” seja estabelecido por lei complementar (art. 146, III, c).

É certo, portanto, que o tratamento adequado a ser dado ao ato cooperativo deve ser no sentido de apoiar e estimular, ou seja, concedendo-lhe benefícios. Se a CF/88 deliberou especialmente sobre as cooperativas, determinando o estímulo, o apoio e tratamento tributário adequado, é óbvio que merecem as mesmas tratamento diferenciado ⁴⁰

³⁷ *Idem supra*, p. 393

³⁸ *Idem supra*, pp. 668/669.

³⁹ “Como foi definido no Despacho que determinou a instauração do Processo Administrativo, o mesmo objetivou a investigação do fato de estar a Representada comercializando bens de primeira necessidade à população, sem restrição do acesso ao seu quadro de associados. **Cabe a esta SDE, portanto, determinar a legalidade de tal ato, detectando os possíveis efeitos anticoncorrenciais, já que as cooperativas são contempladas por alguns privilégios fiscais, não extensivos às demais empresas do ramo**” (Processo Administrativo nº 08000.018405/1997-11, p. 669).

⁴⁰ Processo Administrativo nº 08000.018405/1997-11, p. 673.

54. Em que pese terem sido tecidas tais considerações, a SDE destacou que as condutas previstas na Lei só configuram infrações na medida em que possam gerar os efeitos danosos previstos na mesma, sendo indispensável, desse modo, a análise circunstancial do caso para configuração ou não da infração. A conclusão foi a de que a Representada não vinha limitando ou impedindo o acesso de novas empresas ao mercado, revelando-se o mercado em questão altamente competitivo.

55. A ProCade, em seu parecer, acolheu a decisão da SDE pelo arquivamento, ressaltando que a legalidade de atuação da cooperativa deve ser verificada e questionada judicialmente, por fugir às questões inerentes à concorrência da Lei nº 8.884/94. Apesar dessa afirmação, destacou que a Lei de nº 5.764/71 é clara ao dispor sobre a proibição de venda de produtos pelas cooperativas a não cooperados. Existia nos autos confissão da cooperativa no que tange à venda (fornecimento) a terceiros, mas somente em casos específicos, sendo irrelevantes no mercado como um todo, não implicando em desrespeito à Lei de Defesa da Concorrência, na medida em que o consumidor, de modo geral, não possuía qualquer relação comercial com as cooperativas.

56. O Cade, sob relatoria do Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, também decidiu pelo arquivamento do feito. Apesar de reconhecer que as vantagens tributárias das cooperativas inegavelmente representavam uma vantagem concorrencial, o Conselheiro destacou que, nas vendas a não cooperados, legalmente facultadas às entidades, tais benefícios não seriam aplicáveis e que, portanto, não haveria de se falar em vantagem nesse mercado em específico. Quanto à alegação de extensão supostamente ilegal de benefícios legalmente conferidos às cooperativas para a venda aos não cooperados (o que equivaleria a uma sonegação de impostos), o Conselheiro analisou a questão sob a ótica dos preços predatórios, concluindo que a Representada não possuía poder de mercado suficiente para tornar racional qualquer tentativa de dominação do mercado através da prática predatória:

A alegação de conduta anti-concorrencial das representantes se apoia na possibilidade de que, deixando de recolher os impostos devidos, e estendendo ilegalmente as vantagens de custo que legitimamente possui nas vendas a cooperados também para as vendas a não cooperados, a Cooperhodia estaria praticando infração concorrencial, pois estaria

praticando a venda de mercadorias abaixo do preço de custo injustificadamente. Note-se que o custo a que se refere a acusação não é o custo de aquisição das mercadorias pela Cooperhodia, mas o custo de aquisição das mercadorias para uma empresa que não gozasse das mesmas vantagens tributárias. Decorre daí que as representantes não enquadram qualquer conduta das representadas no inciso XVIII do art. 21, já que não pressupõe que a prática gere prejuízos econômicos para a representada. ⁴¹

57. No mais, destacou que, ausentes os pressupostos para a identificação de atos anticoncorrenciais, a mera infringência a dispositivos de outras leis que não a Lei nº 8.884/94 deveria ser apurada em sede judiciária própria.⁴²

58. Já na Averiguação Preliminar nº 08012.000804/2001-71⁴³, o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Goiás (“Sincofago”) e outros apresentaram denúncia contra a Associação dos Consumidores de Medicamentos e outros, alegando que a Cooperativa de Usuários de Assistência Médica Unimed, utilizando o nome fantasia Usimed Farmácia, comercializava medicamentos com terceiros não cooperados, concorrendo deslealmente com as farmácias e drogarias que não usufruíam das mesmas isenções fiscais. As Representantes alegavam, inclusive, que algumas associações estariam comercializando medicamentos abaixo dos preços de mercado mediante sonegação fiscal.

59. A SDE, decidindo pelo arquivamento da averiguação preliminar, pautou mais uma vez sua análise pela ótica de preços predatórios, que, no caso em análise,

⁴¹ Processo Administrativo nº 08000.018405/1997-11, pp. 704.

⁴² *Idem supra*, p. 705.

⁴³ Averiguação Preliminar nº 08012.000804/2001-71. Representante: o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Goiás (“SINCOFAGO”). Representada: Associação dos Consumidores de Medicamentos (“Acom”) e outros. Julgamento: 21/02/2009.

configurava-se economicamente irracional e inapta a produzir prejuízos à concorrência.⁴⁴

60. O Cade, em conformidade com os pareceres da SDE, ProCade e MPF, decidiu pelo arquivamento do feito, diante da constatação de inexistência de indícios de infração à ordem econômica que justificassem a instauração de processo administrativo, acolhendo a análise sob a ótica predatória tal qual empreendida pela SDE.

61. No Processo Administrativo nº 08012.007044/1999-00⁴⁵, o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Londrina (“Sinfarlon”) apresentou representação contra a Cooperativa de Usuários do Sistema Unimed do Estado do Paraná (“Usimed do Paraná”), em que denunciava a prática predatória da Representada consistente da venda de medicamentos com até 50% de desconto, valendo-se das isenções fiscais conferidas às cooperativas, dificultando, com isso, o acesso, funcionamento e desenvolvimento de outras farmácias e drogarias que não gozavam de tais benefícios.⁴⁶ A denúncia também narrava a prática de venda casada,

⁴⁴ Averiguação Preliminar nº 08012.000804/2001-71, p. 137

⁴⁵ Processo Administrativo nº 08012.007044/1999-00. Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Londrina (“Sinfarlon”). Representada: Cooperativa de Usuários do Sistema Unimed do Estado do Paraná (“Usimed do Paraná”). Julgamento: 13/05/2009.

⁴⁶ Segundo a Representante, **“Enquanto cooperativa, a USIMED é detentora de uma série de isenções fiscais, tais como isenção de imposto de renda sobre o lucro líquido, sobre aplicações financeiras resultantes de atos cooperativos, entre outros. Em decorrência destas isenções a USIMED obtém privilégios legais que lhe permite conceder descontos em seus produtos farmacêuticos maiores que o possível aos demais comerciantes do ramo. Aliás, a conduta da USIMED chega a ser predatória, uma vez que no caso em espécie, recentemente veiculou-se propaganda em jornais de grande circulação noticiando que a Farmácia USIMED concederá descontos de ATE 50% (CINQUENTA POR CENTO), enquanto que a margem bruta do comércio varejista de medicamentos é de 30% (trinta por cento). Enquanto as farmácias têm que submeter-se a um regime de tributação com alíquotas fixadas pelo governo estadual (substituição tributária) e, portanto, podem comercializar com uma margem bruta de 30%, como poderão então concorrer com a USIMED? Acresce lembrar ainda, que a USIMED - enquanto cooperativa - não está fadada a uma falência, ao contrário das demais farmácias e drogarias.”** (g.n.) (Processo Administrativo nº 08012.007044/1999-00, pp. 13/14)

ao subordinar a integração do usuário da Usimed à condição de possuidor de plano de saúde junto à Unimed.

62. Após a instauração do processo, a SDE ressaltou que havia dúvidas quanto à configuração de preços predatórios. Para a caracterização desse tipo de ilícito, necessário que a precificação se desse abaixo dos custos suportados pelo agente econômico, com o objetivo de dismantelar a concorrência. No caso em análise, a SDE entendeu que a denúncia narrava tão somente a prática de preços abaixo dos praticados no mercado em razão das isenções tributárias que a Representada gozava.⁴⁷ Nesse sentido, entendeu por necessário o aprofundamento das investigações.

63. Em nova manifestação, a SDE, antes de adentrar a análise das condutas em específico, destacou que não cabe ao SBDC a apuração da legalidade de eventuais vantagens fiscais concedidas às cooperativas. No mais, entendeu que a principal conduta narrada na denúncia era a prática de preços predatórios:

*Aliás, antes que se passe à análise das condutas específicas, destaca-se que, no tocante à prática de preços predatórios, que constitui a principal denúncia apontada na Representação, alega-se que ela seria viabilizada pela isenção tributária gozada pela cooperativa, que estaria dela se beneficiando para praticar preços de medicamentos muito abaixo daqueles praticados no mercado pelos estabelecimentos farmacêuticos regulares. (g.n.)*⁴⁸

64. Com base nos argumentos de que a Usimed não chegara a atuar no mercado em questão, por conta de medida cautelar anteriormente imposta pelo Plenário do

⁴⁷ “No presente caso, em princípio, há dúvidas quanto à configuração de preços predatórios. A caracterização deste tipo de ilícito em geral deflagra a precificação a abaixo dos custos suportados pelo agente econômico, de forma a causar a dismantelamento da concorrência. No caso em questão, em princípio, os preços praticados pela representada encontram-se abaixo daqueles praticados no mercado, isto em razão de suas isenções tributárias, que a diferencia de seus concorrentes, mas não abaixo dos seus custos.” (Processo Administrativo nº 08012.007044/1999-00, p. 508)

⁴⁸ Processo Administrativo nº 08012.007044/1999-00, p. 553.

Cade, de que as barreiras à entrada eram suficientemente baixas para inibir eventual exercício abusivo de poder de mercado por parte da Representada e de que a regulação no preço de medicamentos no Brasil impedia eventual prática de preços suficientemente altos, a SDE arquivou o feito.

65. O Cade, acompanhando inteiramente a SDE, decidiu por manter a decisão de arquivamento.

I.1.4. Conclusão

66. A análise caso a caso empreendida nos itens anteriores desse capítulo permite tecer alguns comentários gerais acerca do tratamento conferido pelo Cade no tocante a denúncias em que a alegação de infração à ordem econômica envolvia o uso supostamente indevido de benefícios fiscais pelos agentes investigados.

67. Em primeiro lugar, o Cade e outros órgãos do SBDC sistematicamente negaram sua competência para verificar a regularidade ou licitude de tais benefícios fiscais. Não obstante essa negativa, a autoridade, reconhecendo que tais benefícios inegavelmente consistem em vantagem competitiva, não se negou a analisar eventuais infrações à ordem econômica delas oriundas.⁴⁹

68. A análise dos casos apresentados permite concluir que o diagnóstico do autor é aplicável não somente ao caso que investigava a comercialização de produtos farmacêuticos pelo Sesi de Santa Catarina, mas também aos demais precedentes levantados, ou seja, à forma geral pela qual o Cade analisa as denúncias envolvendo benefícios fiscais dos agentes investigados.

⁴⁹ Essa análise foi feita por SILVEIRA quando da análise do voto do Conselheiro Thompson de Andrade no Processo 08000.004542/1997-13: “Dois pontos do trecho acima transcrito merece reflexão. Em primeiro lugar, ao contrário do que parece, o CADE não se esquivou de analisar eventual infração à ordem econômica, mediante a prática de preços abusivos, em decorrência de diferencial competitivo oriundo de imunidade tributária. Apenas deixou claro que não é de sua competência avaliar a validade ou não desses benefícios.”. Ver ainda: SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e Concorrência**. Série Doutrina Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 170/171.

69. Em segundo lugar, confirmando a hipótese no que toca à análise sob a ótica predatória, nos casos levantados nesse capítulo, a análise pelo Cade das condutas a ele reportadas de fato foi feita a partir da ótica de preços predatórios.

70. Contudo, não raramente, esse enquadramento não condizia com muitas das alegações trazidas pelas partes, que não descreviam a comercialização de produtos ou serviços abaixo dos custos, núcleo conceitual da prática de preços predatórios tanto à luz da revogada Lei nº 8.884/1994, quanto da Lei nº 12.529/2011, mas apenas a comercialização abaixo aos preços do mercado.⁵⁰

71. No mesmo sentido, apesar de o Tribunal do Cade ter pautado sua análise pela ótica predatória, em inúmeros casos os outros órgãos integrantes do SBDC, como a Seae e a SDE, pautaram sua análise sob ótica diversa. Apesar dessa análise diversa por outros órgãos do SBDC em algum dos casos examinados, dificilmente, naqueles casos, conclusão diversa à da ausência de infração à ordem econômica teria sido tecida. No Procedimento Administrativo nº 08012.006746/1997-41⁵¹, por exemplo, em que se investigou conduta anticompetitiva na comercialização de refeições coletivas pelo Sesi, a Seae, solicitada a emitir parecer somente acerca da prática de preços predatórios, ressaltou que em relação às demais práticas que justificaram a instauração do processo (desvio de finalidade e concorrência desleal) só poderiam configurar ilícitos concorrenciais caso os Representados detivessem poder de mercado no mercado relevante onde atuavam.

72. Por fim, vale destacar a observação também feita por SILVEIRA quanto à possibilidade de o Cade se valer da prerrogativa de assistência e colaboração

⁵⁰ A prática de preços predatórios sancionável pelo direito antitruste, decorria, na vigência da Lei nº 8.884/1994, do disposto em seu artigo 21, inciso XVIII (“*vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo*”). A redação dada pela Lei nº 12.529/2011 é semelhante: “*vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo*” (artigo 36, parágrafo 3º, inciso XV).

⁵¹ Procedimento Administrativo nº 08012.006746/1997-41. Representantes: Associação Brasileira das Empresas de Refeições Coletivas (“ABERC”) e o Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas dos Estados de SP, RJ, MG, SC, RS e PR (“Sinderc”). Representadas: Departamentos Regionais do Sesi dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Julgamento: 06/04/2005.

legalmente prevista, contando, por exemplo, com o apoio da Receita Federal do Brasil:

*Seja como for, em casos desse tipo, seria prudente uma investigação mais aprofundada com base na prerrogativa estabelecida no artigo 36⁵² da Lei nº 8.884/94, contando-se, por exemplo, com o apoio técnico da Receita Federal do Brasil*⁵³

73. Tal prerrogativa foi mantida no texto da Lei nº 12.529/2011, que também dispõe em seu artigo 9º, parágrafo 3º, que as autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

⁵² “Art. 36. As autoridades federais, os direitos de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista e federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.”

⁵³ SILVEIRA, p. 171.

I.2. SONEGAÇÃO FISCAL COMO FATOR DE VANTAGEM COMPETITIVA

74. Além dos casos explorados no capítulo anterior, envolvendo benefícios fiscais, houve casos em que a denúncia de infração à ordem econômica levada ao Cade envolvia a prática de sonegação fiscal por parte das empresas investigadas, ordenados a seguir na ordem em que foram julgados pelo Cade:

Processo	Representante	Representada	Julgamento	Prática Tributária	Conduta Investigada	Decisão
Processo Administrativo nº 08012.000208/99-79	Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção Ltda	Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí Ltda (“Smarja”)	19/06/2002	Sonegação Fiscal	Limitar ou impedir o acesso ao mercado e dificultar a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de concorrente	Arquivamento
Averiguação Preliminar nº 08700.002374 1999-33	Distribuidora Amapaense de Bebidas Ltda.	Cervejaria Paraense S/A (“Cerpasa”)	15/09/2004	Sonegação Fiscal	Preço Predatório	Arquivamento
Averiguação Preliminar 08012.002528/2001-85	Associação Brasileira da Indústria de Tubos e Assessorios de Metal (“Abitam”)	Alphagal S/A, Comafal Comercial e outros	01/02/2006	Sonegação Fiscal	Preço Predatório	Arquivamento
Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23	Fras-Le S.A.	SYL Industrial Ltda.	11/11/2009	Sonegação Fiscal	Preço Predatório	Arquivamento

Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12	Jofund S.A.	Funderg Hiper Freios Ltda., Invicta Vigorelli Metalúrgica Ltda., Metalúrgica DS Ltda. e Sada Siderúrgica Ltda,	16/12/2009	Sonegação Fiscal	Preço Predatório	Arquivamento
Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98	Nellitex Indústria Têxtil Ltda.	Têxtil J. Serrano Ltda.	07/04/2010	Sonegação Fiscal	Preço Predatório	Arquivamento

1.2.1. A denúncia contra a Smarja

75. No Processo Administrativo nº 08012.000208/1999-79⁵⁴, foi levada ao Cade denúncia apresentada por Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção Ltda. em face da Sociedade das Mineradoras do Rio Jacuí (“Smarja”), por meio da qual se alegava que a Representada, associação do ramo de extração e comercialização de areia atuante na Grande Porto Alegre/RS, estaria praticando condutas “abusivas e cartelistas” com vistas a impedir o desenvolvimento das empresas que não eram dela integrantes. Os dispositivos alegados como violados pela Representante foram o artigo 20, parágrafos 2º e 3º, e o artigo 21, incisos I, II, III, IV, V, VI, XI e XIII, todos da Lei nº 8.884/94.

76. Conforme narrado na Representação, das trinta e duas empresas atuando no mercado de extração e comercialização de areia em Porto Alegre, vinte e oito faziam parte da Smarja. A não aceitação das “regras monopolistas impostas pela sociedade”,

⁵⁴ Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Representante: Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção Ltda. Representada Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí Ltda (“Smarja”). Julgamento: 19/06/2002.

que estaria orquestrando verdadeiro conluio, era o motivo pelo qual as quatro empresas restantes haviam se negado a participar da sociedade.

77. Em linhas gerais, alegava-se que a Representada estaria impondo preços e formas de trabalho, restringindo a venda de produtos somente às pessoas físicas e jurídicas que aceitassem a sua política. No mais, narrava-se que a Smarja impedia que empresas não associadas conseguissem a licença exigida para a extração de qualquer mineral, por meio da adulteração de protocolos de registros e da influência à elaboração de leis estaduais restritivas à área de exploração dos que não faziam parte da Sociedade.⁵⁵ A influência da sociedade junto ao Poder Público decorreria de sua elevada participação de mercado, que giraria em torno de 88%.

78. Especificamente no que toca aos aspectos tributários da denúncia, narrava-se que fraudes no preenchimento de notas fiscais pela Representada permitiam a prática de “preços abaixo do mercado”, impossibilitando a concorrência pelas demais empresas do setor. A fraude consistiria na ocultação, nas notas fiscais, de mais da metade do volume de areia que de fato era transportado, resultando numa incidência substancialmente menor de tributos (ICMS). Nos termos da Representação, tais fraudes seriam possíveis graças ao esquema de autofiscalização a que estava submetida a Sociedade (que, ao fim, resultava na ausência de qualquer fiscalização):

As embarcações integrantes do conglomerado da Sociedade dos Mineradores do Rio Jacuí, de acordo com declarações do representante legal da SOMAR - Sociedade Mineradora dos Ratos, não são

⁵⁵ Nos termos da Representação, o registro e licenciamento de áreas para a extração de areia ocorria da seguinte forma: “Primeiramente, o interessado deve dirigir-se ao DNPM - Departamento Nacional de Produção Mineral, através de processos próprio, e requerer a concessão de determinada área. Após a tramitação do processo, com a publicação no diário da União, se não houverem impedimentos, é expedida licença ou concessão, a qual estará vinculada a liberação para extração de qualquer mineral, a liberações dos órgãos Estaduais de proteção ambiental e alvarás das Prefeituras aonde estiverem situadas as áreas a serem mineradas. No caso específico da areia, a FEPAM - Fundação Estadual de Proteção Ambiental, exige a apresentação de um Plano de Controle Ambiental, antes de expedir a licença de operação. Exige também o alvará da Prefeitura onde está situada a área. Cumpridas todas as fases, está o empreendedor habilitado a minerar na área que lhe foi concedida” (Representação, p. 3/4, disponível no Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98, p. 4/5).

fiscalizadas. Quando preenchem as notas fiscais, as fazem de forma irregular e ilegal, eis que conforme noticiado, transportam 500m³ de areia, tiram a nota fiscal de 200m³ de areia, e o restante passa como entulho.

Como concorrer com uma entidade que além de mandar no mercado de areia, ainda se auto-fiscaliza.

Beneficiando-se do ICMS, em mais da metade da carga transportada, a Sociedade e suas empresas coligadas podem praticar preços abaixo do mercado, fazendo com que a já pequena concorrência acabe por sucumbir de uma vez por todas.⁵⁶

79. Os Representantes também alegavam que, apesar de terem denunciado as práticas da Smarja às autoridades federais e estaduais competentes, nenhuma providência havia sido tomada até então.

80. O processo administrativo foi instaurado em 12 de fevereiro de 1999 pela extinta Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), com base nos incisos I, II e IV do artigo 20 e incisos I, II, III, IV, V, VI e XI do artigo 21, todos da Lei nº 8.884/94, consistentes em fixar ou praticar, em acordo com concorrente, preços e condições de venda; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes; dividir as fontes de matérias-primas; limitar ou impedir o acesso, funcionamento e desenvolvimento de empresa concorrente no mercado; impedir o acesso de concorrente às fontes de matéria-prima; assim como impor condições de comercialização relativos ao negócio de lavra de areia no mercado relevante das jazidas do delta do Rio Jacuí, no Rio Caí, no Rio dos Sinos e no Rio Jacuí.

81. Em sua defesa, a Representada negou a totalidade das acusações. Afirmou, contrariamente ao apontado na denúncia, que o número de sócios era na verdade de 25 membros, exclusivamente pessoas físicas. No que toca às supostas irregularidades na emissão de notas fiscais, destacou que competiria às autoridades

⁵⁶ Página 25 da Representação, disponível nos autos do Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98, p. 36. A alegação relativa à autofiscalização da Smarja embasava-se especialmente em Reportagem do Jornal S.J. Atualidades “Prefeito Gilberto Amaro disse que iria acabar com a auto-fiscalização”.

fiscais a apuração da prática de sonegação. No mais, concluiu que não restou comprovada nenhuma das alegações dos Representantes e que não foram apresentados documentos comprobatórios válidos, autênticos e claros, mas somente declarações de terceiros, parciais e tendenciosas.

82. A SDE decidiu pelo arquivamento do feito, sem tecer quaisquer comentários no que toca à denúncia de sonegação fiscal. Após definir o mercado relevante, do ponto de vista geográfico, como sendo o Estado do Rio Grande do Sul (divergindo da definição municipal da denúncia), a Secretaria entendeu que não seria possível a configuração de cartel, tendo em vista que a Representada era composta exclusivamente por pessoas físicas, constituindo-se, portanto, em uma única empresa. Considerando que a operação que resultou na constituição da Sociedade, em 1996 (transformação de associação civil em sociedade mercantil), não havia sido submetida à aprovação dos órgãos de defesa da concorrência, determinou que a Representada apresentasse o ato de concentração praticado no mercado.⁵⁷

83. O Cade, sob relatoria do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, acatou o entendimento da SDE no que toca à ausência de comprovação de multiplicidade de agentes no polo passivo do processo, concluindo, nesse sentido, que a prática de cartel seria impossível. Quanto à denúncia de sonegação fiscal por parte da Representada, apesar de reconhecer que a conduta certamente violava o direito à concorrência por via reflexa, ao permitir a práticas de preços menores em virtude do desrespeito da legislação tributária, afirmou que este é assunto que foge da competência do órgão. Assim, foi determinada a remessa dos autos ao Ministério Público, a fim de que fosse feita a apuração de eventual crime contra a ordem tributária:

Ademais, é imperioso registrar que outra espécie de atuação concertada entre as empresas ligadas aos sócios da SMARJA foi apontada nestes

⁵⁷ Essa determinação culminou na análise da operação no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.003003/2000-86, aprovado pelo Cade no mesmo dia em que se decidiu pelo arquivamento do Processo Administrativo em análise (19 de junho de 2002). Em que pese a decisão pela aprovação, foi constatada a intempestividade da notificação ao Cade e, em decorrência desta, foi aplicada à empresa multa no montante de R\$ 63.846,00, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

autos, conquanto fuja à alçada de competência deste CADE examiná-la. Referimo-nos à alegação de que a SMARJA estaria praticando sonegação fiscal, em benefício exclusivo das empresas ligadas a seus sócios. Tal sonegação, desta forma, estaria sendo usada como instrumento para a viabilização de uma melhor oferta de preço ao consumidor final. Trata-se conduta que, obviamente, viola o direito à concorrência por via reflexa, posto que alcançar melhores preços mediante burla à legislação tributária constitui, além de crime contra a ordem tributária, verdadeira prática de concorrência desleal. Em razão da denúncia de sonegação fiscal, faz-se necessária a remessa de cópia dos presentes autos ao Ministério Público, a fim de que seja feita a apuração de eventual crime contra a ordem tributária.⁵⁸

84. Interessante notar que a Representada, ao apresentar embargos de declaração contra a decisão do Conselheiro Relator do processo, alegou a ocorrência de “omissão inadmissível” justamente no trecho em que o Cade teria expressamente reconhecido “que a requerida estaria praticando ato praticado como criminoso”. Isso porque, na visão da Representada, da “leitura do acórdão fica a impressão de que o CADE estaria referendando ou chancelando as pesadíssimas acusações criminais que foram anonimamente assacadas contra a Smarja”.⁵⁹

85. Igualmente curiosa a leitura da ProCade expressa na Nota Técnica nº 187/2002, por meio da qual analisou a oposição dos embargos. Na visão dela, ao reconhecer que as questões de sonegação fiscal fugiriam à competência do Cade,

⁵⁸ Voto do Conselheiro Relator Celso Fernandes Campilongo, p. 2/3, disponível nos autos do Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98, p. 1453/1454.

⁵⁹ Os embargos de declaração foram registrados sob o número 08700.002344/2002-48 e estão disponíveis nos autos do Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98.

o voto teria salientado que “apenas as repercussões concorrenciais de eventuais crimes contra a ordem tributária poderiam ser objeto de análise pelo CADE”.⁶⁰

86. O Cade conheceu dos embargos, negando-lhes provimento. Nos termos do voto do Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, o voto embargado em nenhum momento chancelou ou referendou qualquer acusação de crime tributário, mas apenas remeteu os autos ao Ministério Público do Rio Grande do Sul para que apurasse a consistência de dita acusação, vez que ciente das funções institucionais do órgão previstas no própria Constituição Federal.

87. Vale destacar que, apesar da decisão pelo arquivamento do processo administrativo em questão, o Cade reconheceu, quando da análise do Ato de Concentração nº 08012.003003/2000-86 (vide nota de rodapé nº 04), haver indícios de que a Smarja possuía posição dominante e, diante disso, decidiu por incidir a presunção legal de detenção de posição dominante, nos termos do artigo 20, §3º, e do artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/94. Outra característica destacada no voto do Conselheiro Relator Celso Fernandes Campilongo foi a existência de significativa barreira à entrada de novos competidores no mercado em questão, consistente na necessidade de aquisição de direitos para a lavra da areia. Contudo, entendeu o Conselho que não havia comprovação definitiva cabal de que a reunião em torno da Smarja tivesse redundado em abuso de poder de mercado: diversos depoimentos afirmavam não haver diferenças substanciais entre os preços da areia extraída no Rio Jacuí daqueles da areia de outras fontes. Ainda nos termos do voto:

Nada disso significa que a concentração gerada com a SMARJA não seja preocupante. Ao contrário, quer pelas barreiras à entrada (ambientais, de mineralogia, municipais ou políticas, quer pela forte impressão de que os pequenos concorrentes têm relativa dificuldade para se manter no mercado, quer pela reclamação de alguns distribuidores, trata-se de operação que deve ser aprovada com a expressa ressalva do art. 55 da Lei nº 8.884/94. Dito de outro modo: a

⁶⁰ Nota Técnica ProCade nº 187/2002, p. 3, disponível nos autos dos Embargos de nº 08700.002344/2002-48, p. 5.

aprovação poderá ser revista a qualquer tempo, de ofício, se assim indicarem razões de interesse público ou decorram, da aprovação, efeitos nocivos à concorrência. ⁶¹

I.2.2. A denúncia contra a Cerpasa

88. Na Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33⁶², a Distribuidora Amapaense de Bebidas Ltda. (“Dabel”) apresentou denúncia ao Cade por meio da qual alegava que a Cervejaria Paraense S/A (“Cerpasa”), por meio do subfaturamento de suas notas fiscais e do não atendimento a certas determinações legais⁶³, estaria comercializando cervejas a sua distribuidora por menos da metade do preço médio de suas concorrentes. Nos termos da Representação, tal quadro configuraria a prática de concorrência desleal.

89. A Representante colacionou à denúncia notas fiscais da empresa investigada e de suas concorrentes, bem como notícia do Jornal Gazeta Mercantil do Pará, em que se comunicava que a Secretaria do Estado da Fazenda do Pará havia instaurado inquérito para apuração de crime contra a ordem tributária (sonegação de ICMS) pela empresa investigada.

90. A decisão pela instauração da Averiguação Preliminar, pela SDE, destacou que a denúncia narrava a prática de preços predatórios, ainda que não houvesse, na denúncia, qualquer menção à prática de preços abaixo aos custos de produção, mas simplesmente aos preços médios do mercado. Especificamente quanto à denúncia de sonegação fiscal, a Secretaria destacou que a questão já estava sendo apurada pelo órgão competente.

⁶¹ Voto do Conselheiro Relator Celso Fernandes Campilongo, p. 14/15, disponível nos autos do Ato de Concentração nº 08012.003003/2000-86, p. 2222/2223.

⁶² Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33. Representante: Distribuidora Amapaense de Bebidas Ltda. Representada: Cervejaria Paraense S/A (“Cerpasa”). Julgamento: 15/09/2004.

⁶³ A Representante afirmava que as notas fiscais emitidas pela empresa investigada não atendiam às determinações legais estabelecidas pelos Protocolos ICMS 11/91 e 10/92, bem como pelo Decreto nº 5.348/97, que obrigava o recolhimento de ICMS por substituição (antecipado).

91. Após esclarecimentos da Representada, a SDE sugeriu o arquivamento do feito, por entender que as práticas denunciadas não configuravam qualquer infração à ordem econômica. A SDE destacou que para que fosse possível caracterizar a prática de preço predatório, os preços apontados na denúncia deveriam se referir aos preços praticados nos pontos de venda, e não o praticado ao seu distribuidor exclusivo, como havia sido feito, já que somente assim refletiriam a real relação de concorrência entre as empresas atuantes no mercado de cerveja do Amapá. A mera venda, por parte da empresa investigada, a seus distribuidores a preços menores do que os praticados pelas demais cervejarias aos seus respectivos distribuidores não poderia ser considerada uma prática anticoncorrencial, “*visto que, à época, possuía apenas um distribuidor no referido mercado*”. No mais, destacou-se que o mercado era competitivo, não apresentando barreiras à entrada significativas, e que a empresa investigada não detinha capacidade financeira para incorrer com os prejuízos inerentes à prática predatória, fatores que tornavam a conduta irracional do ponto de vista econômico.

92. Especificamente quanto à denúncia de que a empresa estaria sonogando impostos, não recolhendo os tributos sobre o preço real do produto distribuído, a SDE expressou o entendimento de que a conduta não seria passível de punição à luz da Lei de Defesa da Concorrência:

*Quanto à denúncia de que a CERPASA estaria sonogando ICMS, não recolhendo o imposto sobre o real preço do produto distribuído, uma vez que o preço do engradado da CERPA 600 ml estava sendo distribuído a preços abaixo do seu custo de produção, tem-se que referida prática denunciada não se enquadra no universo de condutas repudiadas pela Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, a qual vem sendo devidamente investigada pela Secretaria do Estado da Fazenda - SEFA - acerca de crimes contra a ordem tributária, como consta em matéria jornalística juntada aos autos à fl. 14.*⁶⁴

⁶⁴ Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33, p. 50-51.

93. A ProCade e o MPF também opinaram pelo arquivamento do feito. Seguindo o entendimento da SDE no que toca à incompetência dos órgãos do SBDC para apurar infrações à ordem econômica diretamente relacionadas à sonegação fiscal, a Procuradoria destacou que *“no que tange à possível fraude ao Fisco, de se notar que a competência para apurá-la é da Secretaria da Fazenda, que já iniciou as devidas averiguações”*.

94. O Cade, por unanimidade, manteve a decisão de arquivamento do feito, sem tecer comentários especificamente quanto à denúncia de sonegação fiscal. Sob relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, o Conselho também delimitou a conduta denunciada à de preço predatório, expressando entendimento idêntico ao da SDE, ProCade e MPF quanto à inexistência de indícios que comprovassem qualquer prática ou conduta anticoncorrencial por parte da Representada, que detinha apenas 18% do mercado.

95. Para o Cade, a análise das variações das participações de mercado das empresas atuantes no segmento de venda e distribuição de cervejas na cidade de Macapá, no estado do Amapá, demonstrava que a entrada da Representada nesse mercado, em 1999, apenas havia aumentado a concorrência na região e redistribuído as parcelas de mercado detidas pelas empresas. Com a entrada da Representada, a Dabel (Representante), que detinha 90% do mercado em 1998, passou a deter 61% do mercado.

1.2.3. A denúncia contra empresas atuantes no mercado de tubos com costura de aço de carbono

96. Na Averiguação Preliminar 08012.002528/2001-85⁶⁵, a Representação levada ao Cade pela Associação Brasileira da Indústria de Tubos e Acessórios de Metal (“Abitam”) denunciava diversas empresas atuantes no mercado de tubos com costura

⁶⁵ Averiguação Preliminar 08012.002528/2001-85. Representante: Associação Brasileira da Indústria de Tubos e Acessórios de Metal. Representadas: Açoborja Ind. E Com. Ltda., Alphargal S/A - Galvenização e Tubos; Comafal Comercial Ind. De Ferro e Aço Ltda., Icatu Metais Ltda., Embu Tubos Ind. Com. E Beneficiamento de Produtos Siderúrgicos Ltda., Manchester Ferro e Aço Ltda., Metalpack Fitas e Perfilados Ltda., Grupo Vanzin e Ferrobraz Ind. Ltda. Julgamento: 01/02/2006.

de aço de carbono pela prática de condutas anticoncorrenciais decorrentes de supostas fraudes tributárias e sonegações fiscais. Nos termos da denúncia, as empresas Representadas não estariam recolhendo alguns tributos e, com isso, tinham seus custos reduzidos, possibilitando-lhes oferecer preços inferiores aos praticados pelos demais concorrentes no mercado.⁶⁶

97. O Representante afirmava que, em decorrência da semelhança nos custos incorridos, nas tecnologias e nas escalas de produção, além da concorrência vigorosa que se verificava no setor, o mercado caracterizava-se por margens de lucro significativamente estreitas, de modo que qualquer vantagem de custos ou preços obtida por uma empresa, por menor que fosse, já seria capaz de alterar as condições da concorrência. Assim, após apresentar a estrutura de custos padrão do setor (p. 7 da denúncia), a Representante afirmou que qualquer preço abaixo do nível indicado seria irreal e impossível de ser obtido em condições normais de mercado. Apesar de ter reconhecido que a concorrência entre as empresas poderia justificar eventuais descontos e margens de lucros mais reduzidas, seria *“impossível a sobrevivência de uma empresa concorrente com preços sistemática e permanentemente abaixo do nível capaz de remunerar o investimento”*. Preços abaixo desse nível, assim, só poderiam ser obtidos por operações ilegais, como as que se verificavam na espécie.

98. Mais especificamente no que toca às condutas infrativas narradas, a denúncia destacava serem duas as modalidades de fraudes tributárias mais evidentes. A primeira abrangeria situações em que a empresa infratora, apesar de adquirir aço de fornecedores em um Estado da Federação em que a alíquota de ICMS era de 18%, indicava em sua nota fiscal endereço fictício, localizado em outro estado, implicando em uma alíquota substancialmente menor do imposto (a alíquota citada, na denúncia, foi de 7%). Nos termos da denúncia, nessas situações, a empresa infratora teria um custo reduzido, relativo a 11% a menos de ICMS, o que geralmente

⁶⁶ Nos termos da denúncia, por meio dessa conduta, *“as empresas associadas da Requerente, fiéis cumpridoras de suas obrigações fiscais, têm sua saúde econômico-financeira ameaçada, com graves prejuízos para a concorrência no segmento e, para a eficiência econômica e o bem-estar da sociedade como um todo, uma vez que as infradoras, ao não recolherem os tributos devidamente corretos, diminuem sensivelmente seus custos, passando a oferecer preços inferiores aos concorrentes que o fazem legalmente”*.

era realizado com o auxílio de empresas fantasmas ou de fachada. Uma segunda modalidade de sonegação envolveria a venda de tubos de aço com ICMS de 7%, quando, na verdade, deveria incidir a alíquota do Estado de origem, de 18%.⁶⁷

99. Por meio dessas práticas, as empresas denunciadas impunham ao mercado preços artificialmente baixos, redundando em prejuízo para os demais vendedores e perda de eficiência alocativa de recursos na economia. A Representante destacou não se tratar de uma simples questão de sonegação fiscal, com impactos apenas na esfera tributária, mas de *“condutas capazes de modificar drasticamente as condições da concorrência e do mercado, com resultados imprevisíveis em termos de concentração da oferta, fechamento de empresas, perda de emprego, esterilização de capital, desorganização da oferta”*, com prejuízos em questões de preço e qualidade dos produtos no futuro próximo.

100. Os dispositivos da Lei nº 8.884/94 indicados como violados foram o artigo 20 e 21, incisos I e XVIII (fixar ou praticar, em acordo com concorrente, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços e vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo, respectivamente).

101. Na decisão pela instauração da averiguação preliminar, a SDE destacou ser necessário fazer alguns esclarecimentos a fim de que a representação não fosse interpretada apenas como uma denúncia de crime contra a ordem tributária, sem qualquer reflexo para a concorrência. Em sentido contrário, afirmou a Secretaria que seria *“incongruente que as autoridades antitrustes se abstivessem de examinar o caso em tela, apenas por estar nele inserida uma questão que, a priori, poderia parecer fora de sua órbita de atuação”*. Isso porque, caso um agente se beneficie de uma conduta criminosa que de alguma forma possa prejudicar a livre concorrência, urge a necessidade de pronunciamento dos órgãos responsáveis por sua defesa. Assim, restaria nítido que *“a questão ora proposta deve ser objeto de análise pelas autoridades antitruste, não pela violação à Lei fiscal, mas por tratar de matéria que repercute no âmbito da concorrência.”*

⁶⁷ Outros tipos de sonegação foram indicados, como a sonegação direta, que envolveria as vendas praticadas dentro da chamada informalidade fiscal, bem como a venda de tubos com classificação incorreta.

102. Depois de esclarecimentos apresentados pelas empresas investigadas, a SDE decidiu pelo arquivamento do feito, por entender que a conduta descrita, de sonegação e outras irregularidades fiscais, escapava do escopo da lei concorrencial, “*tendo em vista ter natureza puramente tributária*”. Nesses termos, destacou que não competiria ao SBDC afirmar a existência de crimes contra a ordem tributária, já que, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, somente a autoridade administrativa fazendária poderia fiscalizar bem como apurar esse tipo de ilícito. Não obstante, determinou-se o envio de cópias do processo à administração tributária, para adoção das medidas que entender cabíveis.

103. A ProCade também sugeriu o arquivamento do feito, sem, contudo, afastar a competência do SBDC para analisar condutas relacionadas a práticas tributárias dos agentes investigados:

*Matérias tributárias por si não excluem a análise da conduta por parte do CADE. Se a denúncia de crime contra a ordem tributária refletir de algum modo sobre a concorrência, a conduta deve ser analisada por este Conselho, sem prejuízo de outras medidas cabíveis pela Receita Federal.*⁶⁸

104. Nos termos do parecer da Procuradoria, o SBDC seria incompetente para averiguar eventuais fraudes tributárias, mas não eventuais efeitos à concorrência delas decorrentes. Em que pese esse reconhecimento, entendeu a Procuradoria Federal que, no caso então em análise, a diferença de preço narrada pela denúncia refletia apenas a existência de maior eficiência por parte das Representadas.⁶⁹

105. O Cade, sob relatoria do Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú, manteve o arquivamento do feito, por entender inexistirem indícios de infração à ordem econômica. Acolhendo o entendimento anteriormente exposto pela SDE e pela ProCade, o Conselho afirmou que as acusações feitas pela Representante estavam

⁶⁸ Averiguação Preliminar 08012.002528/2001-85, p. 425.

⁶⁹ Dentre essas eficiências, foram destacadas as perdas médias menores na produção; a utilização de maquinários mais novos; ausência de custos de frete e/ou fretes inferiores aos narrados na denúncia; e comissões e margens operacionais também menores.

tipificadas e previstas na Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária e, assim, competiria às autoridades públicas fazendárias e não ao SDBC o poder legal de examinar, fiscalizar ou reprimir crimes contra a ordem tributária. Nesse sentido, determinou o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público e às autoridades fiscais para adoção de medidas cabíveis.

106. No tocante à acusação da prática de preços predatórios pelas empresas investigadas, entendeu o Cade que o fato de o mercado em questão ser extremamente competitivo, existindo um número expressivo de empresas de porte médio, e de as empresas investigadas não deterem poder de mercado (apresentando, em conjunto, uma participação no mercado de apenas 12,1%), não permitia que se cogitasse a ocorrência da conduta predatória, de acordo com a Resolução nº 20 do Cade, de 9 de junho de 1999. O Conselheiro destacou que danos ou restrições à concorrência só podem ser causados por empresas que detêm poder de mercado, revelando-se como condição necessária, mas não suficiente, para que haja ilicitude sob a ótica concorrencial.

107. O Conselheiro ainda afirmou que o fato de as empresas investigadas ofertarem produtos por preços inferiores aos de seus concorrentes não significava a existência de uma prática predatória, mas apenas *“práticas sazonais de empresas que, em determinado momento, conseguiram ser mais competitivas em termos de redução de custos, seja através de economias de escala e/ou de escopo”*. Assim, caberia aos consumidores decidirem pelas empresas com condições de ofertarem produtos com preços mais atrativos e *“ao mercado ditar propriamente, sem que haja lesão a concorrência, quem deve ou não permanecer”*.

I.2.4. A denúncia contra SYL Industrial Ltda.

108. Na Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23⁷⁰, foi levada ao Cade denúncia apresentada por Fras-Le S.A. em que se alegava que a Representada, SYL Industrial Ltda., em virtude de sonegação fiscal de IPI, estaria praticando preços substancialmente inferiores aos de seus concorrentes no mercado nacional de

⁷⁰ Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23. Representante: Fras-Le S.A. Representada: Syl Industrial. Julgamento: 11/11/2009.

reposição de pastilhas de freio. Por meio dessa prática, a Representada estaria causando prejuízos aos concorrentes do setor, aos consumidores finais e principalmente aos cofres públicos.

109. Em 2005, a SDE determinou o arquivamento do feito, por entender competir à Secretaria da Receita Federal a apuração da prática de sonegação fiscal e que somente após sua comprovação é que poderiam ser apurados os efeitos da conduta sob a ótica concorrencial:

Conforme relato supra, a presente investigação versa sobre o fato de a empresa, SYL Industrial Ltda, concorrente da empresa representante, estar por meio de sonegação fiscal, praticando preços menores no mercado e, desta forma, provocando perda de clientela e de mercado para a empresa FRAS-LE.

Dessa forma, entende-se que o assunto em pauta foge ao âmbito de competência desta SDE, dado que a causa de pedir da empresa representante é de atribuição da Secretaria da Receita Federal, que tem a competência legal para a verificação das possíveis irregularidades na área fiscal. Na hipótese de vir a ser comprovada a prática de sonegação fiscal, nesse caso, eventualmente caberá a esta Secretaria apurar os efeitos da referida sonegação fiscal sobre a dinâmica concorrencial do mercado. (g.n.)⁷¹

110. Dias após essa decisão pelo arquivamento do feito, a Representante apresentou petição por meio do qual informou a SDE que (1) a fiscalização da conduta pela Receita Federal de Sorocaba/SP tinha previsão de encerramento para o dia 13 de setembro de 2005, sendo de conhecimento da Representante que a empresa investigada estaria obstaculizando o procedimento de apuração pelos fiscais; que (2) a denúncia apresentada ao Ministério Público em Sorocaba havia sido arquivada pela Procuradoria da República, sob o argumento de que a Receita Federal e o INSS já tinham sido comunicados sobre os fatos; e que (3) estava em

⁷¹ Averiguação Preliminar nº 08012.003648/2005-23, p. 364-365.

andamento uma ação indenizatória junto à 5ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, em virtude da prática de concorrência desleal.

111. A partir dessas informações, a SDE expediu ofício à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda em Sorocaba, solicitando informações sobre o andamento dos processos envolvendo a empresa Representada. Em resposta, a Receita registrou que, devido a recurso voluntário apresentado pela Syl Industrial, os processos ainda aguardavam julgamento.

112. Em julho de 2008, após pesquisa no site do Conselho dos Contribuintes, obteve-se a íntegra do Acórdão expedido nos autos do recurso voluntário, relativo ao julgamento do Auto da Infração de IPI pela Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes. Em voto proferido pelo Conselheiro Relator Dalton César Cordeiro de Miranda, acolhido por unanimidade pelos demais membros da Câmara, foi confirmada a conduta fraudulenta da empresa, determinando-se a manutenção das penalidades aplicadas pelo Fisco.

113. Diante dessas informações, a SDE reabriu as investigações, mas conclui que inexistiam indícios de infração à ordem econômica suficientes à instauração de processo administrativo. A linha de raciocínio apresentada pela SDE não negou os distúrbios à concorrência derivadas de descumprimentos de obrigações legais, mas consignou o entendimento de que tais situações se caracterizam por uma irregularidade jurídica delimitada no tempo, de modo que, uma vez que a normalidade jurídica é restabelecida, reconstituem-se também as condições concorrenciais habituais:

Com efeito, é possível sustentar a geração de distorções concorrenciais derivadas de descumprimentos de obrigações legais, como normas trabalhistas, fiscais e administrativas. É o caso do agente que consegue conquistar ou até mesmo dominar mercado, sustentando-se em uma prática originariamente ilícita, como a inobservância de obrigações trabalhistas ou previdenciárias, o desrespeito à propriedade intelectual (pirataria), o desrespeito às regras que disciplinam o exercício de atividade econômica ou profissional (ausência de registro em órgão fiscalizador ou em órgão de classe), e

até mesmo a fraude em processo licitatório, em que é usual a participação de servidores da Administração, com desrespeito ao princípio da impessoalidade e às regras de contratação pela Administração Pública, entre outras práticas, que acabam resultando em uma redução artificial dos custos da empresa, ou em uma “vantagem competitiva” ilicitamente obtida, que viabilizam o desenvolvimento desse agente econômico em prejuízo dos concorrentes. Entretanto, é preciso observar que essas situações fáticas de aparente ou efetiva distorção na concorrência são impulsionadas pelo desvio àquilo que o ordenamento jurídico estipula como lícito, ou como o modus operandi regular da atividade.

As referidas situações caracterizam-se por uma irregularidade jurídica delimitada no tempo. Espelham casuísticas excepcionais que destoam da legalidade. Sendo assim, a partir do momento que a normalidade jurídica é restabelecida, reconstituem-se também as condições concorrenciais habituais. (grifos nossos)⁷²

114. Nesse sentido, a SDE afirmou que os órgãos de defesa da concorrência não serviriam para corrigir falhas pontuais decorrentes do descumprimento de mandamentos legais, cuja apuração depende da atividade de outro órgão, justamente porque, a seu ver, estas distorções seriam prontamente corrigidas quando do retorno aos parâmetros habituais da legalidade. “*Estas são questões a serem discutidas no âmbito judicial ou na esfera dos órgãos fiscalizadores administrativos respectivos*”.

115. A ProCade e o MPF seguiram o entendimento da SDE pelo arquivamento do feito, entendendo inexistirem indícios de infração à ordem econômica. A ProCade destacou que a esfera administrativa competente para coibir o comportamento de sonegação fiscal já havia sido provocada, tendo julgado e condenado a Representada para a regularização de sua situação fiscal, de modo que, extinta a causa de desigualdade entre os agentes do mercado, não haveria de se falar em conduta anticoncorrencial. O MPF, no mesmo sentido, destacou que a vantagem

⁷² Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23, p. 655-656.

ilegitimamente auferida pela Representada em razão do não recolhimento do IPI devido já havia sido sanada com a autuação por parte da Receita Federal.

116. Assim, concluiu a SDE que, no caso então em análise, os possíveis efeitos negativos à concorrência decorrentes de suposta afronta ao ordenamento jurídico decorriam de ilicitude na própria natureza do ato que, se inexistente, resguardaria um ambiente concorrencial equilibrado. Destacou, no mesmo sentido, que a esfera competente para apuração do ilícito já havia se manifestado no sentido da comprovação de indícios de simulação fraudulenta levada a cabo pela Representada, objetivando burlar a fiscalização e não recolher os tributos na forma da lei, “*não sobrevivendo qualquer fundamento para a atuação da autoridade antitruste nos termos da Lei n. 8.884/94*”.

117. O Cade, sob relatoria do Conselheiro César Costa Alves de Mattos, confirmou o arquivamento do processo, e, antes de explicitar as razões pelas quais entendeu não restar caracterizada a conduta predatória pela empresa investigada, fez alguns esclarecimentos quanto à competência do Cade para analisar denúncias diretamente relacionadas a práticas tributárias dos agentes econômicos. Apesar de afirmar que a tutela pela regularidade operacional e fiscal das empresas não é questão afeta aos órgãos do SBDC, o Cade afirmou que é possível sustentar a geração de distorções na concorrência originadas pelo descumprimento de obrigações legais:

Primeiramente, alguns esclarecimentos. Em consonância com a atuação da SDE, ressalto que descabe ao SBDC tutelar pela regularidade operacional e fiscal das empresas. Tal deve ser feito, como foi, pelo órgão competente. Nesta seara cabe apenas avaliar se a prática poderia ou não configurar um ilícito concorrencial, conforme o artigo 20 da Lei 8.884/94.

Na esteira do preceito legal, configuram infração à ordem econômica os atos, sob qualquer forma manifestados, mesmo que não alcançados, que tenham por objeto ou sejam aptos a produzir os efeitos previstos na lei, quais sejam: lesão à livre concorrência e à livre iniciativa, dominação de mercado relevante de bens ou serviços,

aumento arbitrário dos lucros e/ou exercício abusivo de posição dominante.

A Representante alega que o nexos causais para a regra antitruste é a prática de preços excessivamente abaixo do mercado pela empresa. Segundo a Representação ofertada, o fato que possibilita o exercício da conduta ilícita é a ocultação do IPI nas Notas Fiscais de venda emitidas pela Representada, em desacordo com a Tabela de Classificação do imposto. O agir ilícito da SYL, segundo a FRAS-LE, acarretaria em uma “concorrência desleal”, pois seria impossível praticar tais preços nesse mercado.

Entendo que é possível sustentar a geração de distorções originadas por descumprimento de obrigações legais. Por meio de uma conduta originalmente ilícita, o agente consegue reduzir artificialmente os custos da firma, possibilitando a conquista ou até mesmo domínio de mercado em prejuízo à livre concorrência. (grifos nossos)⁷³

118. Contudo, no caso então em análise, o Conselheiro entendeu que não restou caracterizada a conduta predatória imputada à Representada. Isso porque a ausência de posição dominante por parte da empresa investigada, bem como a verificação de que o mercado em questão era competitivo (havia oito players atuantes no mesmo setor), retiravam a racionalidade econômica da prática de preços predatórios.

119. No mais, afirmou o Relator que, independentemente das condições estruturais do mercado e da redução artificial do custo pela sonegação fiscal, não havia prova de que o preço praticado pela investigada era efetivamente abaixo do seu custo variável médio:

De qualquer forma, independente das condições estruturais de mercado (estágio 1 da regra de Joskow-Klevorick), não há provas de que o preço ficou efetivamente abaixo do custo variável médio. Independente de o custo ter sido reduzido artificialmente por sonegação de imposto ou por

⁷³ Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23, p. 683.

*maior eficiência do agente econômico, o fato de o preço ser superior ao custo efetivo compromete a constatação de uma prática de preço predatório.*⁷⁴

120. O Conselheiro não descartou a ocorrência de distúrbios à concorrência oriundos da prática tributária da empresa investigada, mas entendeu que eles eram pontuais, a serem corrigidos pelo órgão competente, a Secretaria da Receita Federal:

No caso em tela, há uma distorção no equilíbrio competitivo, porém pontual, a ser corrigida (como já foi) por outro órgão de governo, no caso a Secretaria de Receita Federal.

*Dessa forma, a priori, não há indícios para se constatar a ocorrência da conduta alegada.*⁷⁵

I.2.5. A denúncia contra Funderg Hipper Freios Ltda. e outros

121. Na Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12⁷⁶, representação foi encaminhada à SDE por Jofund S.A., por meio da qual se alegava que as empresas Funderg Hipper Freios Ltda., Invicta Vigorelli Metalúrgicos Ltda., Metalúrgica D. S. Ltda. e Sada Siderúrgica Ltda., por meio de sonegação fiscal, estariam praticando preços bastante inferiores aos custos de produção em condições normais de legalidade, caracterizando prática predatória contrária à concorrência. O mercado envolvido era a fabricação de freios e discos de freios para reposição.

122. Mais especificamente, as práticas apontadas como ilegais seriam: (i) a venda de produtos sem emissão de nota fiscal, tanto em âmbito federal quanto estadual; (ii) a venda de produto com emissão de nota fiscal irregular (com a descaracterização da efetividade da compra e venda); (iii) ausência da arrecadação tributária em

⁷⁴ Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23, p. 685.

⁷⁵ Idem supra.

⁷⁶ Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12. Representante: Jofund S.A.. Representada: Funderg Hipper Freios Ltda. Julgamento: 16/12/2009.

qualquer instância; (iv) arrecadação tributária irregular; (v) indução de consumidor a erro com utilização de identificação de seus produtos de forma semelhante aos dos concorrentes, com embalagens semelhantes; (vi) prática de preços abaixo dos custos de produção. Tais atos comerciais constituiriam não só infrações contra a ordem econômica, mas também contra as relações de consumo e contra a ordem tributária. O mercado envolvia era a fabricação de freios e discos de freios para reposição.

123. A Representante destacou que as fabricantes possuíam estruturas de custos semelhantes, compostas por gastos com matérias-primas, resinas de fundição, energia elétrica e embalagens. Nesse cenário, por meio da sonegação fiscal, com efeito direto nos custos de produção, as Representadas estariam praticando preços predatórios, possíveis graças aos custos infinitamente inferiores aos custos de produção em condições normais de legalidade.

124. Nos termos da denúncia, o custo médio industrial da fabricação de discos de freios e tambores de freios, descontados todos os impostos, seria de R\$2,61 por quilo do produto acabado. Agregando somente os impostos embutidos no preço de venda de qualquer operação de comercialização (12% de ICMS e 13,1% de PIS/COFINS), “*nenhum produto deveria ser vendido com preço inferior a R\$3,41/kg de peça acabada*”. Contudo, a Representava alegava, com base em notas fiscais emitidas por uma das Representadas que os preços praticados nas vendas chegavam a ser até cerca de 47,21% abaixo do custo, considerando os impostos.⁷⁷ Tais percentuais desconsideravam, ainda, outras despesas não operacionais, como as administrativas e comerciais, que, caso agregadas, piorariam ainda mais o quadro narrado.

125. Por meio dessas práticas, as empresas investigadas teriam alcançado parcela expressiva do mercado brasileiro, em detrimento da participação da Representante,

⁷⁷ Trecho da denúncia nesse sentido: “Analisando a nota fiscal 002429 e 002430 emitida por FUNDERG HIPPERFREIOS LTDA percebe-se que este fabricante está vendendo aos seguintes preços e respectivos R\$/Kg, a) HFO1 (equivalente ao 903300) – R\$ 6,20 ou R\$1,80/Kg (47,21 % abaixo do custo); b) H114 (equivalente ao 901063) - R\$ 12,82 ou R\$ 3,62/Kg (6,15 % acima do custo); c) HF38 (equivalente ao 900178) - R\$ 15,91 ou R\$ 3,59/Kg (5,27 % acima do custo); e, d) 1U23 (equivalente ao 901240) – R\$ 10,87 ou R\$ 2,97/kg (12,90 % abaixo do custo)” (Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12, p. 307).

que teria perdido uma parcela relevante de seu market share. Nos termos da Representação, essa redução não decorreria de perda de eficiência da empresa, vez que a Representante se manteve competitiva no mercado internacional, mas diretamente da concorrência desleal das Representadas.

126. Em outubro de 2006, a SDE sugeriu que a investigação fosse feita como averiguação preliminar, indeferindo o pedido de medida preventiva solicitada pela Representante.

127. Quando da análise do mérito da conduta, destacou que, apesar de à primeira vista parecer que a denúncia narrava questões não afetas à Secretaria, na medida em que constituiriam crimes contra a ordem tributária (de competência da Secretaria da Receita Federal), nos termos da Lei nº 8.884/94 (lei antitruste então em vigência), eram passíveis de análise pelos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência toda e qualquer conduta, ainda que não prevista expressamente no rol taxativo do artigo 21 da lei antitruste. Isso porque a análise das condutas anticompetitivas se daria pela consideração dos efeitos, independentemente da forma dos atos praticados:

Em que pese à primeira vista parecer que se trata de matéria não afeita a esta Secretaria, por se referir a crimes contra ordem tributária - e, portanto, de competência da Secretaria da Receita Federal - há que se destacar que para o Direito Antitruste Brasileiro a análise da legalidade das condutas depende da consideração de seus efeitos. Nesse sentido, o art. 20 da Lei 8.884/94 afirma que são passíveis de condenação condutas que tenham o condão de i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços, iii) aumentar arbitrariamente os lucros, iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Assim, são passíveis de análise por esta Secretaria toda e qualquer conduta, ainda que não elencada no rol do art. 21 da Lei

8.884/94, que tenha a potencialidade de produzir os efeitos acima descritos. (g.n.)⁷⁸

128. Especificamente no que toca à sonegação fiscal, a SDE destacou que, apesar de ela não constituir em si indício de infração à ordem econômica, eventual apropriação de parcela de mercado dela decorrente pode configurar prejuízo à ordem econômica:

*Importante salientar que a sonegação fiscal, embora atente contra a ordem tributária, não constitui, em si, indício de infração à ordem econômica. Entretanto, a consequente apropriação de market share dos concorrentes, pode representar indícios de obstrução ao funcionamento e/ou ao desenvolvimento de empresa rival, em possível prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa.*⁷⁹

129. A Secretaria ainda indicou que, para a análise da conduta predatória, tal qual indicada na denúncia, além da necessidade de apuração das participações de mercado das empresas investigadas e da existência ou não de barreiras à entrada, a instrução deveria apurar dados sobre o peso dos impostos e contribuições nos custos de produção dos produtos comercializados:

Somente a partir da análise desses dados, poderão ser visualizadas as implicações da redução do volume de produção nas parcelas de mercado dos concorrentes, bem como a possibilidade de exercício de abuso de posição dominante.

[...]

Não há, também, dados sobre os registros contábeis das empresas representadas, nem dados sobre o peso dos impostos e contribuições nos custos de produção de frios e discos de freios para reposição.

⁷⁸ Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12, p. 229.

⁷⁹ Idem supra.

*Essas informações são necessárias para a configuração de indícios mais contundentes de prática de preço predatório.*⁸⁰

130. Nesse sentido, além de ter oficiado a Representante para que apresentasse ditas informações, a SDE também enviou ofício ao Secretário da Receita Federal (“SRF”), nos termos do convênio firmado entre a SRF e a SDE (Convênio nº 20/2004), para que fornecesse cópia de processo que também tratava de denúncia da Jofund S/A. Contudo, não há notícia de que a Receita tenha se manifestado nos autos.

131. A Representante, em resposta ao ofício a ela enviado, admitiu que inexistiriam barreiras à entrada significativas, visto que inexistiriam requisitos formais para ingressar no mercado de reposição, bem como qualquer fiscalização e/ou homologação de produto por órgãos da administração pública. Inexistiram, igualmente, barreiras tecnológicas, patentes ou restrições a insumos que impedissem o ingresso de novos concorrentes.

132. Em Nota Técnica que decidiu pelo arquivamento do feito, a SDE, apesar de ter reconhecido que práticas tributárias como a sonegação fiscal podem gerar distorções concorrenciais, afirmou que tais distúrbios, uma vez que decorrentes de desvios àquilo que o ordenamento jurídico estipula como lícito, cessariam no momento do retorno aos parâmetros habituais de legalidade. Essa apuração não caberá aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mas sim ao Poder Judiciário e órgãos fiscalizadores respectivos:

[...] depreende-se que o alegado dano à livre concorrência estaria sendo provocado por um ato cuja apuração não compete à seara antitruste, embora irregular, mas que traria consequências danosas à livre concorrência, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Com efeito, é possível sustentar a geração de distorções concorrenciais derivadas de descumprimentos de obrigações legais, como em normas trabalhistas e administrativas. É o caso do agente

⁸⁰ Idem supra.

que consegue conquistar ou até mesmo dominar mercado sustentando-se em uma prática originariamente ilícita, como (i) a inobservância de obrigações trabalhistas ou previdenciárias, (ii) o desrespeito à propriedade intelectual, (iii) o desrespeito às regras que disciplinam o exercício de atividade econômica ou profissional (ausência de registro em órgão fiscalizador ou em órgão de classe), (iv) a fraude em processo licitatório etc.

Entretanto, é preciso observar que essas situações fáticas de aparente ou efetiva distorção na concorrência são impulsionadas pelo desvio àquilo que o ordenamento jurídico estipula como lícito, ou como o modus operandi regular da atividade. Sendo assim, a partir do momento que a normalidade jurídica é restabelecida, reconstituem-se também as distorções concorrenciais habituais (grifo nosso)⁸¹

133. Nesses termos, a Secretaria frisou que os órgãos de defesa da concorrência não se prestam a se manifestar quando as distorções à concorrência decorrem de descumprimento de mandamento legal, cuja apuração dependa da atividade de outro órgão. Ela expressou o entendimento de que, quando do retorno aos parâmetros habituais de legalidade, tais distúrbios são prontamente corrigidos, e essa discussão deve se dar no âmbito judicial ou na esfera dos órgãos fiscalizadores administrativos respectivos.

134. Especificamente no que toca à sonegação fiscal, a Secretaria afirmou que, da forma como relatada na denúncia, embora hipoteticamente possa acarretar efeitos na estrutura competitiva de um determinado mercado, constitui matéria de competência das receitas Federal e estaduais e do Poder Judiciário. Uma vez corrigida eventual distorção por tais órgãos, com a adoção de medidas previstas pela legislação pertinente, eventuais distúrbios à concorrência seriam solucionados:

A sonegação fiscal por si, não caracteriza infração à ordem econômica, mas sim um ilícito fiscal, regulamentado e reprimido pelas Leis nº 4.729/65 e 8.137/90 (esta, na parte de crimes contra a ordem financeira).

⁸¹ Idem supra, p. 386.

Dessa maneira, entende-se que esta Secretaria de Direito Econômico não é competente para tratar da matéria trazida ao seu conhecimento (grifo nosso)⁸²

135. A SDE, por fim, negou sua competência para analisar a matéria de ordem tributária, como acima transcrito.

136. De maneira semelhante aos demais casos já analisados ao longo do Relatório 1, a SDE destacou que, mesmo que o cerne da acusação fosse a prática de preços predatórios (e não de ilícito tributário), a conduta anticompetitiva não restaria caracterizada na medida em que um dos primeiros requisitos para sua configuração, prejudicial à continuidade do exame da infração, seria justamente a existência de barreiras à entrada significativas. Para a própria Representante, como já destacado, a entrada no mercado de discos e tambores de freios automotivos destinados à reposição seria fácil, o que retiraria a racionalidade da conduta. No mais, não foi verificado poder de mercado por parte das empresas investigadas, tampouco se caracterizava a Representante, empresa com atuação no mercado interno e internacional, como agente vulnerável à predação.⁸³

⁸² Idem supra.

⁸³ Vale recapitular que a caracterização da prática de preços predatórios, nos termos da Portaria SEAE nº 70, de 12 de dezembro de 2002, dependeria da verificação das seguintes condições (cumulativas): (1) existência de barreiras à entrada significativas; (2) existência de capacidade ociosa ou possibilidade de expansão da capacidade instalada; (3) capacidade de autofinanciamento ou de financiamento via terceiros pela empresa que pratica a conduta predatória; e (4) preço praticado é inferior aos custos (custo médio total e custo variável médio). Nos termos do Anexo à Portaria, são considerados como variáveis “os custos do trabalho, materiais, energia, gastos promocionais, depreciação da planta relacionada ao uso e outros custos que variem com a produção”; como custos fixos “aqueles associados aos investimentos em capital físico e maquinaria, bem como os demais ativos fixos que não variam com a produção” e como custo médio total “a soma do custo variável médio e do custo fixo médio”. Quando o preço estiver entre o custo médio total e o custo variável médio, a firma é considerada sob suspeita de prática predatória e as condições de demanda e de oferta terão que ser analisadas, pois há a possibilidade dessa firma estar realizando uma política de minimização de perdas, em face do custo elevado para saída do mercado. Quando o preço praticado for inferior ao custo variável médio, configura-se uma prática predatória.

137. Tanto a ProCade quanto o Ministério Público Federal concordaram com a posição da SDE relacionada à incompetência dos órgãos inseridos no SBDC para analisar a acusação de sonegação fiscal. O MPF destacou que tal restrição decorreria do fato de *“a infração antitruste ser apenas uma derivação de uma ilegalidade prévia que, uma vez saneada, restabelecerá a higidez no mercado relevante afetado”*. Assim, em tais hipóteses, competiria somente aos órgãos legalmente responsáveis a observância das disposições legais afetadas e a aplicação de eventuais sanções. No caso narrado, a competência seria da Receita Federal.⁸⁴

138. O Cade, sob relatoria do Conselheiro Fernando de Magalhães Dias, decidiu por manter o arquivamento do feito, por unanimidade. O raciocínio exposto no Voto do Relator, contudo, foi um pouco diferente do da SDE. Para ele, era desnecessário o aprofundamento sobre a possibilidade ou não de eventual ilegalidade fiscal gerar efeitos concorrenciais, bem como sobre a competência dos órgãos do SBDC de os analisar. Isso porque, a seu ver, o conjunto probatório trazido pela Representante era insuficiente para demonstrar que as supostas condutas de fato existiram, *“pressuposto necessário para a análise de seus impactos no ambiente concorrencial”*. Ao contrário, foram juntadas aos autos, pelas empresas investigadas, declarações negativas de débito, declarações de regularidade do FGTS-CRF, além de outros documentos que refutavam as alegações da Representante.

1.2.6. A denúncia contra a Têxtil J. Serrano Ltda.

139. O Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98⁸⁵, por exemplo, em que se investigava a prática de venda casada e de preços predatórios na comercialização de tecido sintético de polipropileno, foi instaurado pela SDE nos termos do artigo 21, caput e incisos IV, V, IX, e XVIII da Lei nº 8.884/94⁸⁶. Uma das práticas

⁸⁴ Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12, p. 411.

⁸⁵ Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Representante: Nellitex Indústria Têxtil Ltda. Representada: Têxtil J. Serrano Ltda. Julgamento: 07/04/2010.

⁸⁶ Especificamente no tocante à prática de preços predatórios, a denúncia narrava que a Representada, após a entrada da Representante no mercado, baixou seus preços abruptamente, em uma margem de

investigadas, tal qual apontada pela SDE, consistia justamente em prejudicar a concorrência através de possível sonegação fiscal.⁸⁷

140. Após detalhada análise, a SDE concluiu que a implementação de uma estratégia de preços predatórios por parte da Representada apresentava-se viável, pois, apesar de incorrer em prejuízos a curto prazo, mediante manutenção de preços abaixo do custo, havia a possibilidade de, no futuro, com a exclusão de sua única concorrente, a Representada elevar os preços e auferir lucros suficientes para recuperar as perdas e lucros dispensados. No tocante à alegação de sonegação fiscal da Representada, a SDE, verificando uma incongruência entre o volume de matéria prima de polipropileno efetivamente utilizado e quantidade declarada pela Representada, identificou duas possibilidades que poderiam explicar tal incoerência:

*Desta diferença, surgem duas possibilidades: (i) ou poderia se confirmar uma subdeclaração dessa magnitude nas vendas da empresa - o que corroboraria a alegação da Nellitex de que os dados apresentados pela J. Serrano não contemplariam uma suposta sonegação de tributos conduzida por esta firma; ou (ii) que os dados técnicos de volume de PP por metro informado pela empresa estão subestimados. (g.n.)*⁸⁸

141. Apesar de ter reconhecido que a sonegação fiscal suscitada pela Representante poderia explicar a incongruência identificada, a SDE entendeu que

30% a 50%, passando a praticar preços abaixo aos do mercado e, possivelmente, abaixo dos custos de produção.

⁸⁷ Além da sonegação fiscal, a SDE apontou que outras condutas, quais sejam, impedir a atuação de concorrentes no mercado nacional, criar dificuldades à constituição, ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor ou adquirente de bens ou serviços, utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros e vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo também poderiam caracterizar infração à ordem econômica prevista nos incisos I, II e IV do art. 20 da Lei nº 8.884/94

⁸⁸ Manifestação da SDE de 16 de julho de 2008, p. 201/202, apresentada no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98.

essa possibilidade envolveria aspectos alheios à sua competência, mas, ainda assim, retificou os dados técnicos apresentados pela Representada:

Como o primeiro ponto envolve aspectos alheios à esfera de atuação desta Secretaria, limitamo-nos a "corrigir" os custos totais da empresa pelo volume efetivamente adquirido de resina de PP para uso em tecidos 100% PP. (g.n.)⁸⁹

142. A partir dessa análise, a SDE decidiu pela configuração da prática de preços predatórios, por meio da venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo e utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros, com a aptidão de impedir a atuação da concorrente no mercado nacional e criar dificuldades à constituição, ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa concorrente, condutas que caracterizariam a ocorrência de infração à ordem econômica nos termos dos incisos I, II e IV do art. 20 c/c incisos IV, V, IX, e XVIII do art. 21, todos da Lei nº 8884/94.

143. A análise feita pela SDE, por meio da qual a Secretaria presumiu a incorreção dos valores apontados pela empresa investigada, o que equivaleria, em termos tributários, à prática de sonegação fiscal, expressa de certo modo o entendimento de SILVEIRA. Isso porque, para o autor, apesar de o Cade não poder concluir em caráter definitivo se houve sonegação fiscal por parte dos agentes por ela investigados, ele pode e deve investigar os efeitos de eventual tratamento tributário utilizado pelo agente investigado à luz do direito antitruste:

De fato, o CADE não pode concluir em caráter definitivo se houve sonegação, mas pode e deve investigar os efeitos de eventual tratamento tributário utilizado pela empresa à luz da legislação de defesa da concorrência. A análise comparativa, levando em conta a conduta dos demais agentes de mercado no que diz ao recolhimento de tributos,

⁸⁹ *Idem supra.*

pode servir como instrumento para aplicação das normas concorrenciais
(g.n.)⁹⁰

144. Inconformada com as considerações tecidas pela SDE no tocante à acusação de sonegação fiscal, a Representada alegou que a presunção adotada pela Secretaria de que a empresa teria sonegado tributos contaminava o processo com nulidades insanáveis. Isso porque, além de fugir de sua competência a apuração de eventuais ilícitos tributários, a Receita Federal, após ter sido oficiada pela Secretaria, concluiu que não haviam sido constatadas incorreções no registro de notas fiscais de saída relativas aos anos de 2002 a 2003, afastando, com isso, qualquer dúvida acerca da ocorrência do ilícito tributário.

145. A ProCade, discordando da SDE, ressaltou que o estudo econométrico que embasou a conclusão da Secretaria partiu de dados e premissas equivocadas, porquanto teria presumido sonegação fiscal pela Representada e desconsiderado a possibilidade de desvio de demanda para móveis revestidos por outros tecidos. Indicou ainda que tal presunção foi afastada pela investigação realizada pela Receita Federal.⁹¹ Sugeriu, portanto, o arquivamento do feito.

146. O Cade, sob relatoria do Conselheiro Olavo Chinaglia, também em sentido contrário ao da SDE, entendeu que a conduta predatória não seria racional. Isso porque o mercado não apresentava barreiras à entrada significativas e as vendas futuras, pós predação, não seriam rentáveis o suficiente para permitir à Representada a recuperação do prejuízo inicialmente incorrido. Especificamente quanto à alegação de sonegação fiscal por parte da Representada, o Conselheiro entendeu que de fato a SDE presumiu o subfaturamento da Representada, o que posteriormente foi afastado pela diligência fiscal realizada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Diante dessa constatação, o Cade entendeu imperioso tomar como corretas as

⁹⁰ SILVEIRA, p. 311.

⁹¹ Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98, p. 6171 e 6183.

quantidades declaradas pela Representada, de modo que a subprecificação à qual chegara a SDE deixaria muito provavelmente de existir em uma nova análise.⁹²

147. Vale destacar que o Cade não se esquivou de analisar eventuais efeitos anticoncorrenciais da sonegação fiscal. Na realidade, por meio de prerrogativa prevista no artigo 36 da então vigente Lei nº 8.884/94, qual seja, a de assistência e colaboração da Receita Federal, entendeu a autoridade que a sonegação fiscal, antes presumida pela SDE, fora devidamente afastada pela autoridade competente a verificar as irregularidades fiscais da Representada.

I.2.7. Conclusão

148. A análise da jurisprudência levantada neste capítulo permite concluir que não existe, até o momento, uma tese uniforme dos órgãos do SBDC sobre a competência do Cade para avaliar distúrbios à concorrência causados pela sonegação fiscal dos agentes investigados.

149. Em alguns precedentes analisados⁹³, o Cade negou sua competência para avaliar tais distúrbios por entender que eles, na medida em que oriundos de mero descumprimento de mandamentos legais, seriam mitigados a partir do momento em que as autoridades competentes atuassem. Assim, quando do retorno aos parâmetros habituais de legalidade, tais distúrbios seriam prontamente corrigidos, e essa discussão deveria se dar no âmbito judicial ou na esfera dos órgãos fiscalizadores administrativos respectivos.

150. Tal entendimento, inclusive, é o mesmo que a autoridade veicula em seu site, respondendo à pergunta de se “*O Cade tem competência para atuar em casos de descumprimento de mandamentos legais?*”.

A sonegação fiscal, a inobservância de obrigações trabalhistas ou previdenciárias, o desrespeito à propriedade intelectual (pirataria), o

⁹² Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98, p. 7949.

⁹³ Por exemplo, a Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12 (denúncia contra Funderg Hipper Freios Ltda. e outros) e Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23 (denúncia contra a SYL Industrial Ltda.).

desrespeito às regras que disciplinam o exercício de atividade econômica ou profissional (ausência de registro em órgão fiscalizador ou em órgão de classe) podem resultar em uma redução artificial dos custos de uma empresa, ou em uma “vantagem competitiva” ilicitamente obtida, que viabiliza o desenvolvimento desse agente econômico em prejuízo dos concorrentes. Tais situações caracterizam-se por uma irregularidade jurídica delimitada no tempo, de modo que espelham casuísticas excepcionais que destoam da legalidade. Sendo assim, a partir do momento que a normalidade jurídica é restabelecida, reconstituem-se também as condições concorrenciais habituais.

A lei de proteção e defesa da concorrência visa a prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica, pautando-se nos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico. É norma de caráter ordinário que visa concretizar valores e princípios consagrados pelo constituinte como pilares sustentadores da ordem econômica. No entanto, não se pode prestar a corrigir distorções isoladas decorrentes de atos constituídos à beira da legalidade que, acaso legítimos, preservariam o ambiente concorrencial, e cuja licitude deva ser apurada em esfera distinta da dos órgãos antitruste. (g.n.)⁹⁴

151. Em outros casos, contudo, não foi exatamente esse o entendimento que expressou a autoridade antitruste. Na denúncia contra a Smarja (Processo Administrativo nº 08012.000208/1999-79), por exemplo, apesar de reconhecer que a conduta certamente violava o direito à concorrência por via reflexa, ao permitir a práticas de preços menores em virtude do desrespeito da legislação tributária, o Cade afirmou que o desrespeito à legislação tributária, em si, é assunto que foge de sua competência, sendo atribuída à administração fazendária. Nesse caso, inclusive, a ProCade, em sede de embargos de declaração, expressou o

⁹⁴ Acessível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Último acesso em 21 de junho de 2018.

entendimento de que “apenas as repercussões concorrenciais de eventuais crimes contra a ordem tributária poderiam ser objeto de análise pelo CADE.”

I.3. OUTRAS PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS COMO FATOR DE VANTAGEM COMPETITIVA

152. Além das representações envolvendo o uso supostamente indevido de benefícios fiscais e sonegação fiscal, houve outros casos em que as denúncias levadas ao Cade alegavam que outras práticas tributárias estariam relacionadas à infração à ordem econômica. Como será detalhado a seguir, tais casos tratavam especificamente de classificação fiscal supostamente incorreta na importação de produtos, o que permitiria a prática de preços substancialmente menores pela empresa investigada do que os praticados por concorrentes⁹⁵; de gozo por empresa estrangeira de isenção fiscal prevista por acordo internacional, que estaria na origem da prática de subcotação de fretes pela empresa investigada⁹⁶; e, finalmente, de subsídios fiscais e da alegada prática de crimes fiscais por parte da empresa investigada.⁹⁷

153. Nesses casos, o Cade sistematicamente afastou sua competência, não se negando, contudo, a analisar eventuais infrações à ordem econômica delas oriundas. Na maior parte desses casos, em sentido contrário ao que ocorreu nos casos envolvendo benefícios fiscais, o Cade não analisou a conduta investigada sob a ótica de preços predatórios, o que demonstra que essa não é a única perspectiva pela qual os casos envolvendo práticas tributárias podem ser analisados.

I.3.1. Classificação fiscal diferenciada na importação

⁹⁵ Averiguação Preliminar 08012.005837/1998-41. Representante: Agendas Pombo-Lediberg Ltda. Representada: Asta Participações e Representações Ltda. e Renaçó Comércio Importação e Indústria Ltda. Julgamento: 12/04/2000.

⁹⁶ Averiguação Preliminar 08012.001022/2008-25. Representantes: Sindicato da Indústria da Extração do Sal no Estado do Rio Grande do Norte ("SIESAL") e a Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Norte ("FIERN"). Representada: Sociedad Anônima Empresa Marítima - Emprepar S.A. ("Emprepar"). Julgamento: 25/02/2012.

⁹⁷ Procedimento Administrativo nº 08012.004325/2007-19. Representante: AFEBRAS - Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil. Representada: Coca-Cola Brasil e Companhia de Bebidas das Américas - Ambev. Julgamento: 09/10/2012

Processo	Representante	Representada	Julgamento	Prática Tributária	Conduta Investigada	Decisão
Averiguação Preliminar 08012.005837/1998-4	Agendas Pombo-Lediberg Ltda	Asta Participações e Representações Ltda. e Renaço Comércio Importação e Indústria Ltda.	12/04/2000	Classificação Fiscal na Importação	Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado e criar dificuldades à constituição, funcionamento e desenvolvimento de concorrentes	Arquivamento

154. Na Averiguação Preliminar de nº 08012.005837/1998-41⁹⁸, a Representante Agenda Pombos Lediberg Ltda. apresentou ao Cade denúncia em face da Asta Participações e Representações Ltda. e Renaço Comércio e Importação e Indústria Ltda em que alegava que as Representadas, apesar de comercializarem agendas personalizadas importadas muito semelhantes às comercializadas pela Representante, estariam vendendo suas agendas por um valor substancialmente menor aos daquela.

155. Nos termos da denúncia, essa diferença substancial decorria da classificação fiscal diversa pela qual as Representadas importavam seus produtos, refletindo em uma carga tributária inferior à suportada pela Representada⁹⁹. Além da classificação

⁹⁸ Averiguação Preliminar nº 08012.005837/1998-41. Representante: Agenda Pombos Lediberg Ltda. Representadas: Asta Participações e Representações Ltda. e Renaço Comércio e Importação e Indústria Ltda. Julgamento: 12/04/2000.

⁹⁹ Segundo a Representante, os produtos por ela comercializados eram importados na classificação fiscal 4820.10.00, que abrangia “agendas e artigos semelhantes”, sofrendo incidência fiscal na ordem de 19% em relação ao imposto de importação, 15% em relação ao IPI e 18% de ICMS, resultando em uma carga fiscal final de 61,48% sobre o custo do produto. Já as Representantes, apesar de comercializarem produtos semelhantes aos da Representada, os quais eram inclusive fabricados pela

fiscal, a denúncia também alegava que, do montante adquirido na comercialização de produtos pela Representada, parte era faturado a título de prestação de serviços, o que também estaria incorreto, tendo em vista que não haveria utilização de quaisquer serviços no Brasil.

156. Segundo a Representada, a importação de agendas através de uma classificação fiscal incorreta e o faturamento de vendas como suposta prestação de serviços permitia às Representantes a prática de preços cerca de 10% menores aos por ela praticados, gerando “*uma relevante redução no custo do produto que acaba por impossibilitar totalmente a concorrência para aqueles que agem corretamente no tocante ao enquadramento do produto*”¹⁰⁰. A infração à ordem econômica restaria configurada nos termos do artigo 20, inciso I, e artigo 21, incisos IV e V, ambos da Lei nº 8.884/94.

157. Em sua defesa, as Representadas, em sede de preliminares, alegaram ser a Representante a titular do poder e líder do mercado relevante de agendas personalizadas, com uma participação na ordem de 25%, tendo as Representadas participações ínfimas, de cerca de 3,8%. Igualmente, afirmaram que a matéria em questão seria comercial e tributária, fugindo à competência da SDE. No mérito, sustentaram que parte dos produtos por ela comercializados diferenciavam-se pelo conteúdo das informações, adequando-se ao conceito de “livros” e não “agendas”, de modo que não haveria qualquer incorreção em sua classificação fiscal para importação. No mais, afirmaram que obtiveram autorização para não recolher o ICMS incidente sobre os produtos e que eram emitidas notas diferentes de serviço e de venda devido às despesas com gravação, encadernação, estamperia e outros serviços personalizados.

158. A SDE decidiu pelo arquivamento da averiguação preliminar, entendendo que não havia indícios de potencialidade de danos à concorrência. Segundo informações

concorrente direta da Lidberg na Itália (Editoriale Johnson S.P.A.), importavam seus produtos em classificação fiscal diversa (4901.10.00: “livros em folhas soltas, mesmo dobradas”), resultando em uma incidência fiscal de apenas 18%, a título de IPI (Averiguação Preliminar nº 08012.005837/1998-41, pp. 338/339).

¹⁰⁰ Averiguação Preliminar nº 08012.005837/1998-41, p. 339.

trazidas pela própria Representante, o *market share* detido pelas Representadas estaria em torno de 7% e o mercado em questão apresentou tendência crescente de ofertantes, não existindo, nesse sentido, evidências de barreiras significativas à entrada. Com relação à classificação fiscal diferenciada nas importações das Representadas, a SDE afirmou que a fiscalização já estava sendo feita por órgão competente para sanar eventuais irregularidades, escapando da competência da Secretaria e do Cade:

Com relação à adoção de classificação fiscal diferenciada nas importações de agendas, o que proporcionaria às Representadas uma incidência tributária distinta da classificação fiscal apresentada pela Representante, tem-se que tais fatos já estão sendo apurados pelo órgão que é competente para sanar a irregularidade e puni-la, de acordo com os documentos acostados aos autos, às fis. 264/318.¹⁰¹

159. Acompanhando a SDE e a ProCade no sentido do arquivamento, o Cade, sob relatoria do Conselheiro Marcelo Calliari, teceu comentários quanto à possibilidade de análise pela autoridade de questões fiscais dos agentes, destacando que o órgão permanece passível de engajamento:

No que tange à inexistência de competência do CADE para apreciar irregularidades no setor fiscal e tributário, cumpre salientar que o Plenário deste Conselho, na ocasião tratando especificamente, de incentivos fiscais, já decidiu, na resposta à Consulta nº 38/99, que "Dada a patente relação do tema com a defesa da concorrência, o CADE permanece passível de engajamento no debate, dentro evidentemente da sua esfera de competência legal". Dado que a manutenção de um eventual tratamento diferenciado para o mesmo produto poderia, em princípio, como explorado na Consulta nº 38/99, distorcer as condições de concorrência, entendo adequado que seja enviado ofício à Receita Federal informando da disputa

¹⁰¹ Averiguação Preliminar nº 08012.005837/1998-41, p. 389.

e sugerindo a verificação da classificação tributária realizada pelas representadas (g.n.)^{102 103}

160. Não só caminha o precedente acima no sentido de que o Cade permanece passível de engajamento no debate, com clara declaração de que possui competência para tratar de temas relacionados à matéria tributária, como também demonstra a abertura para eventuais auxílios técnicos com demais autoridades, como a Receita Federal do Brasil.

I.3.2. Benefícios previstos por acordos internacionais

Processo	Representante	Representada	Julgamento	Prática Tributária	Conduta Investigada	Decisão
Averiguação Preliminar 08012.001022/2008-25	Siesal e fiern	Sociedad Anônima Empresa Marítima - Empremar S/A	25/01/2012	Isenção Tributária (Acordo Internacional)	Preços Predatórios	Arquivamento

161. Trata-se de Averiguação Preliminar instaurada mediante Representação apresentada pelo Sindicato da Indústria da Extração do Sal no Estado do Rio Grande do Norte ("Siesal") e a Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Norte ("Fiern") em face da empresa Sociedad Anônima Empresa Marítima - Empremar S.A. ("Empremar").¹⁰⁴ Em síntese, os Representantes alegavam que a empresa chilena,

¹⁰² Averiguação Preliminar nº 08012.005837/1998-41, p. 432.

¹⁰³ O Plenário, em 12 de abril de 2000, nos termos do voto do Conselheiro Relator, decidiu pelo arquivamento da averiguação preliminar, com envio de ofícios à Secretaria de Receita Federal do Ministério da Fazenda, sugerindo a promoção de investigação com o objetivo de conferir a exatidão da classificação tributária realizada pelas representadas. Averiguação Preliminar nº 08012.005837/1998-41, p. 433.

¹⁰⁴ Averiguação Preliminar 08012.001022/2008-25. Representantes: Sindicato da Indústria da Extração do Sal no Estado do Rio Grande do Norte ("Siesal") e a Federação das Indústrias do Estado do Rio

explorando atividades de transporte marítimo, teria incorrido em práticas anticoncorrenciais por meio da subcotação de fretes, que tinham como objetivo falsear a concorrência e dominar o mercado relevante de bens ou serviços.

162. Conforme narrado na Representação:

Em 1996 foi celebrado entre Mercosul e Chile o Acordo de Complementação Econômica n° 35 (ACE n° 35) com o objetivo de fortalecer o processo de integração da América Latina e assegurar melhor qualidade de vida para seus povos. O Acordo estabeleceu, por meio do 5° Protocolo, isenção de cobrança do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) para todo o sal importado do Chile. (...) A Isenção do AFRMM - Instituído pelo Decreto Lei n° 2.404/87, mas atualmente regido pela Lei n° 10.893/04 - proporcionou condições muito vantajosas para o exportador chileno, em razão da relativa proximidade com o Brasil, da magnitude do mercado consumidor brasileiro e da ausência de entraves aduaneiros.¹⁰⁵

163. Graças a essa isenção, a Representada conseguia praticar valor de frete semelhante ao praticado pelas empresas brasileiras, apesar de a distância percorrida por aquela ser cerca de três vezes maior:

Esse fato só é possível, pois a isenção de AFRMM, além do impacto direto sobre o custo da importação - 25% do valor do frete - impede a constatação de incompatibilidade do valor do transporte marítimo praticado com o normalmente realizado pelos armadores/transportadores no mercado.¹⁰⁶

Grande do Norte ("Fiern"). Representada: Sociedad Anônima Empresa Marítima - Empremar S.A. ("Empremar"). Julgamento: 25/02/2012.

¹⁰⁵ Averiguação Preliminar nº 08012.001022/2008-25, p. 7.

¹⁰⁶ Nos termos da representação, isso ocorreria porque o AFRMM era calculado sobre a remuneração do transporte aquaviário, aplicando-se alíquotas que variavam de acordo com a espécie de navegação, conforme disposto no artigo 6º da Lei 10.893/04. Nesse sentido, caso houvesse a constatação de

164. Segundo as Representantes, a prática de subcotação do frete marítimo no mercado de fornecimento de sal a granel para grandes consumidores tinha impacto relevante para a concorrência, na medida em que o frete representaria cerca de 50% do preço do produto, que inclui, além das despesas relativas ao frete, aquelas relativas ao custo e seguro.

165. O enquadramento da conduta no inciso XVIII do artigo 21 da Lei 8.884/94 foi feito pela SDE, o que foi contestado pelos Representantes, que defendiam que a conduta denunciada seria a de fechamento de mercado, por meio da venda do sal grosso para grandes clientes a preços artificialmente ou anormalmente baixos. Além de discordar do enquadramento da conduta feito pela SDE, os Representantes discordaram da definição do mercado relevante, salientando que a conduta reportada ocorria no mercado de sal para grandes clientes no território brasileiro, e não no mercado de frete marítimo.

166. O Cade entendeu que a conduta em análise indubitavelmente era a de preços predatórios. Apesar dos esforços empreendidos pelas Representantes para descaracterizar a denúncia realizada do conceito de preços predatórios, o Conselheiro Relator destacou que não haveria diferença teórica em chamar uma conduta anticompetitiva de preço predatório ou de anormalmente baixo.¹⁰⁷ Nesse

incompatibilidade entre o valor de remuneração do transporte aquaviário com as condições de mercado (subfaturamento), haveria retificação do valor. Contudo, no caso da Representada, a isenção do AFRMM não permitiria sequer a avaliação do valor do frete (Cf. Averiguação Preliminar nº 08012.001022/2008-25, p. 9)

¹⁰⁷ Para tanto, o Conselheiro fez referência a caso analisado no âmbito da Comissão Europeia: “*Será que existe uma prática de “preços anormalmente baixos” distinta do que comumente chamamos de preço predatório, tendo em vista a decisão da Comissão Europeia no caso Akzo? O caso se refere a uma denúncia, formulada pela empresa Engineering and Chemical Supplies (ECS), uma pequena produtora de peróxido de benzoíla do Reino Unido, contra a Akzo Chemie BV, multinacional do setor químico, por uma suposta conduta de preços abaixo dos custos, destinada a excluir a ECS do mercado. Uma das principais alegações, segundo a Comissão Europeia, seria a prática de preços abaixo do custo, ou preços anormalmente baixos. Entretanto, a mesma Comissão Europeia, em comunicação oficial do ano de 1998, trata preços predatórios como sinônimo de preços anormalmente baixos, citando, inclusive, o caso Akzo como referência na utilização da metodologia de preços predatórios. Isso se dá por uma razão simples: não há diferença teórica ou prática em chamar uma conduta anticompetitiva*”

sentido, houve manutenção da decisão de arquivamento, por entender que, apesar de existirem significativas barreiras à entrada, a reentrada era provável, retirando a racionalidade econômica da prática predatória. No mais, na visão do Conselheiro, a prática também ficou comprometida em razão do tempo de duração dos contratos firmados pela Representada, que impossibilitaria a recuperação dos prejuízos incorridos durante a fase predatória.

167. Especificamente no que toca aos de preços e custos, a análise “*demonstrou que, sob duas metodologias distintas de análise (custo total e custos evitáveis) os preços praticados não foram inferiores aos custos incorridos*”. Não houve qualquer manifestação do Cade quanto à legalidade ou mesmo competência para a análise das isenções fiscais de que beneficiava a Representada.

I.3.3. Subsídios estatais, crimes tributários e outras práticas fiscais

Processo	Representante	Representada	Julgamento	Prática Tributária	Conduta Investigada	Decisão
Procedimento Administrativo nº 08012.004325/2007-19	Afrebras	Coca-Cola Brasil e Companhia de Bebidas das Américas - Ambev	09/10/2012	Subsídios Estatais e outras	N/A	Arquivamento

168. Tratava-se de manifestação apresentada à SDE pela Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (“Afrebras”), pela qual a entidade expressou preocupações concorrenciais relacionadas à compra, pela Coca-Cola Brasil, da Matte Leão¹⁰⁸, além de inúmeras outras preocupações relacionadas ao mercado de

de preço predatório ou de anormalmente baixo. Não é à toa que as Representantes falharam em fazê-lo.” (Averiguação Preliminar nº 08012.001022/2008-25, p. 798/799).

¹⁰⁸ Ato de Concentração nº 08012.001383/2007-91, por meio do qual a Coca-Cola adquiriu a empresa Leão Jr., produtora do Matte Leão.

refrigerantes, como a prática de fixação de preços de revenda, contratos de exclusividades e distorções à concorrência supostamente causadas pela legislação tributária vigente na Zona Franca de Manaus (“ZFM”).

169. A Seae, solicitada a prestar auxílio na instrução do processo, encaminhou à SDE Termo de Encerramento da Denúncia nº 06002/2009/DF COGDC/SEAE/DF, formulada pela Afrebras, cujo objeto, semelhante ao apresentado na averiguação preliminar, era a denúncia de supostas infrações concorrenciais no âmbito da indústria nacional de refrigerantes propiciadas pelo regime tributário exclusivo da ZFM.

170. Segundo a Afrebras, os benefícios fiscais concedidos às duas maiores empresas de refrigerantes instaladas na ZFM, quais sejam, Coca-Cola Brasil e Companhia de Bebidas das Américas (“Ambev”), não eram acompanhados com um grau equivalente de geração de empregos, que era justamente a finalidade da concessão dos benefícios tributários. Ainda nos termos da Representação, essa desproporção gerava problemas de cunho concorrencial em três vertentes: (i) crimes tributários, relacionados principalmente aos incentivos fiscais envolvendo ICMS; (ii) concorrência desleal, amparada nas regras de tributação de IPI; e (iii) regime tributário favorável aos grandes produtores, referindo-se sobretudo ao PIS e COFINS.

171. A Seae concluiu pela inexistência de indícios de infrações à ordem econômica. Quanto ao item (i), a Seae considerou que a denúncia de crimes fiscais pela Representante, relacionada à alegação de superfaturamento do crédito presumido de ICMS e da possibilidade de aproveitamento indevido do seu crédito estímulo, por sua própria natureza, não se referia a qualquer infração à ordem econômica¹⁰⁹. Na verdade, sendo os créditos citados pela Representante incentivos fiscais previstos pela legislação do Estado do Amazonas enquanto estímulo à instalação de fábricas na região, eventuais suspeitas de crimes fiscais deveriam ser conduzidas ao órgão fiscal responsável naquele estado.

¹⁰⁹ Narrava a Representante que algumas fábricas localizadas na Zona Franca de Manaus não faziam jus ao incentivo fiscal relativo ao crédito estímulo do ICMS por não atenderem às restrições previstas pela Lei Estadual nº 2.826/03, referentes aos processos produtivos caracterizados como acondicionamento ou re-condicionamento.

172. Em que pese a declaração de incompetência da Seae para analisar as denúncias de crimes fiscais, ela não afastou a possibilidade de práticas ilícitas no âmbito do direito tributário virem a prejudicar a concorrência:

Pela natureza da denúncia, constata-se que os indícios levantados não se referem especificamente às infrações da ordem econômica previstas na Lei nº 8.884/94. Trata-se de suspeita de crime fiscal contra o Estado do Amazonas, o que conduz para o órgão responsável naquele Estado a pertinência de verificar se o suposto crime fiscal está em curso. A coibição de tais práticas não deve ocorrer no âmbito da Lei nº 8.884/94. Além disso, deve ser observado que, caso seja sanado esse suposto ilícito fiscal, não há que se falar em dano à concorrência (g.n.)¹¹⁰

173. Quanto à concorrência desleal, a Representante alegou que as empresas investigadas transferiam o crédito de IPI gerado na ZFM para outras regiões, possibilitando a prática de preços reduzidos nos refrigerantes. A Seae afirmou que não havia qualquer irregularidade nessa transferência, prevista pela Lei nº 9.363/96. Entretanto, a Seae reconheceu que ela poderia ocasionar a venda de outro produto abaixo do custo, de modo a configurar a prática de preços predatórios. Por esse motivo, sugeriu o envio da denúncia à SDE.

174. No tocante à terceira denúncia, qual seja, de que o regime do PIS COFINS vigente seria favorável às grandes empresas, a Seae afirmou que a matéria de cunho tributário encontrava-se fora das competências da Secretaria¹¹¹.

175. A Superintendência-Geral do Cade, em decisão pela convocação da averiguação preliminar em inquérito administrativo e subsequente arquivamento,

¹¹⁰ Procedimento Administrativo nº 08012.004325/2007-19, pp. 214/215.

¹¹¹ Em síntese, a Afrebras alegava que a Lei nº 10.833/03, ao determinar a não-cumulatividade entre PIS e COFINS e elevar as alíquotas incidentes sobre o faturamento, estabeleceu um regime *ad REM* (pelo qual há incidência de uma alíquota fixa por unidade de produto). Como consequência, esse novo sistema penalizaria os pequenos e médios produtores por supostamente apresentar um caráter não progressivo.

afirmou que questões de ordem fiscal e tributária levantadas pela Representante fugiam da competência dos órgãos de defesa da concorrência.¹¹²

176. O Tribunal do Cade não avocou o caso e, portanto, não teceu quaisquer considerações acerca da competência do SBDC em analisar questões de ordem tributária.

¹¹² “O representante trata ainda da legislação tributária, Zona Franca de Manaus, tributação sobre garrafa de 290 ml x 600ml - vidro retornável, renúncia fiscal e desemprego, assuntos que embora sejam relevantes, fogem da esfera de competência dos órgãos de defesa da concorrência.”
Procedimento Administrativo nº 08012.004325/2007-19, p. 234.

I.4. EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS DE INCENTIVOS FISCAIS E DA GUERRA FISCAL

177. Por fim, o Cade também já se manifestou sobre os efeitos anticoncorrenciais da concessão de incentivos fiscais por entes federativos, bem como sobre a situação conhecida como “Guerra Fiscal”, ocasiões em que considerações relevantes sobre práticas tributárias foram feitas pela autoridade antitruste.

Processo	Representante Consulente	Representada	Julgamento/Resposta	Prática Tributária/Objeto	Conduta Investigada	Decisão/Resposta
Consulta nº 0038/99	Pensamento Nacional das Bases Empresariais (“PNBE”)	N/A	22/03/2000	Guerra Fiscal	N/A	A Guerra Fiscal tem efeito altamente prejudicial à concorrência e danoso ao bem-estar da coletividade. Contudo, a concessão de incentivos fiscais é prevista e aceita na Constituição Federal de 1988, desde que atendidas formas específicas definidas pelo próprio texto constitucional. Tais formas asseguram que o órgão concedente sopesse diferentes interesses e princípios, avançando ao máximo o princípio de redução de desigualdades regionais e afastando o mínimo necessário o princípio da livre concorrência e do bem-estar geral. Incentivos concedidos à revelia de tais normas são potencialmente prejudiciais à concorrência além do que seria justificável
Consulta nº 08700.00	Phillips da Amazônia Indústria Eletrônica	N/A	13/06/2007	Incentivos Fiscais (Zona	N/A	Arquivamento

2380/2006-35	Ltda., Panasonic do Brasil Ltda., Sony do Brasil Ltda. e Semp Toshiba S/A			Franca de Manaus)		
Procedimento Administrativo 08700.00 3984/2010-85	Sindifumo-SP	N/A	14/09/2011	Legalidade de Atos Normativos-Regulamentares	N/A	Arquivamento
Averiguação Preliminar 08012.00 6665/2001-99	Sindelivre/ES, Senalba/ES e ABF	UFES e FCCA	26/07/2006	Subsídios Estatais	Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado e criar dificuldades à constituição, funcionamento e desenvolvimento de concorrentes	Arquivamento

I.4.1. Consulta nº 0038/99: efeitos anticoncorrenciais da Guerra Fiscal

178. Na Consulta nº 38/99, apresentada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais (“PNBE”) ao Cade no ano de 1999, a autoridade se manifestou sobre os impactos concorrenciais da situação conhecida como “Guerra Fiscal”, referente à concessão de incentivos fiscais e financeiros por entidades da Federação com o intuito de atrair empresas e novos investimentos aos seus territórios, principalmente através de mecanismos relacionados ao ICMS.

179. A Consultante afirmava haver fortes indícios de que tais políticas de incentivos iam de encontro à Lei 8.884/94, na medida em que permitiriam às empresas beneficiadas praticarem preços muito inferiores aos de seus concorrentes, podendo resultar, inclusive, no domínio de mercado por parte daquelas.¹¹³

180. O Cade, sob relatoria do Conselheiro Marcelo Calliari, destacou não haver dúvidas de que a concessão de incentivos fiscais, bem como qualquer outra medida adotada no âmbito do sistema tributário, influi na formação de preços, constituindo, desse modo, matéria ligada à defesa da concorrência.

181. Delimitando o enfoque da consulta ao aspecto mais controvertido da Guerra Fiscal, qual seja, a produção e circulação de mercadorias beneficiadas por incentivos fiscais e financeiro-fiscais concedidos com base no ICMS, o Cade, com base em simulações numéricas, concluiu que tais incentivos de fato apresentam efeitos nefastos à concorrência e à sociedade, conferindo vantagem competitiva relevante às empresas beneficiadas, que podem aumentar seu lucro substancialmente a partir de tais benefícios. Tal favorecimento brutal, na visão do Cade:

a) Retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo uso menos eficiente de recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país.

b) Protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação.

c) Permite que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam “predatoriamente” eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam mais eficientes e inovadoras, em função do enorme colchão protetor de que dispõem.

¹¹³ Nos termos da Consulta, em decorrência da Guerra Fiscal, “a empresa receptora dos incentivos governamentais pode oferecer preços muito inferiores aos das demais empresas. Poderá ocorrer ainda o domínio do mercado pela empresa beneficiada, tendo em vista que as empresas já existentes, bem como as novas, não terão condições para competir com os preços oferecidos pela mesma, por mais que promovam a redução dos seus, posto que têm que arcar com os custos e obrigações regulares de empreendimento” (Consulta nº 38/99, p. 63/64).

d) Prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo à melhoria de eficiência e inovação.

e) Gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dado que qualquer cálculo feito pode ser drasticamente alterado –e qualquer inversão realizada pode ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo incentivo.

f) Desestimula, por tudo isso, a realização de investimentos tanto novos quanto a expansão de atividade em andamento.¹¹⁴

182. Contudo, tendo em vista que a própria Constituição de 1988 aceita e prevê a concessão de tais incentivos mediante formas específicas, o Cade apontou que apenas a concessão feita à revelia de tais regras potencialmente viola o princípio da concorrência para além do que seria justificável.

183. Não obstante a indicação pela autoridade antitruste de que restaria passível de engajamento no debate, não restou claro o modo em que eventual denúncia apresentada ao Cade poderia ser analisada. Como apontado por SILVEIRA:

(...) a resposta a tal consulta não indicou, de forma pontual e precisa, quais seriam os dispositivos que dariam ensejo à caracterização de infração à ordem econômica em razão da existência de incentivos fiscais concedidos irregularmente pelos Estados.

Embora o Cade possa, nos termos do artigo 7º, X, da Lei nº 8.884/94, requerer aos entes federados ‘medidas necessárias ao cumprimento desta Lei’, não ficou claro qual seria a postura do órgão em situações concretas oriundas de causas fiscais. Melhor dizendo, não restou esclarecido quem seria o agente infrator, qual a infração específica e quais as sanções aplicáveis.¹¹⁵

¹¹⁴ Consulta nº 38/99, p. 522.

¹¹⁵ SILVEIRA, p. 179.

I.4.2. Consulta nº 08700.002380/2006-35: efeitos anticoncorrenciais dos incentivos fiscais

184. Questões semelhantes foram levadas ao Cade no âmbito da Consulta nº 08700.002380/2006-35. Apesar de esse caso não tratar especificamente da situação conhecida como Guerra Fiscal, as Consulentes, Philips da Amazônia Indústria Eletrônica Ltda, Panasonic do Brasil Ltda, Sony Brasil Ltda e Semp Toshiba S.A., também consultaram a autoridade antitruste sobre o uso por empresa, em tese, de vantagem de custos decorrente de benefício fiscal não extensivo aos concorrentes, conferido pela Lei Estadual nº 2.826/2003, vigente no regime tributário da Zona Franca de Manaus.¹¹⁶

185. O Cade, por maioria, decidiu pelo não conhecimento da consulta, por considerar que o processo não versava sobre o uso hipotético de vantagens decorrentes de benefício fiscal, mas do uso específico de benefícios que a empresa LG então gozava.

186. Apesar desses motivos, e de maneira paradoxal, o Cade concluiu pela inexistência de indícios de infração à ordem econômica que justificassem a conversão da consulta em averiguação preliminar. Para tanto, o Conselheiro Relator baseou-se em parecer anteriormente apresentado pelo MPF, destacando existirem dúvidas quanto à existência de razoabilidade econômica ou administrativa na distribuição dos incentivos fiscais diferenciados pelo Amazonas. Nesse sentido, concluiu que a questão seria melhor endereçada em foro competente à análise tributária:

A existência de tratamentos fiscais diferenciados é possível, como demonstra o posicionamento da jurisprudência do CADE sobre este aspecto. Frise-se que incentivos fiscais dados para possibilitar a entrada de agentes

¹¹⁶ Em síntese, as Consulentes narraram que a Lei nº 2.826/2003, apesar de ter revogado diploma que previa uma restituição de ICMS maior para os novos entrantes no setor de fabricação de televisores na Zona Franca de Manaus em comparação à aplicável aos concorrentes já instalados naquele estado, acabou dando continuidade ao tratamento tributário diferenciado, ao permitir que as empresas então entrantes continuassem no regime que lhe fora originalmente concedido. Com isso, a Lei nº 2.826/2003 teria sido responsável pela manutenção de uma fonte de desequilíbrio entre concorrentes, discriminando empresas já consolidadas daquelas entrantes no mercado.

econômicos em mercados concentrados com barreiras à entrada pode, sim, ser pró-competitivo, podendo advir desta isenção benefícios sociais. Assim, ainda que por ventura haja, hipoteticamente, alguma desigualdade no tratamento tributário, não se descarta, de pronto, a possibilidade da existência de alguma razoabilidade econômica ou administrativa na distribuição destes incentivos fiscais a LG.

De qualquer forma, independentemente de qualquer análise concorrencial, a questão posta é de cunho eminentemente tributário, sendo melhor endereçada a questão a outros foros que não a autoridade de defesa da concorrência. No presente caso, o judiciário, por exemplo, poderá afirmar, com mais propriedade, se o regime de tributação mencionado está ou não enquadrado na vedação prevista no art. 150, II, da Constituição Federal [...] ¹¹⁷

187. Como destacado na manifestação do MPF, acolhida pelo Cade, o órgão entendeu que não estaria caracterizada qualquer infração à ordem econômica. Isso porque, a seu ver, não se poderia consignar infração pela empresa LG, beneficiária dos incentivos fiscais, justamente porque ela estaria agindo com amparo na lei vigente. Para o MPF, tampouco caberia imputar ao Amazonas a infração à ordem econômica, tendo em vista que a edição de lei não constituiria medida capaz de ser enquadrada como passível de ser sancionada pelo direito antitruste:

Desde logo, é de se consignar que eventual infração à ordem econômica, no caso, não poderia ser cometida pela empresa LG, beneficiária dos incentivos fiscais, uma vez que estaria agindo com amparo na lei vigente. Tampouco caberia ser imputado ao Estado do Amazonas a prática de infração antitruste, já que tal hipótese se afigura impossível na espécie, dado que a edição de lei não constitui medida de ser enquadrada como

¹¹⁷ Consulta nº 08700.002380/2006-35, pp. 233/234.

*passível de ser sancionada pela via da legislação de combate às infrações à ordem econômica.*¹¹⁸

188. Apesar do entendimento de que os fatos apresentados não constituíam infração à ordem econômica, o MPF pugnou recomendável ao Estado do Amazonas a extensão do benefício tributário às demais empresas ou, alternativamente, que se acabasse com o tratamento diferenciado mediante revogação de todos os benefícios.

189. Analisando tal precedente, SILVEIRA expressou entendimento de que havia condições, nesse caso, de o Cade ter aprofundado a questão suscitada, mediante processo investigativo mais abrangente. Para o autor, e de encontro ao entendimento do MPF, caso não apurada razão válida para o tratamento tributário diferenciado, a partir da constatação de efeitos nocivos à livre concorrência, seria perfeitamente possível a condenação do agente por prática lesiva à ordem econômica¹¹⁹:

Não nos parece razoável alegar que a conduta estava respaldada por lei, a qual goza de presunção de constitucionalidade, e que, portanto, a conduta seria válida não apenas do ponto de vista tributário, mas também do ponto de vista concorrencial. Sendo constatados efeitos lesivos à concorrência, sem que haja justificativa plausível para o tratamento tributário diferenciado, não se pode deixar de aplicar a legislação de defesa da concorrência. Os princípios constitucionais atrelados à defesa da concorrência não podem sucumbir a interesses políticos não orientados por razões de ordem pública que, valendo-se de instrumentos de natureza tributária, não apresentem uma justificativa legítima para provocarem distorções. Dir-se-á, em sentido

¹¹⁸ Consulta nº 08700.002380/2006-35, p. 157.

¹¹⁹ Nesse sentido, afirmou o autor ser “[...] necessário que se identifique a razão pela qual seria válido o tratamento tributário diferenciado. Na hipótese de tal razão não ser apurada, é perfeitamente possível que, a partir da constatação de tratamento abusivo de posição dominante, aumento arbitrário de lucros, domínio de mercado relevante ou ato lesivo à livre concorrência e à livre iniciativa, que o agente seja condenado por prática lesiva à concorrência.” (SILVEIRA, p. 175).

*contrário, que o Poder Legislativo é autônomo para dispor, respeitadas as competências constitucionais, sobre o tratamento tributário.*¹²⁰

190. Apesar dessa consideração e concordando com a manifestação do MPF, o autor defende não haver como imputar infração à ordem econômica aos entes federados no desempenho de sua função legislativa ou executiva.¹²¹

I.4.3. Procedimento Administrativo nº 08700.003984/2010-85: efeitos anticoncorrenciais dos atos normativo-reguladores na indústria de cigarros

191. A legalidade de atos normativo-regulamentares perante o direito antitruste já foi questionada perante o Cade no âmbito do Procedimento Administrativo 08700.003984/2010-85. Em março de 2006, o Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo (“Sindifumo”) enviou à extinta SDE manifestação por meio da qual apresentou informações que demonstrariam os efeitos antincompetitivos gerados pelos atos normativo-reguladores editados pelo Governo Federal. Especificamente, o Sindicato alegava que o sistema tributário incidente sobre o setor fumageiro no Brasil interferira, de forma definitiva, em sua estrutura concorrencial e nas assimetrias e concentração econômicas. Apesar de constar como Representada a empresa Souza Cruz, não havia denúncia de qualquer conduta anticompetitiva em específico.¹²²

¹²⁰ SILVEIRA, p. 176.

¹²¹ Isso porque, na visão do autor, o então artigo 15 da Lei nº 8.884/94, não abrangeria as pessoas jurídicas de direito público enquanto agentes normatizadores (seja o Poder Legislativo, seja o Poder Executivo), mas apenas quando estiverem desempenhando atividades econômicas em concorrência com agentes privados (SILVEIRA, p. 179). Esse entendimento, contudo, encontra oposição de alguns doutrinadores. O próprio SILVEIRA indica, nesse sentido, a obra de LOSS (LOSS, Giovanni Ribeiro. **A Análise dos Incentivos Fiscais Estaduais pelo CADE**. In: *Revista do IBRAC*. Vol. 8 nº 2. São Paulo: IBRAC, 2001, p. 59-75 (p.69-70)).

¹²² Na Secretaria de Direito Econômico, o caso foi registrado sob o número 08012.001877/2006-94 e no Cade, após o envio de cópia pela SDE, sob o número 08700.003984/2010-85.

192. A manifestação da entidade baseou-se principalmente no “Estudo sobre a Tributação da Cadeia Produtiva do Fumo no Brasil”, elaborado pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras - Fipecafi.¹²³ No estudo, foi realizada uma análise detalhada da tributação incidente sobre a cadeia de fumo no país descrevendo os regimes tributários, alíquotas, preços médios praticados e tributos incidentes, bem como demais fatores que garantiam um amplo mapeamento no setor fumageiro no Brasil e no mundo.¹²⁴

193. Com base em tais considerações, o Sindifumo requereu dos órgãos do SBDC a adoção de providências cabíveis para eliminar as distorções geradas no mercado por normas que definiam a tributação incidente no setor. Os atos normativos especificamente citados na manifestação do Sindifumo foram o (i) Decreto nº 3.070, de 27 de maio de 1999, bem como suas alterações subsequentes, que alteraram a antiga alíquota do IPI no montante de 41,25% sobre o preço final do cigarro por um conjunto de alíquotas específicas determinadas por distintas classes de produtos; a (ii) Instrução Normativa nº 21 da Secretaria da Receita Federal, de 18 de fevereiro de 1998, que determinava a comercialização de cigarros no Brasil exclusivamente em embalagens com 20 unidades; e a (iii) legislação sobre o Registro Especial para os fabricantes de cigarro, especialmente a Instrução Normativa nº 95 da Secretaria da Receita Federal, de 28 de novembro de 2011, que impedia que um mesmo grupo fosse proprietário de mais de uma empresa no ramo e estabelecia que a

¹²³ SINDIFUMO - SP. **Estudo sobre a tributação da cadeia produtiva do fumo.** FIPECAFI - Março 2006.

¹²⁴ Cf. Procedimento Administrativo nº 08700.003984/2010-85, p. 788. Além do estudo elaborado pela Fipecafi, foram apresentados três outros estudos: (1) “Tributação, Regulação e Condições de Concorrência na Indústria de Cigarros”, do Professor José Tavares de Araújo Júnior, cujo ponto principal abordado eram as distorções advindas do regime de tributação do Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”) e das normas sobre a indústria de cigarros introduzidas pela Secretaria da Receita Federal; (2) “Análise dos efeitos dos benefícios fiscais concedidos pelos Estados brasileiros às indústrias de cigarros sobre a arrecadação do ICMS no Estado de São Paulo e (3) “A tributação do JPI na indústria de cigarros no Brasil”, ambos elaborados pela FIPECAFI.

análise do pedido de registro de fabricação fosse feita após a implementação das unidades produtivas.¹²⁵

194. A Seae concluiu pela inexistência de qualquer infração à ordem econômica no caso então analisado, destacando que as questões levantadas pelo Sindifumo não eram afetas às competências atribuídas ao SBDC, na medida em que relacionadas a regras regulatórias e não a condutas específicas puníveis pelo direito antitruste:

30. [...] observa-se que no mercado de cigarros a defesa da concorrência representa apenas um dos aspectos abordados, restando comprovada a interface entre essa política e as de saúde pública (sob responsabilidade da ANVISA) e de combate à informalidade e à sonegação fiscal (a cargo da RFB/MF). Concorda-se que o referido mercado apresenta elevado nível de concentração e características específicas que facilitam a ocorrência de práticas anticoncorrenciais. Todavia, no caso em análise, as questões levantadas pelo SINFIFUMO dizem respeito a regras regulatórias e não a conduta anticompetitivas específicas passíveis de serem apuradas em âmbito de Procedimento Administrativo. Nesse sentido, sugere-se o arquivamento do presente procedimento.

*31. Por fim, recomenda-se ainda que cópia deste expediente seja remetido à Receita Federal do Brasil/MF, a fim de que se manifeste acerca de aspectos tributário-regulatórios aqui apresentados*¹²⁶

195. Em que pese a sugestão de arquivamento do procedimento, a Seae traçou comentários relevantes quanto à alegação do Sindifumo de que o Decreto nº 3.070/1999 e suas alterações subsequentes, ao preverem uma alíquota maior para as classes de cigarro mais baratas, trariam consequências nocivas à

¹²⁵ Cf. Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico (“Seae”) nº 06116/2008/DF, páginas 1 e 2, apresentado no âmbito do Procedimento Administrativo nº 08012.001877/2006-94 (pp. 122/123).

¹²⁶ Parecer nº 06116/2008/DF, emitido pela Seae no âmbito do Procedimento Administrativo nº 08012.001877/2006-94.

concorrência, especificamente quanto às menores empresas, que somente explorariam as classes de menor valor.

196. A Secretaria entendeu que, se por um lado concorrem na classe de cigarros de menor valor as empresas de pequeno porte, com recursos limitados para investimentos em propaganda e marketing, por outro também é nesse segmento que se encontram as empresas que operam por liminares, descumprindo as normas da Receita Federal no que toca ao pagamento de tributos e aos requisitos de funcionamento. A Secretaria foi enfática ao afirmar que o não recolhimento de impostos por tais empresas lhes conferia certa vantagem competitiva.¹²⁷

197. Com base no parecer técnico apresentado pela Seae, a SDE arquivou o procedimento administrativo, em virtude de não terem sido apurados, à época, indícios de condutas anticompetitivas que autorizassem a instauração de averiguação preliminar ou processo administrativo.

198. Em 04 de agosto de 2010, por meio do Ofício nº 5158/2010/SDE, a SDE enviou ao Cade, para conhecimento e eventual adoção de medidas cabíveis, cópia do procedimento que nela tramitava, onde recebeu a numeração 08700.003984/2010-85. Após o arquivamento do feito pela SDE, o Sindifumo solicitou que o Cade se manifestasse acerca dos atos normativos que adotavam um sistema de alíquota fixa do IPI incidente sobre a fabricação e comercialização de cigarros, o que, na sua visão, gerava graves problemas competitivos e favorecia as duas maiores empresas do mercado.

199. Destacando que não haveria possibilidade de considerar as informações apresentadas pelo Sindifumo como Consulta, em relação à qual há uma série de requisitos para conhecimento e processamento previstos no Regimento Interno do

¹²⁷ Ver, nesse sentido: “*Diante dos fatos, o correto seria mensurar o impacto da alíquota específica do IPI e do não pagamento de tributos na classe I de cigarros para se ter o real efeito sobre a concorrência. Todavia, a ausência de dados não permite fazê-lo, impossibilitando qualquer posicionamento desta SEAE sobre o assunto*”. Cf. Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico (“Seae”) nº 06116/2008/DF, páginas 13, apresentado no âmbito do Procedimento Administrativo nº 08012.001877/2006-94 (pp. 134).

Cade (artigos 102 e 107), o Cade, seguindo o entendimento da Seae, SDE, ProCade e MPF, sob relatoria do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, destacou a incompetência do SBDC manifestar-se quanto a questões inerentemente regulatórias e que foram legalmente atribuídas a outros órgãos governamentais.¹²⁸

200. Na visão do Relator, tampouco se mostrava cabível qualquer ação pertinente à advocacia da concorrência, na medida em que se tratava de regulamentos explicitados por órgãos competentes, com motivação específica, “*que não afrontam em nada o exposto na Lei 8.884/94*”¹²⁹. Destacando que o Cade em inúmeras ocasiões encaminhou a agências reguladoras e outros órgãos governamentais recomendações em relação a dispositivos que injustificadamente inibiam a concorrência, o Conselheiro destacou que esse não era o caso do feito então em análise:

30. [...] Tal alerta não ocorre quando é incontestável e visível, em decorrência de peculiaridades inerentes a determinados setores, a necessidade de determinado dispositivo mesmo que este possa parecer um obstáculo à existência de mais competidores.

31. Determinado arcabouço regulatório pode gerar dificuldades para agentes econômicos ou mesmo aumentar as barreiras à entrada. Isto não significa que esse regulamento afronta a legislação de defesa da concorrência ou que caberia ao CADE emitir opinião sobre esse arcabouço normativo.

*32. Tal fato pode ser observado com bastante clareza nas diferentes alíquotas de importação que são adotadas em função da política de defesa comercial do país, ou mesmo, a existência as alíquotas de IPI diferenciadas em decorrência da política industrial*¹³⁰

¹²⁸ Procedimento Administrativo nº 08700.003984/2010-85, pp. 791/792.

¹²⁹ Idem supra, p. 791.

¹³⁰ Idem supra.

201. Apesar da afirmação de que não competiria aos órgãos do SBDC a análise de questões inerentemente tributárias e que, no caso em análise, sequer seria cabível qualquer ação da advocacia da concorrência, o Relator expressamente afirmou que não existia qualquer prejuízo à concorrência causado pelo sistema de alíquota fixa do IPI para o fumo.¹³¹

I.4.4. A denúncia contra a Universidade Federal do Espírito Santo (“Ufes”)

202. A questão relativa ao uso de incentivos fiscais por agente econômico também foi analisada pelo Cade na Averiguação Preliminar nº 08012.006665/2001-99¹³², instaurada com o objetivo de apurar a existência de condutas restritivas da concorrência no mercado de cursos de idiomas na cidade de Vitória, no Espírito Santo. Os Representantes alegavam que o curso de idiomas oferecido pela Fundação Ceciliano Abel de Almeida (“FCCA”), pessoa jurídica de direito privado criada pela Universidade Federal do Espírito Santo (“Ufes”), era fornecido a um preço simbólico provocando o fechamento de inúmeros cursos livres de idiomas e o desenvolvimento dos mesmos. Dentre as irregularidades suscitadas na denúncia, foi apontado que as Representadas utilizavam prerrogativas do Estado para exercer atividade econômica privada em situação de vantagem perante seus concorrentes.¹³³

¹³¹ Idem supra.

¹³² Averiguação Preliminar nº 08012.006665/2001-99. Representante: Sindicato dos Empregados em Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional do Estado do Espírito Santo (“Senalba - ES”), Associação Brasileira de Franchising (“ABF”) e Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre do Estado do Espírito Santo (“Sindelivre/ES”). Representados: Fundação Ceciliano Abel de Almeida (“FCCA”) e Universidade Federal do Espírito Santo (“UFES”). Julgamento: 26/07/2006.

¹³³ Além de o preço do curso de idiomas ser meramente simbólico, as Representantes alegavam que a FCCA utilizava o nome e dependências da UFES, além de estudantes/estagiários como professores, afastando a incidência de inúmeros impostos, taxas e encargos sociais. Nesse sentido, mencionam a Consulta nº 38/99, em que foi feita menção ao direito antitruste europeu, que proíbe auxílios estatais a atividades privadas. Diferentemente dos outros casos analisados, foi mencionado pelas Representantes que a conduta representaria uma forma de a Representada conseguir subsídios estatais, vedados pelo GATT.

203. A SDE entendeu que a denúncia de que a FCCA estaria atuando fora de sua competência, utilizando-se de subsídio estatal para praticar atividade típica de comércio, assim como a denúncia de supostas irregularidades na contratação de estagiários, não eram matérias inseridas no universo de condutas anticoncorrenciais repudiadas pela legislação brasileira de defesa da concorrência, devendo ser levantadas perante os órgãos competentes para análise. Nesse sentido, a Secretaria não identificou indícios de ocorrência de infração à ordem econômica, na medida em que o mercado relevante se mostrou competitivo e não havia barreiras à entrada significativas, decidindo pelo arquivamento do feito.

204. A ProCade, apesar de ressaltar a competência do Cade para conhecer de quaisquer indícios de infrações à ordem econômica, independentemente de sua natureza, opinou pela manutenção de arquivamento do feito diante da ausência de efeitos anticompetitivos. O MPF manifestou-se nos mesmos termos.

205. O Cade, em conformidade com os pareceres da SDE, do MPF e da ProCade, manteve o arquivamento do feito, por entender ausentes quaisquer efeitos anticompetitivos da conduta imputada à Representada.

206. O Conselheiro-Relator, Luís Fernando Rigato Vasconcelos, destacou em seu voto que as denúncias sobre possíveis irregularidades no convênio entre a Ufes e a FCCA já haviam sido feitas, em termos muito semelhantes, tanto perante o TCU como diante do MPF. O TCU, por meio da decisão de número 321/2000, fez diversas recomendações às Representadas para que houvesse transparência no convênio, entendendo tanto o TCU quanto o MPF que, uma vez realizados tais ajustes, não haveria qualquer irregularidade de uso indevido do patrimônio público para o fornecimento de aulas de inglês:

*Desta forma, pode-se observar que, segundo a SDE, 'o Curso de Línguas é projeto de Extensão da Universidade, apoiado pela Fundação Ceciliando Abel de Almeida, sob aval e respaldo dos Órgão Públicos locais de fiscalização' (fls. 770). **Sobre tal observação, cumpre destacar que, embora verse sobre assunto distinto da aplicação da Lei Antitruste***

Brasileira, as manifestações tanto do Ministério Público quanto do TCU apresentam um importante conteúdo de transparência nas condições de oferta dos cursos de idiomas prestados pela UFES, o que mitiga as possibilidades de uso abusivo, tanto dos incentivos fiscais como da estrutura física da Universidade Federal, em detrimento dos cursos privados de idiomas ¹³⁴

207. O Cade não se esquivou de analisar os efeitos concorrenciais dos incentivos fiscais de que gozava a Representada, destacando que no que se refere especificamente à análise da Lei nº 8.884/94, *“o presente Conselho, em casos similares, entendeu que o fato de existir isenções tributárias ou outros benefícios públicos não autoriza concluir, de imediato, a existência de qualquer infração concorrencial”*.¹³⁵ Assim, corroborando a análise da SDE, o Conselho entendeu por não configurada qualquer infração à ordem econômica, tendo em vista que o mercado apresentava baixas barreiras à entrada e que não havia indícios de poder de mercado ou quaisquer efeitos abusivos na atuação da Representada.

208. Concluindo, o Conselheiro destacou que a questão então em análise seria melhor analisada nos foros apropriados à discussão de políticas públicas e educacionais.¹³⁶

¹³⁴ Averiguação Preliminar nº 08012.006665/2001-99, p. 827.

¹³⁵ Idem supra.

¹³⁶ Averiguação Preliminar nº 08012.006665/2001-99, p. 829.

I.5. BREVE CONCLUSÃO

209. Como detalhado ao longo do presente Relatório, o Cade já foi provocado a se manifestar em diferentes ocasiões sobre denúncias em que a suposta infração à ordem econômica estava diretamente relacionada a práticas tributárias. A tabela a seguir sistematiza tais casos na ordem em que foram apresentados ao longo do Relatório, indicando as práticas tributárias denunciadas como lesivas à concorrência, as condutas anticompetitivas em que tais práticas foram enquadradas pelo Cade, bem como a decisão final da autoridade antitruste:

Processo	Representante/ Consulente	Representada	Julgamento	Prática Tributária Denunciada	Conduta Investigada pelo Cade	Decisão
Processo Administrativo 08000.004542/1997-13	Sindicatos do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Florianópolis, Tubarão e Região, Criciúma, Itajaí e Joinville	Sesi (Departamento Regional de Santa Catarina)	29/11/2000	<u>Imunidade Tributária:</u> desvio de finalidade na comercialização de produtos farmacêuticos ao público em geral, permitindo a prática de preços abaixo aos do mercado em virtude da imunidade	Preço Predatório	Arquivamento
Processo Administrativo 08012.000668/1998-06	Sinprofar	Sesi (Departamento Regional do Rio Grande do Sul)	17/12/2003	<u>Imunidade Tributária:</u> desvio de finalidade na comercialização de produtos farmacêuticos ao público em geral, permitindo a prática de preços abaixo aos do mercado em virtude da imunidade	Preço Predatório	Arquivamento

Procedimento Administrativo 08012.006746/1997-41	Aberc e Sinderc	Sesi (Departamentos Regionais de SP, RJ, MG, RS, SC e PR)	06/04/2005	<u>Imunidade Tributária:</u> desvio de finalidade no fornecimento de refeições coletivas, permitindo a prática de preços abaixo aos do mercado em virtude da imunidade	Preço Predatório	Arquivamento
Averiguação Preliminar nº 08000.013472/1995-51	Organização Hoteleira Fonte Colina Verde Ltda (Mylton João Tomazini)	Senac	19/01/2005	<u>Imunidade Tributária:</u> desvio de finalidade no funcionamento do Grande Hotel-Escola Águas de São Pedro, permitindo a prática de preços abaixo aos do mercado em virtude da imunidade	Preço Predatório	Arquivamento
Processo Administrativo 08000.018405/1997-11	Abras	Coperhodia	27/03/2002	<u>Benefícios Fiscais:</u> extensão indevida de benefícios fiscais da venda a cooperados às vendas a não-cooperados, permitindo a prática de preços abaixo	Preço Predatório	Arquivamento

				aos do mercado em virtude de tais benefícios		
Averiguação Preliminar 08012.000804/2001-71	Sincofago	Associação dos Consumidores de Medicamentos ("Acom") e outros	21/01/2009	<u>Benefícios Fiscais e Sonegação Fiscal:</u> o desvio de finalidade na comercialização de produtos farmacêuticos a não cooperados e a sonegação fiscal permitiriam a prática de preços abaixo aos do mercado	Preço Predatório	Arquivamento
Processo Administrativo 08012.007044/1999-00	Sinfarlon	Usimed do Paraná - Cooperativa de Usuários do Sistema Unimed do Estado do Paraná	13/05/2009	<u>Benefícios Fiscais:</u> as diversas isenções fiscais de que gozaria a Representada permitia a prática de descontos que os concorrentes não conseguiriam praticar,	Preço Predatório	Arquivamento

				caracterizando conduta predatória		
Processo Administrativo nº 08012.000208/99-79	Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção Ltda	Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí Ltda ("Smarja")	19/06/2002	<u>Sonegação Fiscal:</u> ocultação, nas notas fiscais, de mais da metade do volume de areia que de fato era transportado, resultando numa incidência substancialmente menor de tributos	Limitar ou impedir o acesso ao mercado e dificultar a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de concorrente	Arquivamento
Averiguação Preliminar nº 08700.002374 1999-33	Distribuidora Amapaense de Bebidas Ltda.	Cervejaria Paraense S/A ("Cerpasa")	15/09/2004	<u>Sonegação Fiscal:</u> por meio do subfaturamento nas notas fiscais e o não atendimento a certas determinações legais, a Representada estaria	Preço Predatório	Arquivamento

				comercializando seus produtos por menos da metade do preço médio de suas concorrentes		
Averiguação Preliminar 08012.002528/2001-85	Associação Brasileira da Indústria de Tubos e Assessorios de Metal ("Abitam")	Alphagal S/A, Comafal Comercial e outros	01/02/2006	<u>Sonegação Fiscal</u> : as empresas investigadas estariam simulando operações e sonegando diretamente tributos e, com isso, praticavam preços abaixo aos do mercado	Preço Predatório	Arquivamento
Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23	Fras-Le S.A.	SYL Industrial Ltda.	11/11/2009	<u>Sonegação Fiscal</u> : a empresa investigada sonegava IPI e, com isso, conseguia praticar preços substancialmente inferiores aos de seus concorrentes	Preço Predatório	Arquivamento

<p>Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12</p>	<p>Jofund S.A.</p>	<p>Funderg Hiper Freios Ltda., Invicta Vigorelli Metalúrgica Ltda., Metalúrgica DS Ltda. e Sada Siderúrgica Ltda,</p>	<p>16/12/2009</p>	<p><u>Sonegação Fiscal</u>: a venda de produtos sem emissão de nota fiscal ou com nota irregular e a arrecadação tributária irregular ou ausente permitiriam a prática de preços abaixo dos custos de produção</p>	<p>Preço Predatório</p>	<p>Arquivamento</p>
<p>Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98</p>	<p>Nellitex Indústria Têxtil Ltda.</p>	<p>Têxtil j. Serrano Ltda.</p>	<p>07/04/2010</p>	<p><u>Sonegação Fiscal</u>: a denúncia narrava a prática de preços predatórios; a suspeita de sonegação fiscal foi levantada pela SDE</p>	<p>Preço Predatório</p>	<p>Arquivamento</p>
<p>Averiguação Preliminar 08012.005837/1998-41</p>	<p>Agendas Pombo-Lediberg Ltda</p>	<p>Asta Participações e Representações Ltda. E Renação Comércio Importação e</p>	<p>12/04/2000</p>	<p><u>Classificação Fiscal na Importação</u>: a denúncia narrava que a Representada, apesar de importar produtos semelhantes aos da</p>	<p>Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado e criar dificuldades</p>	<p>Arquivamento</p>

		Indústria Ltda.		Representante, os importava mediante classificação fiscal diversa, o que lhe permitia praticar preços substancialmente inferiores, com o objetivo de falsear a concorrência e dominar o mercado	à constituição, funcionamento e desenvolvimento de concorrentes	
Averiguação Preliminar 08012.001022/2008-25	Siesal e Fiern	Sociedad Anônima Empresa Marítima - Empremar S/A	25/01/2012	<u>Isenção Tributária (Acordo Internacional)</u> : a denúncia narrava que as isenções fiscais gozadas pela Representada permitiam que ela subcotasse os seus fretes, com o objetivo de falsear a concorrência e dominar o mercado	Preços Predatórios	Arquivamento

<p>Procedimento Administrativo nº 08012.004325/2007-19</p>	<p>Afrebras - Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil</p>	<p>Coca-Cola Brasil e Companhia de Bebidas das Américas - Ambev.</p>	<p>09/10/2012</p>	<p><u>Subsídios Estatais e outras:</u> a denúncia narrava que as Representadas não atendiam às finalidades da concessão de benefícios tributários a elas conferidos, concorrendo deslealmente com as demais empresas a partir de tais benefícios</p>	<p>N/A</p>	<p>Arquivamento</p>
<p>Consulta nº 0038/99</p>	<p>Pensamento Nacional das Bases Empresariais ("PNBE")</p>	<p>N/A</p>	<p>22/03/2000</p>	<p><u>Guerra Fiscal:</u> a consulta questionava o Cade acerca dos efeitos à concorrência da concessão de incentivos fiscais e financeiros por entidades da Federação com o intuito de atrair empresas e novos investimentos aos seus territórios</p>	<p>N/A</p>	<p>A Guerra Fiscal tem efeito altamente prejudicial à concorrência e danoso ao bem-estar da coletividade. Contudo, a concessão de incentivos fiscais é prevista e aceita na Constituição Federal de 1988, desde que atendidas formas específicas definidas pelo próprio texto constitucional. Tais formas asseguram que o órgão concedente sopesse diferentes interesses e princípios,</p>

						avançando ao máximo o princípio de redução de desigualdades regionais e afastando o mínimo necessário o princípio da livre concorrência e do bem-estar geral. Incentivos concedidos à revelia de tais normas são potencialmente prejudiciais à concorrência além do que seria justificável
Consulta nº 08700.002380/2006- 35	Phillips da Amazônia Indústria Eletrônica Ltda., Panasonic do Brasil Ltda., Sony do Brasil	N/A	13/06/2007	<u>Incentivos Fiscais (Zona Franca de Manaus)</u> : a consulta questionava o Cade acerca de vantagens competitivas decorrentes de benefícios fiscais não extensivos a todos os agentes atuando num mesmo mercado	N/A	Arquivamento (Não conhecimento da consulta: conduta em específico)

Procedimento Administrativo 08700.003984/2010-85	Sindifumo-SP	N/A	14/09/2011	<u>Legalidade de Atos Normativos-Regulamentares:</u> a consulta questionava o Cade acerca dos efeitos anticompetitivos de atos normativos de natureza tributária no mercado de cigarros	N/A	Arquivamento (Não conhecimento da consulta: incompetência para análise de questões inerentemente regulatórias)
Averiguação Preliminar 08012.006665/2001-99	Sindelivre/ES, Senalba/ES e ABF	Ufes e FCCA	26/07/2006	<u>Subsídios Estatais:</u> a denúncia narrava que o uso de prerrogativas do Estado para exercer atividade econômica privada pela Representada consistia em vantagem competitiva perante os concorrentes	Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado e criar dificuldades à constituição, funcionamento e desenvolvimento de concorrentes	Arquivamento

II. ANÁLISE DE DECISÕES DE CORTES BRASILEIRAS E DE INICIATIVAS LEGISLATIVAS

210. O objeto principal desta Seção II é a análise não exaustiva de decisões de cortes superiores e tribunais brasileiros que abarcaram a relação entre concorrência e tributação. O objetivo dessa segunda etapa é identificar elementos que possam contribuir com o debate acerca da atuação do Cade em relação a práticas tributárias, objeto da primeira parte da pesquisa (“Seção 1”).

211. Tanto no âmbito judicial quanto no legislativo, os casos analisados revelam a crescente relevância da figura dos contribuintes conhecidos como “devedores contumazes”, ou seja, das empresas que reiteradamente deixam de pagar tributos. A discussão, que recebe grande enfoque na seara do Direito Tributário, frequentemente traz à tona os efeitos por vezes nefastos à livre concorrência de práticas tributárias. Em que pese tais considerações, o conceito do que seria um devedor contumaz, bem como o tratamento a ser conferido a ele, ainda é nebuloso, e pouco se discute sobre como o Cade poderia atuar nessa agenda.

212. No **Capítulo 1**, serão analisadas decisões do Poder Judiciário pertinentes ao debate. Considerações relevantes sobre os efeitos concorrenciais de práticas tributárias foram feitas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando provocado a se manifestar sobre o cancelamento do registro especial das empresas tabagistas em casos de inadimplência fiscal. Apesar de a ação em controle concentrado de constitucionalidade abordando o tema ainda não ter sido julgada em definitivo pela Corte, já houve manifestações relevantes ao longo de seu trâmite da ação que avaliaram a questão e que agregam significativamente à discussão a que se propõe essa pesquisa. Esse tema será trabalhando no **item II.1.1.** do primeiro capítulo.

213. Além do caso envolvendo a indústria de cigarros, também há precedentes em que o Judiciário foi provocado a se manifestar acerca da possibilidade de cassação da eficácia das inscrições estaduais de empresas inadimplentes. Como será desenvolvido ao longo do **item II.1.2.**, o Judiciário tende a ser favorável ao Fisco, reconhecendo a validade do cancelamento dos registros. Contudo, também há decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal, contrárias ao cancelamento, reconhecendo a excepcionalidade da medida e a necessidade de observância do devido processo legal, bem como da apuração exata dos débitos tributários do

contribuinte, para que a cassação não equivalha a verdadeira sanção política, vedada em matéria tributária. Nesse sentido, serão analisados casos em que estava em pauta a cassação do registro de empresas atuantes no setor de combustíveis e de outros setores, como a fabricação de refrigerantes.

214. Por fim, ainda no primeiro capítulo desse relatório, será abordado precedente do STF que reconheceu os efeitos à livre concorrência de um tipo específico de evasão fiscal, qual seja, o uso de medidas judiciais para obtenção de vantagem substancial tributária frente a concorrentes. Esse caso será analisado no **item II.1.3**.

215. Já o **Capítulo 2** volta-se à análise de iniciativas de cunho legislativo aptas a contribuir com a presente pesquisa. Foram identificados dois grandes temas pertinentes e que serão analisados neste relatório. O primeiro deles, a ser abordado no **item II.2.1**, refere-se às propostas legislativas de regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, que permite que o legislador estabeleça regimes especiais de tributação para a prevenção de desequilíbrios à concorrência.

216. Além dessa agenda, existe outra igualmente de cunho legislativo que também pode agregar ao debate desta pesquisa. Trata-se de legislações estaduais que vêm definindo o contribuinte enquadrado como “devedor contumaz”, de modo a autorizar o Fisco a adotar regimes especiais de tributação. Alguns diplomas tendo esse objeto serão analisados (**item II.2.2**).

II.1. PODER JUDICIÁRIO

217. Como adiantado na introdução do presente Relatório, ponderações importantes quanto à correlação entre concorrência e tributação foram feitas pelo Judiciário quando provocado a se manifestar sobre práticas tributárias de contribuintes inadimplentes, especificamente quanto às medidas especiais a eles aplicadas.

218. No primeiro item desse primeiro capítulo (**item II.1.1.**), será abordada a questão do cancelamento do registro de funcionamento de empresas tabagistas inadimplentes. Como será detalhado a seguir, o Supremo Tribunal Federal já foi provocado a se manifestar em duas ocasiões sobre a constitucionalidade de tal cassação. Além da STF, foi possível identificar decisões de outras instâncias do Judiciário tratando da mesma questão.

219. Já no segundo item (**item II.1.2.**), serão analisadas decisões tratando da negativa, por parte das administrações fiscais estaduais, de renovação de inscrições estaduais das empresas, principalmente as que atuavam no setor de combustíveis, e que também apresentavam irregularidades junto à Fazenda. Do mesmo modo ao verificado no item anterior, ponderações relevantes foram feitas sobre o impacto à concorrência dessas práticas tributárias.

220. Por fim, no terceiro item (**item II.1.3.**), será analisado o caso em que o STF foi provocado a se manifestar acerca do uso de medidas judiciais para a obtenção de vantagens concorrenciais.

II.1.1. O cancelamento do registro de funcionamento de empresas tabagistas inadimplentes

221. O Supremo Tribunal Federal teceu considerações relevantes sobre os efeitos da tributação sobre a concorrência nas ocasiões em que foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade da exigência de rigorosa regularidade fiscal

para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros.¹³⁷

222. A discussão tem como objeto central a análise da constitucionalidade do inciso II do artigo 2º do Decreto-lei 1.593/77, que permite o cancelamento, a qualquer tempo, pela própria Secretaria da Receita Federal, do registro especial de funcionamento das empresas tabagistas inadimplentes com tributos e contribuições federais:

Art. 2º. O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

(...)

II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal.

223. O registro especial é condição obrigatória para que a empresa possa funcionar e fabricar certa classificação de cigarros.¹³⁸

224. De um lado, argumenta-se que a possibilidade de cassação direta pelo órgão fiscal implica excesso de poder conferido à Administração, em detrimento da

¹³⁷ Apesar de um desses casos aguardar a retomada do julgamento desde 2010 (ADI 3.592), restando pendente, conseqüentemente, a decisão final da Corte, já é possível, nesse momento, apresentar o cerne do debate e analisar as manifestações registradas até hoje no trâmite da ação.

¹³⁸ A obrigatoriedade do registro especial de funcionamento é prevista pelo artigo 1º do próprio Decreto-lei 1.593/77, que dispõe que “**Art. 1º.** A fabricação de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados -TIPI, aprovada pelo Decreto nº 2.092, de 10 de dezembro de 1996, será exercida exclusivamente pelas empresas que, dispondo de instalações industriais adequadas, mantiverem registro especial na Secretaria Federal do Ministério da Fazenda”. Dentre as condições indicadas nos parágrafos desse artigo para a permissão e manutenção dessa atividade, encontra-se a exigência de comprovação da regularidade fiscal por parte da pessoa jurídica requerente ou detentora do registro especial, de seus sócios, pessoas físicas, diretores, gerentes, administradores e procurados, bem como das pessoas jurídicas eventualmente controladoras da requerente (artigo 1º, §2º, incisos I, II e III, do Decreto-lei 1.593/77).

liberdade de iniciativa e garantia do devido processo legal, consistindo em verdadeira sanção política, vedada em matéria tributária. O cancelamento do registro, nesse sentido, seria um instrumento inconstitucional voltado a constranger o devedor a pagar tributos.¹³⁹

225. Por outro lado, reconhece-se o grande rombo tributário na indústria de cigarros, marcado pela alta carga tributária, e os efeitos patentes de práticas de sonegação frente à concorrência. Não raramente, a alta carga tributária justifica-se frente à salvaguarda de outros princípios e valores presentes no texto constitucional. No caso da indústria do cigarro, considerações envolvendo a saúde pública adentram de maneira explícita ao debate.

II.1.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.952

226. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.952 (“ADI 3.952”), com julgamento suspenso desde 2010, o Supremo Tribunal Federal foi questionado sobre a questão da cassação dos registros especiais em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

227. A ADI, apresentada pelo Partido Trabalhista Cristão (PTC), contestava justamente as mudanças na legislação que passaram a permitir o cancelamento sumário do registro especial, sempre que constatado pela Receita Federal que a empresa atuante no setor não cumpre com suas obrigações tributárias, principais ou acessórias, relativas a tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.¹⁴⁰ Alegava-se que os dispositivos impugnados violavam os princípios

¹³⁹ Há quem argumente, inclusive, que a possibilidade de cancelamento sumário pela Receita Federal poderia se operar ao arpejo da concorrência, beneficiando concorrentes incomodados com a empresa. Conferir: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/a-fumaca-por-tras-dos-devedores-contumazes-07062017>.

¹⁴⁰ Os dispositivos impugnados foram o (i) artigo 1º da Lei 9.822/99, na parte em que conferiu nova redação ao artigo 2º, inciso II, do Decreto-Lei 1.593/77; o (ii) artigo 2º do Decreto-Lei 1.593/77, em sua totalidade, e o (iii) parágrafo 5º do artigo 2º do Decreto-Lei 1.593/77, incluído pela Medida Provisória 2.158-35/2001. Além do artigo 2º, inciso II, cujo teor já foi indicado nesse Relatório, a ação questionava o parágrafo 5º do mesmo dispositivo, que determina que o recurso contra o ato que cancelar o registro não tem efeito suspensivo, *in verbis*: “§ 5º. Do ato que cancelar o registro especial

do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da livre iniciativa, constituindo verdadeira sanção política, voltada a constranger o contribuinte ao pagamento de tributos.

228. Segundo o PTC, a alteração legislativa ofendia os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa ao permitir, no caso de descumprimento de obrigação tributária, o cancelamento do registro antes do trânsito em julgado, dando espaço à atuação sumária e arbitrária do Fisco. Ainda segundo o Partido, a ofensa aos princípios ficava mais patente diante da constatação de que, para os casos em que o cancelamento do registro decorria de prática de conluio, fraude ou de crimes contra a ordem tributária, sugestivamente mais graves do que o mero inadimplemento, havia previsão expressa de que tal cancelamento só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da decisão (artigo 2º, inciso III, do Decreto-Lei 1.593/77). No mais, o Partido argumentava que a alteração legislativa em questão acabou criando uma verdadeira sanção política para forçar o pagamento de tributos pelo contribuinte, em desrespeito à legislação existente, que prevê os procedimentos adequados à execução de débitos tributários, inviabilizando, com isso, o exercício de atividades legítimas.¹⁴¹

229. Apesar de ainda estar pendente de julgamento final pelo STF, algumas considerações relevantes foram feitas ao longo do trâmite da ação especialmente

cabará recurso ao Secretário da Receita Federal, sem efeito suspensivo, dentro de trinta dias, contados da data de sua publicação, sendo definitiva a decisão na esfera administrativa.”

¹⁴¹ Além de existirem meios legalmente previstos para a cobrança de tributos, como a execução e a medida cautelar fiscais, o próprio entendimento do STF, consolidado nas Súmulas 70, 323 e 547, rechaçaria as sanções políticas em matéria tributária:

Súmula 70: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.”

Súmula 323: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”

Súmula 547: “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

no que toca aos impactos concorrenciais da inadimplência tributária no setor tabagista.

230. Em suas informações, o Presidente da República, por meio de Consultoria da União, destacou que a fabricação de cigarros não é uma atividade econômica plenamente livre, mas apenas tolerada pelo Estado, porquanto em franca contraposição ao objetivo de resguardo e fomento à saúde pública. Assim, o descumprimento de quaisquer das condições, impostas por lei, para a permissão e manutenção dessa atividade comuta essa atividade em ilícita. Além do perigo à saúde pública, há enorme repercussão da inadimplência tributária no sentido do domínio do mercado, em vistas do qual o descumprimento das obrigações fiscais por empresas tabagistas representa atividade abusiva e ilícita. Isso porque o inadimplemento conferiria condições para que a empresa viesse a dominar o mercado, eliminando empresas concorrentes idôneas, e para que obtivesse lucros exorbitantes e arbitrários.¹⁴² Assim, o cancelamento sumário do registro não representaria violação, mas garantia, da preservação da livre concorrência.

231. Tal constatação foi seguida pelo Advogado-Geral da União, para quem, não fossem as limitações em questão, eventual permanência de fabricantes de cigarro, sabidamente devedores de tributos ao Estado, geraria efeito perverso ao mercado. Isso porque, tendo em vista a alta carga tributária incidente no setor, admitir a atuação no mercado de agentes econômicos que não recolhem seus impostos e contribuições, competindo com outros agentes idôneos, levaria à flagrante concorrência desleal no setor. Tal circunstância, ainda, poderia acabar por estimular

¹⁴² No original: “A continuação de atividade abusiva e ilícita dessa empresa, certamente, fará com que ela, rasgando, pisando e queimando a , Constituição, tenha todas as condições de dominar o mercado, com a eliminação de empresas concorrentes idôneas, em face da prática de concorrência desleal da empresa irregular, justamente aquilo que a Câmara Setorial de Fumo do Instituto de Ética Concorrencial - ETCO tem se mostrado empenhado de evitar, e a obtenção de lucros exorbitantes arbitrários, que, também, conspira mortalmente contra a livre concorrência.” (Informações nº AGU/SF-12/2007, elaboradas pelo Consultor da União Dr. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, p. 20. Disponível nos autos da ADI 3.952, p. 142).

a sonegação, pois aqueles que até então vinham honrando seus compromissos junto à Fazenda passariam a considerar legítimo o não recolhimento de tributos.¹⁴³

232. O Ministério Público Federal, opinando também pela improcedência, além de destacar o caráter fortemente extrafiscal da tributação no setor de cigarros no Brasil, afirmou que o descumprimento das obrigações tributárias irradia vantagem competitiva ilegítima que, além de prejudicar os concorrentes que cumprem zelosamente com seus deveres fiscais, propicia a prática de preços mais baixos na comercialização dos produtos envolvidos:

*Para além dessa indicação, é preciso considerar que o descumprimento das obrigações tributárias irradia vantagem comparativa ilegítima que, além de resultar na prevalência de certo empreendedor sobre os outros, zelosos de seus deveres fiscais, propicia àquele empresário a oportunidade de colocar seus produtos no mercado com preços mais reduzidos. A relação preço x consumo incide, e a oferta de cigarros mais baratos tende a se incrementar, com reflexos evidentes sobre a política de redução dos riscos de doenças.*¹⁴⁴

233. Na ADI 3.952, foram admitidos como *amici curiae* o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (“Instituto ETCO”), a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (“CNTI”), o Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo

¹⁴³ No original: “No caso dos autos, é de se notar ainda que, não fossem as limitações em questão, eventual permanência de fabricantes de cigarro, sabidamente devedores de tributos ao Estado, geraria efeito perverso no mercado. Com efeito, o segmento em exame suporta hoje elevada carga tributária, que decorre, em especial, da cobrança do IPI, o qual responde por aproximadamente 70% dos tributos. Logo, admitir a atuação no mercado de agentes econômicos que não recolhem seus impostos e contribuições, competindo com outros que recolhem na forma prevista na lei, levaria a flagrante concorrência desleal no setor. Tal circunstância acabaria por estimular a sonegação, pois aqueles que até então vinham honrando seus compromissos junto à Fazenda passariam a considerar legítimo o não recolhimento de tributos.” (Manifestação do Advogado-Geral da União nos autos da ADI 3.952, p. 15. Disponível nos autos da ADI 3.952, p. 211).

¹⁴⁴ Parecer do Ministério Público Federal, página 8, apresentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.952 (fl. 222).

(“Sindifumo/SP”) e do Estado do Rio Grande do Sul (“Sindifumo/RS”). O primeiro, em defesa da constitucionalidade da norma impugnada, destacou que a inadimplência recalcitrante tem efeitos deletérios na livre concorrência e no direito à livre iniciativa de atividade econômica lícita, na medida em que permite ao agente insurgente diminuir sensivelmente seus custos.¹⁴⁵ Os outros três agentes admitidos como *amici curiae* manifestaram-se pela inconstitucionalidade da norma, entendendo, no ponto específico dos efeitos sobre a concorrência, que existem mecanismos específicos, não-tributários, destinados à proteção da livre concorrência e que a inadimplência das pequenas empresas não atenta contra a livre concorrência no mercado de cigarros.¹⁴⁶

234. O Ministro Relator, Joaquim Barbosa, votou pelo provimento parcial da ação¹⁴⁷. A partir do método da interpretação conforme à Constituição Federal, estabeleceu condições para que a cassação do registro das empresas acontecesse. A primeira delas consiste na verificação de que o montante de créditos tributários exigíveis e

¹⁴⁵ Nos termos da manifestação do Instituto ETCO, a carga tributária incidente no mercado tabagista representa cerca de 65% do preço de cada unidade de maço de cigarro vendido, o que decorre, em grande parte, da seletividade do produto, resultando na alíquota elevada do IPI incidente no setor. Nesse sentido, a sonegação, nesse mercado em particular, não representa apenas um problema de ordem arrecadatória, passível de resolução através do ajuizamento de execuções fiscais, mas também produz um impacto direto, específico e devastador no regular funcionamento no mercado de cigarros, com a criação de graves distorções concorrenciais, em flagrante prejuízo das empresas que observam as normas legais. A sonegação fiscal permite, por exemplo, a prática de preços predatórios, desleais e parasitários, abaixo aos custos de produção e que criaria desigualdades entre os agentes econômicos. (Manifestação do Instituto ECTO, p. 6. Disponível nos autos da ADI 3.952, p. 285).

¹⁴⁶ Em oposição às alegações apresentadas pela Advocacia-Geral da União e pelo Ministério Público Federal, o Sindifumo/SP afirmou ser impossível, abstrata ou concretamente, que a inadimplência, total ou parcial (como no caso) das empresas de pequeno ou médio porte possa provocar algum efeito à concorrência: “*Deveras, no caso da indústria de cigarros, não são verídicas as alegações referentes a efeitos concorrenciais provocados pelas pequenas ou médias empresas, como a Recorrente, que, todas juntas, detêm parcela insignificante do mercado de cigarros.*” (Manifestação do Sindifumo/SP, p. 22. Disponível nos autos da ADI 3.952, p. 837).

¹⁴⁷ O voto do Ministro ainda não foi publicado, mas o seu teor, ainda que parcial, pode ser acessado aqui: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164471>. Acesso em 25/06/2018.

não pagos pelo contribuinte é relevante, de forma absoluta ou proporcional ao porte das atividades desenvolvidas pela empresa. Para o Ministro, caso verificada tal relevância, a restrição à atividade empresarial não equivaleria a uma sanção política, vedada pelo texto constitucional.¹⁴⁸ A segunda condição apresentada foi a observância do devido processo legal no controle da validade da punição. Por fim, seria necessário verificar o devido processo legal também no controle da validade dos créditos tributários, cujo não pagamento implicaria na proibição ao funcionamento ou outra restrição equivalente.¹⁴⁹

235. Os impactos na concorrência das práticas tributárias também foram ponderados pelo Ministro Cezar Peluso na Sessão Plenária realizada em 21 de outubro de 2010, em que Joaquim Barbosa proferiu seu voto. Na ocasião, Peluso argumentou que o caso em análise não era um caso tributário qualquer, mas um caso singular em que o não pagamento dos impostos pode comprometer a livre concorrência.

236. A Ministra Carmen Lúcia, que pediu voto-vista, suspendendo o julgamento desde 2010, afirmou que dar interpretação conforme à Constituição em cada caso concreto equivaleria a entregar ao administrador fazendário a aplicação da Constituição ou não.

¹⁴⁸ Para o Ministro Relator, “*entende-se por sanção política, as restrições não razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação do pagamento de tributos*”. Tais sanções podem assumir inúmeras formas, como a interdição de estabelecimentos até a proibição total do exercício de atividade profissional. Conferir: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164471>.

¹⁴⁹ Para o Ministro, “*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 autorizadoras do fechamento do estabelecimento*”. Conferir: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164471>.

II.1.1.2. RE nº 550.769/RJ e AC 1.657-MC/RJ: o caso envolvendo a American Virginia

237. Três anos após o início do julgamento da ADI 3.952, o Plenário do Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da cassação do registro especial da empresa American Virginia Indústria e Comércio Importação e Exportação de Tabacos Ltda., no âmbito do Recurso Extraordinário 550.769/RJ.

238. A empresa questionava acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (“TRF-2”) que reconheceu a constitucionalidade do artigo 2º, inciso II, do já mencionado Decreto-Lei 1.593/77.¹⁵⁰ Alegava-se que tal dispositivo ia de encontro à proibição de sanções políticas em matéria tributária, entendidas como qualquer restrição ao direito fundamental de exercício de atividade econômica ou profissional lícita, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (artigos 5º, incisos XIII e LIV, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal).

239. Em junho de 2007, por maioria de votos, o Plenário havia indeferido cautelar pleiteada pela empresa, com o objetivo de conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário.¹⁵¹ A maioria do Plenário, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa

¹⁵⁰ Na linha adotada no acórdão, o Decreto-lei 1.593/1977 foi recebido pela Constituição de 1988, pois duas características da atividade da indústria do tabaco, a magnitude da arrecadação e o impacto na saúde pública, justificariam o rigor fiscal. Em especial, “*a arrecadação tributária decorrente da fabricação do tabaco é imprescindível para que possa arcar com os custos das doenças relacionadas ao consumo de cigarros*” (conferir Voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa no âmbito do RE 550.69/RJ, pp. 2/3).

¹⁵¹ Trata-se da Ação Cautelar 1.657-MC/RJ, julgada em 27 de junho de 2007, cuja ementa apresenta o seguinte teor: “RECURSO. Extraordinário. Efeito suspensivo. Inadmissibilidade. Estabelecimento industrial. Interdição pela Secretaria da Receita Federal. Fabricação de cigarros. Cancelamento do registro especial para produção. Legalidade aparente. Inadimplemento sistemático e isolado da obrigação de pagar Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Comportamento ofensivo à livre concorrência. Singularidade do mercado e do caso. Liminar indeferida em ação cautelar. Inexistência de razoabilidade jurídica da pretensão. Votos vencidos. Carece de razoabilidade jurídica, para efeito de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário, a pretensão de indústria de cigarros que, deixando sistemática e isoladamente de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados, com conseqüente redução do preço de venda da mercadoria e ofensa à livre concorrência, viu cancelado o registro especial e interditados estabelecimentos.”

(Relator), Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, entendeu que o inadimplemento contumaz das obrigações tributárias representava um comportamento ofensivo à livre concorrência, de modo a justificar o cancelamento do registro especial pela Receita Federal, nos termos do voto do Ministro Cesar Peluzo.

240. Destacando a alta carga tributária incidente no setor, e o conseqüente impacto dos tributos na estrutura de custos e preços de produção¹⁵², Peluso reconheceu que o não recolhimento dos impostos aumenta de forma expressiva a variação do lucro sobre o faturamento. Nesse sentido, a função extrafiscal dos procedimentos previstos no Decreto-lei 1.593/77 seria voltada justamente à defesa da livre concorrência:

*Não se trata aqui de reduzir a defesa da liberdade de concorrência à defesa do concorrente, retrocedendo aos tempos da ‘concepção privatística de concorrência’, da qual é exemplo a ‘famosa discussão sobre liberdade de restabelecimento travada por Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça no caso da Cia. de Juta (Revista do STF (III), 2/187, 1914)’, mas apenas de reconhecer que o fundamento para a coibição de práticas anticoncorrenciais reside na proteção a ‘ambos os objetos da tutela: a **lealdade** e a existência de concorrência (...). Em primeiro lugar, é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam **respeitadas as regras mínimas** de comportamento entre os agentes econômicos. Dois são os objetivos dessas regras mínimas. Primeiro, garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua **eficiência**, e não de sua **esperteza negocial**’ - isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado*¹⁵³

¹⁵² Nos termos do voto do Ministro Cesar Peluzo, no mercado de cigarros, o IPI responderia cerca de 70% do total da arrecadação de impostos e contribuições (conforme memorial da Fazenda Nacional), sendo igualmente incontroverso que “os tributos correspondem, aproximadamente, a 70% do preço de cada maço de cigarro” (conforme memorial do Instituto ETCO) (Voto do Ministro Cesar Peluso, p. 4. Disponível nos Autos da Ação Cautelar 1.657-MC/RJ, p. 274).

¹⁵³ Voto do Ministro Cesar Peluzo, p. 9. Disponível nos Autos da Ação Cautelar 1.657-MC/RJ, p. 279.

241. Nesse sentido, o cancelamento do registro especial impedira que a empresa continuasse a desfrutar de posição de mercado conquistada à força de vantagem competitiva ilícita ou abusiva. Para Peluso, havia indícios de que a empresa adotava estratégia empresarial de não-recolhimento sistemático de tributos como instrumento de apropriação e acumulação de vantagens competitivas indevidas.

242. Vale destacar que mesmo os Ministros que votaram pela concessão da medida cautelar, em favor da empresa, não deixaram de reconhecer a excepcionalidade da questão levantada, notadamente do ponto de vista concorrencial. O Ministro Relator Joaquim Barbosa, por exemplo, que anos depois negou provimento ao Recurso Extraordinário, destacou no julgamento da cautelar a complexidade do quadro então em análise, que, a seu ver, não permitia a aplicação linear da orientação da Corte. Dentre as razões levantadas, destacam-se questões ligadas à concorrência, especificamente a alta capilaridade da distribuição do produto no mercado e o elevado risco de sonegação.¹⁵⁴

243. Anos depois da análise da cautelar, no julgamento do Recurso Extraordinário, a maioria dos Ministros seguiu o voto de Joaquim Barbosa, negando provimento ao recurso. A possibilidade de cassação do registro especial foi afirmada desde que observados os três requisitos apontados no julgamento da ADI 3.952: a (i) relevância do valor do débito tributário em aberto; a (ii) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e a (iii) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários. Atendidas essas condições, a cassação do registro não constituiria sanção política, vedada em matéria tributária:

¹⁵⁴ No original: “Com efeito, o quadro que se delinea é complexo, e não permite a aplicação linear da orientação da Corte. Por um lado, há as vicissitudes e as idiosincrasias próprias do mercado da indústria do cigarro, que segundo se alega podem justificar o tratamento fiscal diferenciado e mais rigoroso, tanto por questões de saúde pública (custeio dos serviços de profilaxia e tratamento das doenças causadas pelos produtos da indústria do tabaco) como de concorrência (alta capilaridade de distribuição do produto no mercado e elevado risco de sonegação).” (Voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, pp. 12/13. Disponível nos Autos da Ação Cautelar 1.657-MC/RJ, pp. 266/267).

*É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal [no que toca a sanções políticas em matéria tributária] não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício da atividade econômica deve ser desproporcional e não razoável*¹⁵⁵

244. Ponderando, de um lado, o direito fundamental à livre atividade econômica lícita e o direito fundamental de acesso à Jurisdição e, de outro, o direito à livre concorrência e o dever fundamental de pagar tributos, o Relator afirmou que a adequação da norma, concebida para regular situações extremas e de grave desequilíbrio concorrencial:

Para ser conforme a Constituição, norma com efeitos tão drásticos não pode ser mero instrumento de combate ao inadimplemento. Para ser válida, deve se apresentar como mecanismo de proteção contra a resistência obstinada e infundada ao pagamento de tributo, em quadro marcado também pela necessidade de rápida resposta estatal e em que os instrumentos ordinários não são suficientes

245. Dos três parâmetros apresentados pelo Relator para afastar a caracterização de sanção política, o Ministro afirmou que o terceiro, qual seja, a verificação da manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários, é o que apresenta o maior desafio ao órgão jurisdicional. Isso porque ele exige o exame, não exauriente, do quadro de impugnações fiscais com o qual o contribuinte se opõe, de forma recalcitrante, à tributação.

¹⁵⁵ Voto do Relator Ministro Joaquim Barbosa no RE 550.769/RJ, p. 9/10.

246. Tal exame envolveria questões como a impossibilidade de que o juízo analisando o cancelamento substitua o juízo encarregado do controle da validade dos créditos, bem como a presunção de que o contribuinte se pauta pela boa-fé no trato de suas questões fiscais e age com lealdade perante o Poder Judiciário. Contudo, entendeu o Relator que, em situações extremas, o órgão jurisdicional que realiza o controle do cancelamento não tem outra opção senão indagar-se se há um mínimo de plausibilidade nas razões do contribuinte, utilizadas para fundamentar o não pagamento do valor do tributo - e essas situações extremas restam caracterizadas, nos termos do voto do Relator, se existirem indícios de que a atitude do contribuinte é realmente pautada pela má-fé.¹⁵⁶

247. No caso em análise, Barbosa reputou que as três condições constitucionais apresentadas foram atendidas. Em primeiro lugar, o montante dos créditos cuja compensação não foi homologada, bem como do débito tributário atribuído à empresa (mais de R\$ 700 milhões), era relevante. Em segundo, o risco à efetividade da tutela jurisdicional relativa ao cancelamento do registro especial arrefecia com o julgamento do mérito da questão que se operava na ocasião, que esgotava a expectativa juridicamente relevante de reversão da penalidade justamente por tratar-se de controle de constitucionalidade incidental em sede extraordinária. Por fim, no que toca ao risco de efetividade da tutela jurisdicional no que se refere ao controle de validade dos créditos tributários, cujo não pagamento levava à cassação do registro especial, entendeu Barbosa que ele não restou configurado, visto que a empresa não demonstrou com precisão quais as razões que a levavam à sistemática e contumaz inobservância das regras de tributação.¹⁵⁷

248. O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto-vista, diferenciou a inadimplência tributária pontual do desrespeito reiterado às regras tributárias, de modo similar à ideia de relevância do montante devido destacado por Barbosa. Para Lewandowski, a inconstitucionalidade das sanções coercitivas para a arrecadação de

¹⁵⁶ Voto do Relator Ministro Joaquim Barbosa no RE 550.769/RJ, p. 13.

¹⁵⁷ Na sua análise, Joaquim Barbosa também considerou ausente a plausibilidade da tese que advogava a recorrente quanto à possibilidade de compensação de créditos, em razão de sua duvidosa liquidez e de restrições postas pela legislação ordinária.

tributos, tal qual declarada pelo STF em outras ocasiões, não contemplava o desrespeito reiterado às regras tributárias, como ocorria no caso então em análise. A propósito, pontuou o Ministro que a empresa, por meio de uma macrodelinquência tributária reiterada, ou seja, insistindo no descumprimento das normas fiscais, atuava com uma vantagem indevida em relação às demais empresas do mesmo setor, o que afrontaria o princípio da livre concorrência:

Em outras palavras, 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 concorrentes¹⁵⁸

249. Restaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que entenderam que o fechamento da empresa inadimplente consistiria em verdadeira sanção política, desproporcional e em descompasso com os princípios constitucionais da livre iniciativa e do devido processo legal.

250. Segundo Gilmar Mendes, cujo voto foi seguido pelos demais Ministros divergentes, a disposição do Decreto-lei 1.593/77 serviria apenas para onerar as regras tributárias do setor e, por isso, apresentaria clara natureza de sanção política. Para o Ministro, não restou demonstrado como a medida imposta pelo Decreto-lei diferenciava-se daquelas previstas pelas já mencionadas Súmulas 70, 323 e 547.

251. Apesar de entender que a norma prevista no inciso II, artigo 2º, do Decreto-lei 1.593/77, era inconstitucional, Gilmar Mendes reconheceu não somente os efeitos à concorrência relacionadas à contumaz sonegadora, mas, especialmente, a gravidade desses efeitos. Contudo, entendeu o Ministro que os prováveis efeitos anticoncorrenciais do descumprimento da legislação tributária não poderiam justificar, abstratamente, o cancelamento do registro especial. Isso porque, se isso fosse admitido, todo devedor do Fisco ficaria impedido de desempenhar atividade

¹⁵⁸ Voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski no RE 550.769/RJ, p. 9.

econômica por não ter arcado com um custo idêntico àquele suportado por seu concorrente.¹⁵⁹

II.1.1.3. Outros casos levados ao Judiciário

252. O Judiciário costuma ser favorável à Receita Federal, autorizando a cassação do registro das empresas tabagistas inadimplentes. Na linha dos precedentes acima apontados, a livre concorrência ocupa papel central na fundamentação dessas decisões.

253. Em abril de 2018, por exemplo, a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, negou provimento à apelação da American Blend Importação, Exportação, Indústria & Comércio de Tabacos Ltda.¹⁶⁰

254. Na ação, a empresa contestava o cancelamento de seu registro especial pelo Fisco, ocorrido em novembro de 2013. O argumento principal levantado pela empresa foi o de que o cancelamento, baseado no Decreto-lei nº 1.593/77, foi abusivo e impediu o livre exercício da atividade econômica, consistindo em verdadeira sanção política.

¹⁵⁹ No original: “Também, não entendo que os prováveis efeitos concorrenciais do descumprimento da legislação tributária possam justificar, abstratamente, a medida prevista no art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977. Fosse assim, todo devedor do Fisco deveria ficar impedido de desempenhar atividade econômica, porque não arcou com um custo idêntico àquele que foi suportado pelo seu concorrente. A questão concorrencial parece, sim, particularmente grave, no caso em exame, diante das peculiaridades da situação concreta da recorrente, mas não é, por si só, argumento suficiente para assegurar a constitucionalidade da medida em questão. De fato, nada está a indicar que tutela de concorrência seja o escopo por detrás da norma em questão.” (Voto do Relator Ministro Gilmar Mendes no RE 550.769/RJ, p. 10).

¹⁶⁰ Apesar de a decisão ser favorável ao Fisco, o acórdão ainda não foi publicado (aguardando lavratura pelo Desembargador Federal Hércules Fajoses), de modo que ainda não é possível saber se houve considerações relevantes quanto à defesa da concorrência (TRF-1 - AC: 0003964-56.2013.4.01.3823/MG, Relator: Desembargadora Federal Ângela Catão, Data de Julgamento: 10/04/2018, Sétima Turma).

255. Na primeira instância, a empresa obteve liminar que autorizou a retomada da fabricação de cigarros. Na ocasião, concluiu-se que as condicionantes impostas pelo STF quando do julgamento do RE 550.769 não estavam presentes, havendo “prova inequívoca da indevida intervenção na atividade econômica da autora, verossimilhança dos argumentos no sentido da ilegalidade da penalidade imposta pelo Fisco Federal e risco de danos irreparáveis, pois o cancelamento do registro de fabricante de cigarros obsta o desenvolvimento das atividades empresariais”.

256. Contudo, após pedido da Fazenda de suspender liminarmente a decisão, a presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedeu a liminar em favor do Fisco, o que foi confirmado em sede de agravo de instrumento pela Corte Especial do Tribunal. Em sentido similar a outro caso julgado por aquela Corte¹⁶¹, concluiu-se que, preenchidos todos os requisitos para o cancelamento do registro especial, a sua cassação era medida legal: “demonstrada a existência de grande lesão à ordem pública, no seu viés administrativo, porquanto a decisão interfere, sem justa causa, nas atribuições do Poder Executivo, e à ordem econômica, tendo em vista o montante atualmente devido pela requerida à Fazenda Nacional”. No mais, ressaltou-se que, adimplidas as obrigações tributárias nada impedia que a agravante obtivesse novo registro especial. Diante de tal decisão, a empresa impetrou a apelação de nº 0003964-56.2013.4.01.3823/MG, a qual, como indicado, teve seu julgamento final em abril de 2018.

257. Em outra ocasião, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negou provimento à apelação apresentada pela Cibrasa Indústria

¹⁶¹ Em agravo regimental apresentado pela Fazenda Nacional no Processo nº. 57014-54.2012.4.01.0000/DF, a Corte Especial do TRF-1, por maioria de votos, deu provimento ao agravo, determinando a legalidade do cancelamento do registro especial da Cia Sulamericana de Tabacos. Nos termos do voto vencedor, “se determinado agente econômico sonega tributo e vende mais produtos por preço inferior ao de mercado, exerce uma concorrência ilícita com os demais agentes que cumprem com suas obrigações com o Fisco e vende seus produtos por um preço maior. A empresa que sonega leva vantagem sobre seus concorrentes”. Concluiu que “se a empresa fabricante de cigarro não tem a carga tributária elevada, pode comercializar seus produtos com custo menor do que a dos seus concorrentes”, de modo que o inadimplemento de obrigações tributárias observava também o princípio da livre concorrência.

e Comércio de Cigarros S.A., cujo registro especial havia sido cancelado pela administração tributária em virtude do não pagamento de tributos.¹⁶² O Tribunal entendeu que o livre exercício da atividade econômica não é um princípio pleno e irrestrito, comportando restrições de ordem moral ou legal, devendo conviver em harmonia com as diretrizes da livre e equilibrada concorrência. Reconheceu-se a vantagem concorrencial conferida pela prática tributária, consoante se depreende da própria ementa do caso:

Além das implicações sociais do descumprimento de obrigações tributárias, a vantagem pecuniária experimentada pelo contribuinte sonegador em relação ao adimplente enseja o desequilíbrio das relações concorrenciais e propicia o inadimplemento sistemático, o que configura violação do postulado da livre concorrência (art. 170, IV, CF/1988)

258. A 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no mesmo sentido do precedente anterior, negou, por maioria, provimento ao Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.109988-7¹⁶³, interposto pela empresa Itaba Indústria de Tabaco Brasileira Ltda., cujo registro especial havia sido cancelado pela administração tributária em virtude do não pagamento de tributos. Entendeu o tribunal que qualquer atividade no domínio econômico somente pode ser tida como lícita se o exercício da livre iniciativa se ajustar à concorrência livre e leal, abrangendo a sujeição desses agentes econômicos às limitações administrativas e ao cumprimento das obrigações tributárias. Nos termos da ementa do caso então em análise:

A razoabilidade da exigência de regularidade fiscal assenta-se no fato de que a atividade consistente na fabricação de cigarros, em virtude de sua magnitude econômica, requer uma fiscalização especial, objetivando

¹⁶² TRF-1 - AC: 253018520084013400 DF 0025301-85.2008.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, Data de Julgamento: 31/01/2014, OITAVA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.760 de 21/02/2014.

¹⁶³ TRF-3 - AI: 109988 SP 2006.03.00.109988-7, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO, Data de Julgamento: 26/03/2009. No mesmo sentido, os precedentes: (1) TRF-1 - AC: 16106 DF 94.01.16106-2, Relator: JUIZ FEDERAL ITELMAR RAYDAN EVANGELISTA (CONV.), Data de Julgamento: 10/02/2009, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: 13/03/2009 e-DJF1 p.189.

viabilizar o combate à sonegação, homenageando, assim, o princípio da livre concorrência.

II.1.1.4. A livre concorrência ocupa papel central no debate da constitucionalidade da cassação dos registros especiais

259. Diante das considerações feitas nos itens anteriores desse capítulo, especificamente quanto aos casos levados até o STF, vale pontuar que o reconhecimento dos efeitos à livre concorrência do inadimplemento fiscal reiterado foi feito tanto pelos Ministros que entendem que o inciso II do artigo 2º do Decreto-lei 1.593/77 é constitucional, como por aqueles que, divergindo, opinam por sua inconstitucionalidade.

260. Para os primeiros, a livre concorrência, intrinsecamente relacionada ao caráter extrafiscal da norma contida no Decreto-lei, ocupou papel central na fundamentação para que se concluísse pela não configuração de sanções políticas na atuação do Fisco. Para os segundos, a inconstitucionalidade não decorreu da desconsideração dos efeitos à concorrência do inadimplemento fiscal reiterados por parte dos devedores contumazes. Muito pelo contrário. A repercussão concorrencial também foi destacada por esses Ministros que, contudo, não se convenceram que a norma em questão não visava, em última instância, a constranger o contribuinte ao pagamento dos tributos devidos.

261. Apesar de não haver qualquer menção ao Cade no acórdão do STF, BARROS (2010), ao analisar o precedente da empresa American Virginia junto à Corte Constitucional brasileira, externou preocupações quanto à legitimidade da Secretaria da Receita Federal para cassar o registro especial das empresas tabagistas com base em condutas que, a seu ver, deveriam ser analisadas pelo Cade. Isso porque a fundamentação central apresentada pela Corte quanto à possibilidade da cassação do registro pelo Fisco centrou-se justamente nas vantagens concorrenciais oriundas do descumprimento contumaz da obrigação tributária. Citando o autor, SCHOUERI concorda com a preocupação levantada quanto à competência da Receita para decidir sobre condutas ofensivas ao mercado. Para ele, à Receita Federal caberia tutelar o Erário e ao Cade a proteção do mercado:

[...] o Supremo Tribunal Federal admitia, por questões concorrenciais, que se negasse o registro a um fabricante de cigarros, sob o argumento de que esse reiteradamente deixara de recolher tributos, prejudicando seus concorrentes. A restrição não vinha, portanto, como penalidade ao infrator, mas como medida de proteção ao mercado. Não obstante louvável o esforço argumentativo do Supremo Tribunal Federal, parece assistir razão ao autor, quando externa preocupação quanto à legitimidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil para cassar registro especial do fabricante, com base em condutas que deveriam ser analisadas pelo CADE. Ou seja, àquela, cabe tutelar o erário, enquanto ao CADE é que cabe a proteção do mercado.¹⁶⁴

262. Para SCHOUERI (2017), a proteção do mercado contra práticas ilícitas é matéria de que se ocupa o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011). É nesse diploma legal que se encontram as práticas abusivas e os meios para apuração dos ilícitos, assegurando-se a ampla defesa e o contraditório, e culminando com a punição dos infratores. Para o autor, o emprego de normas tributárias com o intuito de afastar práticas ilícitas não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo perigosa a tendência, evidenciada nos precedentes do STF no que toca à cassação do registro de empresas tabagistas, de normas tributárias serem utilizadas com o efeito de afastar normas ilícitas.¹⁶⁵

II.1.2. A questão da negativa de renovação das inscrições estaduais de empresas inadimplentes

263. Além da discussão em pauta no Judiciário relativa ao cancelamento do registro especial das empresas tabagistas, há outro debate semelhante, que também envolve os efeitos à concorrência da tributação: a possibilidade de não-renovação das inscrições a que são submetidas as empresas, notadamente daquelas atuantes no setor de combustíveis.

¹⁶⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 385.

¹⁶⁵ SCHOUERI, p. 385.

II.1.2.1. O caso da refinaria Manguinhos perante o Fisco paulista

264. Em 2017, a Primeira Turma do STF negou, por maioria, provimento a recurso extraordinário apresentado pelo Estado de São Paulo em face da refinaria Manguinhos, localizada no Rio de Janeiro.¹⁶⁶ O estado paulista havia indeferido o pedido de renovação estadual da empresa como substituta tributária, nos termos do artigo 13, IX, da Portaria CAT 02/2011167, o que acarretou na cassação da inscrição da empresa. No STF, a maioria dos Ministros entendeu que a negativa de renovação consistiria em verdadeira sanção política, vedada em matéria tributária.

265. O Estado de São Paulo sustentava que não restou configurada a imposição de sanção política decorrente de mero inadimplemento tributário, uma vez que a medida adotada por ele objetivava justamente combater o desequilíbrio concorrencial gerado no mercado de combustíveis pela contumaz inadimplência da agravada, cujo débito com o Fisco paulista ultrapassava a cifra de R\$ 1,7 bilhão. Nesse sentido, alegava o Fisco que o acórdão recorrido, pelo qual o cancelamento foi tido como verdadeira sanção política, sob pretexto de proteger os princípios do livre exercício da atividade privada e da livre concorrência, acabou por violar ditos postulados constitucionais, ao proporcionar vantagem concorrencial à empresa, permitindo-lhe contumaz inadimplência tributária.

¹⁶⁶ Trata-se de Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.060.488 (“ARE nº 1.060.488”), ementado nos seguintes termos: “Direito tributário. Agravo interno em recurso extraordinário com agravo. Impedimento de renovação da inscrição estadual de sociedade empresária. Restrição ao livre exercício da atividade econômica por portarias estaduais. Caracterização como sanção política pelo tribunal de origem. Aplicação de precedentes desta corte. Revisão de matéria fático -probatória. Supressão de instância. Desprovimento.”

¹⁶⁷ **Art. 13º.** Os pedidos de que trata o artigo 10 serão indeferidos nas seguintes hipóteses: [...]

IX - existir débito, tributário ou não, de responsabilidade do contribuinte, inscrito ou não na Dívida Ativa da União, dos Estados ou dos Municípios em valor total superior ao seu capital social ou ao seu patrimônio líquido, se este for inferior ao capital social, observado o § 1º

266. Pleiteava a agravante, inclusive, a aplicação do entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE nº 550.769, já explorado no presente Relatório. Destacava, no mais, que a cassação da inscrição estadual não impedia que a empresa continuasse a funcionar, mas, tão somente, implicaria na alteração do regime de apuração do tributo, que passaria a ser recolhido a cada saída de combustíveis.

267. Em que pese tais considerações, prevaleceu o entendimento exposto no voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, segundo o qual o Fisco paulista não conseguiu demonstrar que a cassação da inscrição estadual para todos os fins diferiria, no que se refere à livre iniciativa e à livre concorrência, do cancelamento da inscrição estadual para fins de alteração de regime de tributação. Ou seja, que as medidas por ele aplicadas não criavam óbice ao desempenho das atividades econômicas da empresa. Especificamente no tocante à referência ao julgamento do RE nº 550.769, o Ministro Relator destacou que o caso era específico para as empresas fabricantes de cigarros.¹⁶⁸

268. Diferenciando o caso em análise do precedente suscitado pela agravante (RE nº 550.769), Luís Roberto Barroso destacou que o último representava uma exceção feita pelo Plenário do STF em matéria de sanção política, não aplicável ao caso então em análise porque, apesar de se tratar de devedor contumaz, existiriam “outros devedores mais contumazes” perante o Fisco paulista.¹⁶⁹ Nesse sentido, indicou o Relator que havia verificado que grandes empresas deviam mais ICMS ao Estado de São Paulo do que a Refinaria Manguinhos: na lista dos 500 maiores devedores feita pela Procuradoria-Geral do Estado, a Manguinhos não se encontrava entre as cinco primeiras. Da análise do voto é possível concluir que o STF não negou os

¹⁶⁸ Apesar de ter tecido tais considerações, o Relator considerou que o fato de o Tribunal de origem não ter se pronunciado a respeito da inadimplência reiterada da empresa (partindo da premissa de que o indeferimento de renovação impedia o desenvolvimento de suas atividades), tampouco ter se pronunciado quanto à aplicação do entendimento firmado no RE 550.769 à espécie, impedia que o STF conhecesse originalmente da matéria, sob pena de supressão de instância.

¹⁶⁹ No original: “*Deixando claro que não é simpatia por devedor contumaz, mas que existem outros devedores mais contumazes, eu estou aplicando a regra geral que o Supremo tem adotado, de considerar que a não concessão de registro estadual por falta de pagamento de tributo é sanção política.*” (Confirmação de Voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso no ARE nº 1.060.488, p. 3).

efeitos à concorrência da sonegação fiscal reiterada pela empresa, mas apenas indicou que o caso então em análise não era 'tão grave' de modo a justificar a restrição do ponto de vista tributário.

269. O Ministro Alexandre de Moraes, divergindo do Relator, entendeu que a não renovação da inscrição apenas impedia que a refinaria atuasse no Estado na condição de substituto tributário, não havendo óbice para que ela continuasse a atuar como contribuinte comum. Nesse sentido, entendeu que a previsão, pela norma estadual, da impossibilidade de concessão de regime tributário diferenciado, levando em consideração o inadimplemento contumaz de débitos tributários, e a existência de débito tributário superior ao passivo do contribuinte era constitucional. Isso porque estar-se-ia diante do contribuinte conhecido como devedor contumaz:

[...] no presente caso, não restou configurada violação constitucional, pois presentes as ressalvas formuladas pelo Plenário da Corte, no sentido de que o contribuinte, devedor contumaz, não pode usar de subterfúgios para se esquivar de obrigações tributárias, e, ainda, que restou devidamente comprovado que a legislação em espécie prevê a ampla defesa e o contraditório no procedimento administrativo de renovação da inscrição ¹⁷⁰

270. A posição do Relator desprovendo o agravo regimental e, conseqüentemente, negando seguimento (julgando inviável) ao recurso do estado, foi acompanhada pela Ministra Rosa Weber, Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio.

271. Em novembro de 2017, mesmo mês em que a 1ª Turma do STF negou provimento ao agravo interno, a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo comunicou ter cassado a inscrição estadual da Refinaria Manguinhos diante da constatação de que a empresa havia praticado inadimplência tributária fraudulenta, devidamente apurada mediante regular Procedimento Administrativo. ¹⁷¹

¹⁷⁰ Voto do Ministro Alexandre de Moraes no ARE nº 1.060.488, p. 20.

¹⁷¹ Trata-se do Procedimento Administrativo de nº 1000360-864216/2016. Em publicação do Diário Oficial do Poder Executivo do Estado de São Paulo (Seção 1), de 08 de novembro de 2017, comunicou-se a cassação da inscrição da empresa nos seguintes termos: “Tendo em vista a constatação da

272. Em nota à imprensa, o Fisco paulista afirmou que o processo de cassação havia sido instaurado em setembro de 2016 e que a Manguinhos figurava entre os contribuintes com os maiores débitos de ICMS no Estado de São Paulo, com um débito fiscal de cerca de R\$ 1,9 bilhão:

*A cassação da inscrição estadual não impede a continuidade das atividades comerciais e a realização de operações da refinaria de Manguinhos com contribuintes paulistas. Porém, a partir de agora o recolhimento do ICMS devido na qualidade de substituto tributário deverá ser efetuado em cada operação, por ocasião da saída da mercadoria de seu estabelecimento, por meio de Guia Nacional de Recolhimentos de Tributos Estaduais - GNRE, devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria.*¹⁷²

273. Além do caso da Refinaria Manguinhos, o STF também se manifestou, em outras ocasiões, pela inconstitucionalidade de legislações estaduais que previam o cancelamento de inscrições estaduais de contribuintes em decorrência da relevância de seus débitos fiscais. Como já apontado, o Supremo entendeu, nessas ocasiões, que o cancelamento consistia em sanção política vedada em matéria tributária, na medida em que voltado a compelir de forma indireta o contribuinte inadimplente a cumprir com a obrigação tributária.

274. Em 2011, por exemplo, o STF deu provimento ao recurso extraordinário interposto por Univen Refinaria de Petróleo Ltda. por meio do qual a empresa

ocorrência da hipótese prevista no inciso IV - inadimplência fraudulenta do artigo 31, do Regulamento do ICMS e com fundamento no artigo 20, inciso IV, combinado com o § 4º, item 2 da Lei 6.374/89, devidamente apurada mediante regular Procedimento Administrativo, nos termos das manifestações do AFR autor dos trabalhos e documentos juntados ao processo em epígrafe, e considerando a proposta formulada pelo Inspetor Fiscal, o Delegado Regional Tributário da DRTC-I-Capital, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 18, inciso I da Portaria CAT-95/2006, acolhe a proposta formulada e DETERMINA a CASSAÇÃO da eficácia da Inscrição Estadual, do contribuinte abaixo identificado: REFINARIA DE PETRÓLEOS DE MANGUINHOS S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ”.

¹⁷² Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/Noticias/Paginas/Secretaria-da-Fazenda-cassa-a-inscri%C3%A7%C3%A3o-estadual-da-Refinaria-de-Manguinhos.aspx>. Último acesso em 05/06/2018.

contestava o cancelamento da sua inscrição junto ao Estado do Paraná, determinada com base no inciso II do artigo 4º da Lei estadual nº 14.701/2005 e alínea 'b' do parágrafo 1º do artigo 123 do Decreto Estadual nº 1.980/07 (RICMS/PR).¹⁷³ Ditos diplomas previam a possibilidade do cancelamento do cadastro de contribuinte substituto tributário quando os débitos inscritos em dívida ativa superavam o valor do capital social da empresa.

275. Sob Relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Supremo concluiu que o ato impetrado ia de encontro à garantia do livre exercício de atividade profissional (artigo 5º, inc. XIII, e artigo 170, parágrafo único, ambos da Constituição Federal), inviabilizando o funcionamento da impetrante, que restaria impedida de continuar com suas atividades comerciais, num claro desrespeito à Constituição Federal. Consignou, inclusive, que o Estado do Paraná possuía outras formas de cobrar, de maneira menos gravosa, os tributos que lhe são devidos.

II.1.2.2. Outros casos levados ao Judiciário relacionados à negativa de renovação da inscrição estadual de empresas atuantes no setor de combustíveis

276. Da mesma forma que ocorreu no âmbito do cancelamento do registro especial de empresas tabagistas, outras instâncias do Judiciário foram provocadas a se manifestar sobre a negativa de renovação da inscrição estadual de empresas atuantes no setor de combustíveis. Diferentemente do STF, os casos analisados que tramitaram perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ("TJSP") costumam ser favoráveis ao Fisco, reconhecendo a legalidade da negativa de renovação das inscrições estaduais de empresas inadimplentes.

277. Em 2018, a 13ª Câmara de Direito Público do TJSP, por maioria de votos, negou provimento a agravo de instrumento apresentado pela Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., em recuperação judicial, em face da Fazenda do Estado de São

¹⁷³ STF - RE: 634738 PR, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 25/02/2011, Data de Publicação: DJe-045 DIVULG 09/03/2011 PUBLIC 10/03/2011. No mesmo sentido: STF - AI: 533761 RS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/09/2008, Data de Publicação: DJe-180 DIVULG 23/09/2008 PUBLIC 24/09/2008.

Paulo.¹⁷⁴ A empresa teve suas inscrições estaduais cassadas diante da constatação de simulação tributárias, que acobertavam ilicitamente operações com a imunidade tributária prevista no artigo 155, §2º, inciso X, da Constituição Federal. A cassação foi amparada no art. 20 da Lei nº 6.374/89 e no art. 31, inciso II, parágrafo 2º, itens 2 e 7 (alíneas "b" e "c") do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 45/490/2000:

Artigo 20. (Lei nº 6.374/89): A eficácia da inscrição poderá ser cassada ou suspensa a qualquer momento nas seguintes situações:

II - prática de atos ilícitos que tenham repercussão no âmbito tributário;

V- práticas sonegatórias que levem ao desequilíbrio concorrencial;

VII - outras hipóteses previstas em regulamento.

§2º - Incluem-se entre os atos deferidos no inciso II;

2 - embaraço à fiscalização, como tal entendida a falta injustificada de apresentação de livros, documentos e arquivos digitais a que estiver obrigado o contribuinte, bem como o não fornecimento ou o fornecimento incorreto de informações sobre mercadoria e serviços, bens, negócios ou atividades, próprias ou de terceiros que tenham interesse comum em situação que dê origem a obrigação tributária;

Artigo 31. (Regulamento ICMS): A eficácia da inscrição, nos termos de disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda, poderá ser cassada ou suspensa, de ofício, nas seguintes situações:

II - prática de atos ilícitos que tenham repercussão em âmbito tributário;

§2º - Incluem-se entre os atos ilícitos a que se refere o inciso II:

2 - o embaraço à fiscalização, como tal entendida a falta injustificada de apresentação de livros, documentos e arquivos digitais a que estiver obrigado o contribuinte, bem como o não fornecimento ou o fornecimento de informações incorretas relativamente a mercadoria e serviços, bens,

¹⁷⁴ TJSP, Agravo de Instrumento nº 2078663-36.2017.8.26.0000, Agravante: Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo, Julgamento em 23/03/2018, Publicação no DJe: 24/04/2018. O agravo de instrumento foi interposto em ação anulatória de ato administrativo que cassou as inscrições estaduais da autora, contra decisão que indeferiu a tutela provisória pleiteada.

negócios ou atividades, próprias ou de terceiros que tenham interesse comum em situação que dê origem à obrigação tributária;

(...)

7- a simulação da realização de operação com combustíveis ou solventes, assim considerada aquela em que o respectivo documento fiscal:

b) contiver declaração falsa quanto ao local de saída do produto;

c) não corresponder a uma efetiva saída do estabelecimento do emitente.

278. Ao longo do trâmite da ação, o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e Lubrificantes (“Sindcom”) requereu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae* da Fazenda, pedido que foi indeferido. Em que pese a decisão de indeferimento, o Sindicato apontava que a empresa agravante era verdadeira devedora contumaz, praticando concorrência desleal por meio da adoção de preços predatórios. Nesse sentido, destacou que a discussão relativa à cassação das inscrições estaduais tinha impacto direto em interesses difusos e coletivos, especialmente aqueles ligados à ordem econômica, à livre concorrência e à defesa dos consumidores.¹⁷⁵

279. Reconhecendo que o princípio da preservação da empresa não é absoluto, devendo ser lido à luz de sua função social, o Tribunal firmou o entendimento de que a Administração Pública deve agir, em determinados casos, para evitar atos lesivos a fornecedores, consumidores e ao próprio erário público, obstando a participação no mercado daqueles contribuintes que não detêm condições para tanto ou que operam em desrespeito reiterado às normas tributárias de regência. Nesse

¹⁷⁵ Como consta do próprio acórdão, o Sindicato sustentava que “a Aspen é uma devedora contumaz, isto é, uma empresa que pratica concorrência desleal por meio da adoção de preços predatórios, na medida em que consciente e sistematicamente, por meio de diversos ilícitos tributários, não recolhe os tributos devidos (justamente o que levou à cassação de suas inscrições estaduais). Observa-se, assim, que o objeto em discussão - cassação das inscrições estaduais da Aspen - tem impacto direto em interesses difusos e coletivos, especialmente aqueles ligados à ordem econômica, à livre concorrência e à defesa dos consumidores, dados os graves prejuízos causados pelos devedores contumazes, o que justifica a intervenção de amici curiae.”

sentido, a decisão de indeferimento da renovação da eficácia das inscrições estaduais, seguida de suas cassações, não constituiriam medida coercitiva ao pagamento de tributos, nem ofensa à livre iniciativa, porquanto medida com o escopo de evitar futuros atos lesivos à concorrência e mesmo consumidores.

280. Em outra ocasião, também em 2018, a 3ª Câmara de Direito Público do TJSP negou provimento ao recurso apresentado pela empresa Petrozara Distribuidora de Petróleo Ltda. em face da Fazenda do Estado de São Paulo.¹⁷⁶ A empresa questionava a constitucionalidade da imposição, *ex officio*, do regime especial de ICMS a empresas inadimplentes. Dentre os princípios apontados como violados pela apelante, encontrava-se o da livre concorrência.

281. O Tribunal entendeu que a possibilidade de imposição do regime especial estava prevista no artigo 71, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 6.374/1989, encontrando previsão similar nos artigos 488 e 489 do Regulamento do ICMS (Decreto Estadual nº 45.490, de 30/11/2000). No mais, restou demonstrado que a empresa era devedora contumaz de ICMS, acumulando débitos fiscais, declarados e inscritos, que superavam o montante de R\$ 72 milhões. Apesar de parte do débito ser objeto de demandas judiciais, em grande parte delas a empresa discutia principalmente a multa e a constitucionalidade dos juros de mora, reconhecendo a parte principal do crédito fazendário. Nesse sentido, entendeu o Tribunal que tal montante já era suficiente para o reconhecimento do inadimplemento reiterado.

282. Na visão do Juízo, o combate ao inadimplemento reiterado via imposição de regime especial apresentava como objetivo central evitar o aumento desenfreado da dívida fiscal do contribuinte que sistematicamente deixava de pagar os tributos, impedindo, com isso, maiores prejuízos ao erário. Não se verificaria, nesse sentido, inconstitucionalidade em sua imposição.

283. Ainda no setor de combustíveis, a Secretaria de Estado da Fazenda de São Paulo, em investigação deflagrada em conjunto com o Ministério Público do Estado (“Operação Mensageiro”), procedeu à cassação das inscrições estaduais de inúmeras

¹⁷⁶ TJSP, Apelação Cível nº 0000146-14.2017.8.26.0562, Apelante: Petrozara Distribuidora de Petróleo Ltda., Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo, Julgamento em 01/02/2018, Publicação no DJe: 05/02/2018.

empresas envolvidas na organização que comercializava ilegalmente álcool, utilizando-se de diversas pessoas jurídicas, especialmente distribuidoras conhecidas como “barrigas de aluguel”, para a compra e venda de álcool combustível, gerando grande prejuízo ao Estado em razão do não recolhimento dos tributos correspondentes. Por meio de simulações fraudulentas, com redução e supressão de ICMS, a dívida total ultrapassava o montante de um bilhão de reais. 177

284. Conforme noticiado pelo Ministério Público, como parte do sistema de fraudes estruturadas, além das simulações, os acusados também falsificavam pelo menos 1.132 documentos fiscais relativos à compra e venda de etanol, inserindo dados equivocados sobre a espécie do produto, origem e destinação, objetivando a alteração das alíquotas tributárias incidentes. As investigações também revelaram que os investigados ocultaram e dissimularam a utilização de bens, direitos e valores, em montante que ultrapassa R\$ 10 milhões provenientes de infração penal, convertendo-os em ativos lícitos através da empresa Callamarys Indústria e Comércio de Cosméticos e Saneantes Ltda.

285. Com base em tais investigações, inúmeras empresas investigadas tiveram suas inscrições estaduais cassadas pelo Fisco paulista. O Judiciário, quando provocado a se manifestar sobre tais cassações, apesar de reconhecer a constitucionalidade da previsão, pela legislação estadual, em decorrência da verificação de fraude fiscal, consignou o entendimento de que, para tanto, necessário apurar o valor devido por cada empresa.

286. O caso da empresa Callamarys, investigada na Operação Mensageiro, ilustra bem esse posicionamento. Em 2017, o TJSP por maioria de votos, determinou que as inscrições estaduais, anteriormente cassadas pelo Fisco Paulista, fossem restabelecidas, por entender não estar demonstrado que a empresa fazia parte do alegado esquema fraudulento noticiado.¹⁷⁸ Em que pese a decisão pelo

¹⁷⁷Conferir: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=17974513&id_grupo=118. Último acesso em 05/06/2018.

¹⁷⁸ TJ-SP 10176338620168260053 SP 1017633-86.2016.8.26.0053, Relator: Edson Ferreira, Data de Julgamento: 06/09/2017, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/10/2017. No mesmo

restabelecimento, cumpre destacar que o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da previsão, pela legislação local, de o Fisco cassar a inscrição estadual de empresa participante de organização ou associação constituída para a prática de fraude fiscal (artigo 20 da Lei Estadual nº 6.374/1989).

287. O Tribunal entendeu que, na espécie, o julgamento realizado nos processos administrativos investigando as fraudes ainda podiam ser impugnados pela requerente por meio de recurso administrativo. Assim, não estava demonstrado que a empresa fazia parte do esquema apontado como fraudulento, envolvendo devedores contumazes.

288. O voto divergente no caso discordou do entendimento de que não havia sido comprovado que a empresa de fato participara do esquema fraudulento investigado. Além de defender a presunção de legitimidade dos atos administrativos, o Desembargador Souza Meirelles destacou que, apesar de ser medida gravosa e severa, a cassação da eficácia da inscrição estadual é medida possível diante da gravidade inerente à figura dos devedores contumazes. Nesse sentido, destacou que a *“preexistência de dívidas milionárias com o Fisco, qualificando-os como devedores contumazes, constitui o complemento irrejeitável de que a boa-fé não é deveras elemento presente nas ações de sobredita ‘organização’ dita empresarial”*.

II.1.2.3. Outros casos levados ao Judiciário relacionados à negativa de renovação da inscrição estadual de fabricantes de refrigerantes

289. Além das empresas atuantes no setor de combustíveis, também foi identificar casos envolvendo outros setores econômicos em que a cassação da inscrição estadual decorreu de práticas tributárias dos agentes investigados.

290. Em maio de 2017, por exemplo, a empresa Ragi, fabricante de bebidas da marca Dolly, foi alvo da Operação Clone, deflagrada pela Secretaria da Fazenda de São Paulo diante de suspeitas de inadimplência fraudulenta da ICMS, embaraço de fiscalização e organização de fraude fiscal estruturada. A empresa tinha dívida superior a R\$ 2 bilhões em ICMS com o Estado e já tinha tido sua inscrição

sentido: TJ-SP - PET: 20449394120178260000 SP 2044939-41.2017.8.26.0000, Relator: Edson Ferreira, Data de Julgamento: 17/03/2017, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/03/2017.

estadual cassada em dezembro de 2016. Havia suspeita de que a empresa havia retomado as atividades de modo irregular a partir da criação de novas empresas.

291. A Secretaria Estadual da Fazenda informou inclusive que, nos últimos anos, várias empresas perpetuadas para fazerem parte de esquemas sonegatórios tiveram suas inscrições estaduais cassadas pelo Fisco. Mesmo impedidas de funcionar por determinação da Fazenda, haveria indícios de que elas ainda continuavam a operar irregularmente, sem inscrição estadual, mediante estabelecimentos localizados em outras regiões. 179

292. Caso similar foi a da empresa Refriso, fabricante do refrigerante Vedete, cuja inscrição também foi cassada pelo Fisco Paulista em novembro 2017.¹⁸⁰ A cassação da eficácia da inscrição estadual decorreu da prática de atos ilícitos com repercussão no âmbito tributário, especificamente a participação em organização ou associação constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, entendida como “aquela formada com a finalidade de implementar esquema de evasão fiscal mediante artifícios envolvendo a dissimulação de atos, negócios ou pessoas, e com potencial de lesividade ao erário e embaraço à fiscalização” e na “inadimplência fraudulenta pela falta de recolhimento de débito tributário vencido”, nos termos do artigo 20, inciso II e §2º, itens 1 e 2, e inciso IV e §4º, itens 1 e 2 da Lei nº 6.374/1989.

293. O caso ocorreu dentro da Operação Inadimplentes, movida pela Secretaria Estadual da Fazenda, deflagrada em 2015, e voltada a contribuintes que apresentavam débito vencidos no total de R\$ 3 bilhões, mantendo inscrição estadual ativa e que registravam faturamento acumulado mensal de R\$ 300 milhões. A justificativa apresentada pelo Fisco paulista era que a operação visava a “combater

¹⁷⁹ A nota foi publicada no endereço eletrônico da Secretaria Estadual da Fazenda em 18 de maio de 2017. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/Noticias/Paginas/Fazenda-deflagra-opera%C3%A7%C3%A3o-Clone-contra-grande-empresa-do-ramo-de-bebidas.aspx>. Último acesso em 05/06/2018.

¹⁸⁰ A cassação da eficácia da inscrição estadual da Refriso Refrigerantes Sorocaba Ltda. (Inscrição Estadual nº 669.465.062.117) ocorreu no âmbito do processo GDOC 1000708-637937/2017. A decisão foi publicada no Diário Oficial no dia 29 de novembro de 2017.

a evasão fiscal e proporcionar ambiente concorrencial justo em relação aos contribuintes que recolhem os tributos em dia”.

294. A empresa apresentou mandado de segurança objetivando a suspensão da decisão administrativa que determinou a cassação da eficácia de sua inscrição estadual, mas o pedido foi negado pela 7ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central.¹⁸¹ O juízo entendeu que a impetrante havia sido notificada da proposta de instauração do processo administrativo e que pôde apresentar defesa, não havendo qualquer ilegalidade na vedação de concessão de efeito suspensivo ao recurso cabível pelo artigo 19 da Portaria CAT 95/2006.¹⁸²

II.1.3. O uso de medidas judiciais para obtenção de vantagem concorrencial

295. Além das questões supracitadas, envolvendo o cancelamento do registro especial a que estão submetidas as empresas atuantes no setor de combustíveis e a negativa de renovação da inscrição estadual de empresas inadimplentes, há precedentes que reconhecem a obtenção de vantagens concorrenciais significativas por meio de um tipo específico de evasão fiscal: o uso de medidas judiciais para afastar o pagamento de tributos.

296. A doutrina reconhece existirem casos em que empresas do setor de combustíveis, por meio de liminares, fugiram da incidência das contribuições aos PIS e à Cofins, sob a alegação de que sua incidência monofásica implicaria substituição tributária sem garantia de restituição do montante pago a maior, ofendendo o §7º do artigo 150 da Constituição Federal. Há casos, inclusive, em que, após a obtenção dessas liminares por empresa de capital mínimo pertencente

¹⁸¹ Trata-se de Mandado de Segurança nº 1058018-42.2017.8.26.0053, julgado em 18 de dezembro de 2017.

¹⁸² Nos termos da sentença, “A lei não garante ao contribuinte o efeito suspensivo ao recurso a ser interposto. Assim, em se tratando de procedimento administrativo tributário não se pode cogitar de direito à suspensão da decisão administrativa enquanto se processa o recurso uma vez que a Administração Tributária não pode ficar sujeita à prática de seus atos só depois de esgotados os recursos cabíveis, pois o interesse público se sobreleva aos interesses privados, notadamente se consideramos o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos”.

a grupo econômico, uma série de incorporações e alterações societárias eram feitas para que os benefícios obtidos junto ao Judiciário fossem estendidos a outras empresas do mesmo grupo, valendo-se da alíquota zero própria do regime monofásico daquelas contribuições.¹⁸³

II.1.3.1. Questão de ordem no Mandado de Segurança nº 24.159-4/DF

297. O STF já se manifestou sobre os efeitos da evasão fiscal sobre a concorrência quando do julgamento da Questão Ordinária em Mandado de Segurança nº 24.159-4/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.¹⁸⁴ Na ocasião, o Supremo foi provocado a se manifestar acerca da obtenção de liminar pela empresa Macon Distribuidora de Petróleo Ltda., por meio da qual a empresa foi autorizada a recolher o PIS e a Cofins nos moldes da legislação vigente antes da edição da Lei nº 9.718/98 e da Medida Provisória nº 1.991/00.

298. Pelo sistema anterior, o recolhimento do tributo se dava em alíquotas iguais a 3% sobre o faturamento, pelo qual se responsabilizavam refinarias e distribuidoras, estas últimas por si e pelos postos de distribuição, em substituição tributária. Com a mudança legislativa, a incidência passou a ser única na cadeia econômica, com alíquota única de 12% recolhida pelas refinarias. Tal sistema foi concebido pelo legislador como fórmula para evitar a sonegação fiscal, visto que somente existiam, à época, 13 refinarias de petróleo no país.¹⁸⁵

299. O Plenário do STF concluiu que, no caso então em análise, peculiaridades realmente excepcionais, relativas ao regime jurídico assegurado à empresa por tutela

¹⁸³ SCHOUERI, p. 383/384.

¹⁸⁴ STF - MS: 24159 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 26/06/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02130-03 PP-00399. Especificamente, estava em análise pelo STF o pleito da União para conferir efeito suspensivo ao recurso por ela apresentado contra a decisão que havia concedido a segurança a favor da empresa. O Plenário, por unanimidade, deferiu a medida liminar pleiteada pela União para conferir efeito suspensivo até que se desse o trânsito em julgado das decisões prolatadas nas instâncias ordinárias.

¹⁸⁵ Voto da Ministra Relatora Ellen Gracie no MS: 24159 DF, p. 21.

judicial e que não era estendido às demais empresas atuantes no setor, faziam com que a empresa obtivesse vantagem competitiva sobre os seus concorrentes correspondente a 20,17% do preço final do produto.

300. Além do impacto relevante aos cofres públicos, a Ministra Relatora Ellen Gracie afirmou em seu voto que a situação de privilégio em que se encontrava a empresa acarretava na “desestruturação do mercado de combustíveis, ao assegurar a uma só empresa a aquisição de combustíveis, junto à refinaria, por preço inferior ao que é cobrado às demais empresas do setor, em afronta ao princípio da livre concorrência”. Destacou, nesse sentido, haver demonstração de que o preço final do litro de gasolina cobrado pela empresa, com recolhimento do PIS/Cofins, era de R\$ 1,5686, caindo para R\$ 1,2522 sem o recolhimento das contribuições. Assim, a diferença de preços era de 20,17%. Ao lado da própria diferença substancial dos preços praticados pela empresa com e sem o recolhimento das contribuições, constatou-se que a margem de lucro para as distribuidoras por litro de gasolina vendido era, em média, de R\$ 0,05, enquanto o da impetrante alcançaria a cifra de R\$ 0,36, ou seja, 720% maior.

301. Os impactos à concorrência também foram destacados pelo Ministro Nelson Jobim, para quem, a partir da decisão judicial, a empresa operava e concorria no mercado de combustíveis com vantagem relativa e comparativa de 25% a menos no preço.¹⁸⁶

302. Vale destacar que, para além dos impactos no preço praticado pela empresa após a obtenção de medida judicial favorável, o STF também destacou o fato de a empresa ter buscado a tutela jurisdicional em diversas ocasiões, aproximando a atuação da contribuinte a uma verdadeira aventura jurídica. Nesse sentido, ressaltou

¹⁸⁶ No original: “Entendo que estamos perante um contracaso muito expressivo da necessidade de este Tribunal dedicar-se, a fundo, à matéria, a fim de ele estancar o que se está produzindo neste período, de determinada empresa, num mercado competitivo de combustível, poder operar e concorrer neste mercado com vantagem relativa e comparativa de vinte e cinco por cento a menos no preço, e assegurar àquele que não tem idoneidade entrar nesta operação econômica e nesse mercado, embandeirando, nessa vontade comparativa, uma decisão judicial.” (Cf. Voto do Ministro Nelson Jobim no MS: 24159 DF, p. 3).

que a pretensão que foi acolhida perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro era idêntica à anteriormente deduzida perante outras varas federais, mas em que a empresa não havia conseguido êxito. “*Ou seja, a autora Macon, através de escritórios diverso, utilizando-se do mesmo arquivo de texto, ‘plantou’ em varas federais diversos procedimentos assemelhados ou idênticos em evidente litigância de má-fé*”.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Voto da Ministra Relatora Ellen Gracie no MS: 24159 DF, p. 18.

II.2. PODER LEGISLATIVO

303. No âmbito do poder legislativo, duas agendas principais foram identificadas como relevantes em vista do objetivo da presente pesquisa. A primeira delas, a ser explorada no item II.2.1, trata da regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, que autoriza o estabelecimento de regimes especiais de tributação, pelo legislador, com o objetivo de prevenir desequilíbrios na concorrência. Especificamente, serão analisadas duas propostas que tramitam perante o Senado tendo como objeto a regulamentação do diploma: o PLS nº 284/2017 e o PLS nº 161/2013.

304. No segundo item deste capítulo, item II.2.2, serão analisadas legislações estaduais voltadas à definição do “devedor contumaz” e dos regimes especiais a eles aplicáveis. Como será visto a seguir, cada estado define os critérios para a caracterização desse tipo de contribuinte.

II.2.1. A regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal

305. Como citado, além das decisões das cortes superiores acima exploradas, há uma agenda nacional de cunho legislativo que pode contribuir com a análise proposta no presente Relatório. Trata-se de discussão relativa à regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, que autoriza o legislador a estabelecer critérios especiais de tributação com o objetivo de prevenir desequilíbrios na concorrência:

Art. 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.

306. Entendemos que essa agenda pode agregar significativamente à presente pesquisa por dois motivos principais.

307. Em primeiro lugar porque, apesar de ser uma agenda em destaque especialmente no âmbito do Direito Tributário, possui uma forte relevância na seara do direito antitruste, já que parte da premissa de que a tributação de fato apresenta efeitos sobre a livre concorrência. Apesar de parecer não haver resistência quanto

ao reconhecimento desses impactos, a agenda de regulamentação do artigo 146-A demonstra, ao menos, a atualidade e importância do debate. Nesse sentido, vale destacar que especial atenção é conferida aos desequilíbrios concorrenciais provocados pelos agentes econômicos, como a sonegação fiscal, não só pela doutrina que analisou a norma contida no artigo 146-A, mas também nas iniciativas de cunho legislativo voltadas à regulamentação do diploma.¹⁸⁸ No sentido dos precedentes apresentados no Capítulo 1 do presente Relatório, emerge fortemente no debate a figura dos “devedores contumazes” e considerações quanto aos impactos que geram nos mercados em que atuam.

308. Em segundo lugar, a agenda de regulamentação do artigo 146-A agrega significativamente ao debate a que se propõe a presente pesquisa porque, dentro da discussão relativa à abrangência de dita norma (prevenção dos desequilíbrios concorrenciais oriundos da tributação), considerações relevantes foram feitas quanto aos limites do Direito Tributário e a necessidade de engajamento do SBDC na matéria.

309. A seguir, serão analisadas duas propostas de regulamentação do dito diploma legal apresentadas junto ao Poder Legislativo, na tentativa de identificar elementos aptos a contribuir com a presente pesquisa. São eles o Projeto de Lei do Senado nº 284, de 2017 (“PLS nº 284/2017”), e o Projeto de Lei do Senado nº 161, de 2013 (PLS nº 161/2013).

II.2.1.1. PLS nº 284/2017

310. Apesar de não mencionar qualquer papel ou repercussão da proposta em relação ao Cade, o PLS nº 284/2017, de autoria da Senadora Ana Amélia (PP/RS),

¹⁸⁸ Para SCHOUEI, por exemplo, a norma contida no artigo 146-A da Constituição Federal parece ter inovado ao conferir competência à lei complementar para tratar de desequilíbrios concorrenciais provocados por agentes econômicos, como via sonegação. Para BRAZUNA, apesar de discordar de que o diploma tenha inovado nesse ponto, também aponta que, dentre os desequilíbrios-objeto do 146-A encontram-se aqueles decorrentes da deslealdade de comportamentos na seara tributária. No que toca às iniciativas legislativas, os dois projetos de lei analisados no presente Relatório (PLS 161/2014 e 284/2017) conferem especial atenção à figura dos devedores contumazes.

faz importantes considerações sobre o impacto concorrencial de práticas tributárias diversas.¹⁸⁹ Nos termos do projeto, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão estabelecer, por lei específica, diversos critérios especiais para o adequado cumprimento de obrigações tributárias principal ou acessória com o objetivo de coibir práticas contrárias à concorrência.

311. A proposta é enfática ao afirmar, em sua justificação, que diferentes práticas de caráter tributário adotadas pelos contribuintes, notadamente a utilização de medidas judiciais para afastar a tributação, a sonegação fiscal, o não pagamento sistemático de tributos e a adulteração de produtos, repercutem nos preços de serviços e produtos comercializados, desequilibrando o mercado. Especialmente em mercados marcados por alta carga tributária, como o de combustíveis e cigarro, a evasão fiscal efetivada mediante tais práticas não raramente inviabiliza a competição entre pagadores e sonegadores, tendo em vista que há casos em que o valor dos tributos supera a margem de lucro do produto. Nesses casos, os meios tradicionais de controle fiscal têm se mostrado insuficientes ao combate de práticas tributárias restritivas da concorrência:

Ocorre que os meios tradicionais de controle fiscal têm se mostrado insuficientes para combater estruturas empresariais organizadas para sonegar tributos. E a adoção de medidas heterodoxas destinadas a forçar o pagamento de tributos tem sido questionada judicialmente, com amparo em antigas Súmulas do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁰ que impedem a utilização das chamadas “sanções políticas”, isto é, meios coercitivos indiretos para a cobrança de tributos, mediante restrições ao livre desenvolvimento de atividade econômica.

¹⁸⁹ Há quem pondere que, apesar de não ser o primeiro projeto voltado à regulamentação da norma contida no artigo 146-A, a proposta da Senadora reflete um esforço coordenado entre Estado e iniciativa privada de atender os interesses da sociedade. Conferir: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/projeto-de-lei-quer-caracterizar-devedor-contumaz-04092017>.

¹⁹⁰ Súmulas 70, 323 e 547, já mencionadas nesse Relatório.

Diante disso, o art. 146-A da Constituição Federal foi concebido para permitir a instituição de regimes especiais de tributação que impeçam a utilização de tributo como instrumento de desequilíbrio concorrencial. Após a inclusão de tal dispositivo na Constituição e também em razão dele, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para admitir restrições à livre iniciativa, quando necessárias e adequadas (proporcionais) para proteger outros interesses legítimos como os dos que são atingidos em seu direito de concorrer em igualdade de condições.

312. A proposta cita, nesse sentido, o Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ, já explorado no Capítulo 1 do presente Relatório, na parte em que permitiu a instituição de sistemas especiais de fiscalização e arrecadação com o objetivo de coibir práticas abusivas de empresas que se formam com a única finalidade de não pagar tributos, no todo ou em parte, obtendo, com isso, vantagem concorrencial. Como já apontado nesse Relatório, tal precedente consistiu em um avanço jurisprudencial relevante em matéria de sanções políticas na seara tributária. Na leitura da Senadora Ana Amélia, o instrumental à disposição do Poder Público para coibir práticas anticoncorrenciais não tem sido eficaz, de modo que são as medidas administrativas tomadas tão logo elas surjam que podem realmente impedir a proliferação de tais práticas ilícitas.

313. Ainda nos termos da justificção apresentada como parte integrante do Avulso do PLS nº 284/2017, na ausência de lei complementar regulando a norma contida no artigo 146-A, diversos entes federativos poderiam legislar de forma conflitante sobre o assunto em seus respectivos territórios. Como será demonstrado no próximo item desse capítulo, de fato existem diversas leis estaduais que buscam definir o que é o “devedor contumaz” e que, com isso, determinam critérios especiais de tributação. A preocupação principal externada pela Senadora no que toca à anomia entre os entes da Federação é de cunho concorrencial: na medida em que impostos como o ICMS e o ISS são incluídos diretamente no preço de mercadorias e serviços, sua eventual redução por parte de um competidor pode ter “efeitos concorrenciais perversos e desorganizar o mercado”.

314. Em 07 de novembro de 2018, foi aprovado Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos (“CAE”), favorável ao projeto, com emendas. Sob relatoria do Senador

Ricardo Ferraço e presidência do Senador Tasso Jereissati, a CAE esclareceu o direcionamento do escopo do dispositivo constitucional aos desequilíbrios concorrenciais provocados pelo contribuinte (“sujeito passivo”, referido nos arts. 1º, I e VII, e 2º, III e § único), deixando de fora os causados pelo Fisco ou pela norma tributária. Além disso, deixou claro que o que os critérios especiais de tributação incidem sobre os chamados tributos indiretos, em que o ônus do gravame é suportado pelo adquirente do produto ou serviço, afastando os tributos incidentes sobre a renda, o lucro, a movimentação financeira ou o patrimônio.

315. Além destas emendas, destaca-se a identificação dos setores econômicos passíveis de serem alcançados pela lei complementar, delimitando como campo de aplicação da lei *os produtores, importadores e comerciantes de: I- combustíveis e biocombustíveis; II - cervejas e produtos classificados nos códigos 20.09; 21.06.90.10 Ex 02; 22.01 e 22.02 da TIPI; III - cigarros que contenham tabaco e IV - outros tipos de produtos mediante requerimento de entidade representativa do setor ou de órgão com competência para defesa da concorrência, desde que atendidas as seguintes condições cumulativas: a) a carga tributária seja, no mínimo, equivalente ao percentual de lucro adotado para o setor na apuração do imposto de renda por lucro presumido; b) haja indícios de desequilíbrio concorrencial causados pela inadimplência tributária.*

316. Ao lado da delimitação do campo de aplicação do dispositivo, a CAE também apresentou emenda com o intuito de esclarecer que os critérios especiais previstos no PLS não substituem os meios regulares de tributação e cobrança de tributos, ainda que em face de devedores cujos débitos decorram de inadimplência eventual ou reiterada de obrigações fiscais, quando os procedimentos adotados pelos sujeitos passivos não impliquem desequilíbrio concorrencial.¹⁹¹ A preocupação que culminou nessa emenda foi, nos termos do Relatório, a necessidade de diferenciação entre devedores eventuais, reiterados e contumazes. Os dois primeiros atuariam licitamente no mercado e, por isso, não poderiam, em princípio, sofrer quaisquer restrições à liberdade de iniciativa voltadas ao recolhimento de tributos - feita a ressalva expressa dos casos em que a falta reiterada de recolhimento de tributos seja acompanhada

¹⁹¹ Art. 3º, inciso III, da emenda substitutiva aprovada pela CAE.

por preços inferiores aos de mercado, causando prejuízo à concorrência. Ou seja, devedores reiterados com efeitos à concorrência podem ser submetidos aos regimes especiais de fiscalização e cobrança de tributos, na estrita medida do necessário para a normalização do mercado. Já terceiro tipo de devedor (devedor contumaz), uma vez apurada a contumácia da conduta, deve ser reprimido de forma rigorosa, mediante sanções que impeçam a continuidade das atividades do agente.¹⁹²

317. Após a aprovação do Requerimento nº 515, de 2018, do Senador Ciro Nogueira, a matéria aguarda exame pela Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (“CTFC”).¹⁹³

II.2.1.2. PLS nº 161/2013

¹⁹² A CAE definiu cada tipo de devedor, nos seguintes termos:

- a) **Devedor eventual:** *é o que simplesmente não paga tributos em caráter episódico, não rotineiro. Por vezes, assim age por possuir razões jurídicas ou econômicas relevantes, como a ilegitimidade do tributo ou dificuldades financeiras momentâneas. A atuação da Administração Tributária em relação a ele deve se dar em observância dos procedimentos regulares (inscrição em dívida ativa, execução fiscal, arrolamento de bens, medida cautelar fiscal, protesto de CDA, etc), não se lhe aplicando, por exemplo, regimes especiais de fiscalização. As garantias das Súmulas 70, 323 e 547 lhes são plenamente asseguradas. Em outras palavras, a cobrança do devedor eventual deve se dar em obediência ao devido processo legal e sem qualquer restrição à livre iniciativa;*
- b) **Devedor reiterado** *é aquele que frequentemente deixa de pagar tributos por circunstâncias do negócio ou planejamento financeiro. Caracteriza-se por priorizar a satisfação de obrigações com empregados, bancos e fornecedores, por exemplo, do que com o Fisco. Ou, ainda, por utilizar o tributo como forma de financiamento, em detrimento de empréstimos bancários, ficando no aguardo de programas de parcelamento que lhe permitam regularizar sua situação fiscal. Apesar de sua conduta ter aptidão para afetar o mercado, o devedor reiterado não pressupõe necessariamente organização com esse objetivo. Por isso, em regra, as Súmulas do STF também lhes são aplicáveis, a não ser que, pela repetição de sua conduta, seja prejudicada a livre concorrência. Neste caso, pode sujeitar-se a regimes especiais de pagamento, fiscalização e outros, desde que a medida imposta pelo Fisco seja proporcional, isto é, adequada, necessária e não excessiva para fazer cessar o dano ao mercado;*
- c) **Devedor contumaz:** *atua no campo do ilícito. Trata-se de criminoso, e não de empresário, que se organiza para não pagar tributos e, com isso, obter vantagem concorrencial, dentre outras. Para tanto, viola sistematicamente o ordenamento jurídico, praticando inúmeros ilícitos, comumente mediante a utilização de laranjas, registro de endereços e sócios falsos, possuindo, invariavelmente, patrimônio insuficiente para satisfazer obrigações tributárias, trabalhistas, etc.*

¹⁹³ Última consulta ao trâmite do processo realizada em 04 de dezembro de 2018.

318. A regulamentação do artigo 146-A também foi objeto do PLS nº 161/2013, de autoria do ex-Senador Delcídio do Amaral. Nele, destaques relevantes foram feitos quanto à atribuição institucional do Cade para analisar distúrbios concorrenciais tributários.

319. O projeto define, em seu artigo 2º, os critérios especiais de tributação e os desequilíbrios concorrenciais causados por tributos. “Desequilíbrios concorrenciais tributários”, nos termos do seu inciso II, compreendem anomalias de mercado capazes de afetar os mecanismos de formação de preço, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, em decorrência de atos sob qualquer forma manifestados por agente econômico, que possibilitem o não recolhimento de tributo suportado pelos demais contribuintes. Tal definição buscou permitir a identificação de situações fáticas sujeitas ao controle, bem como os tipos de medida passíveis de serem adotadas para possibilitar o correto cumprimento das obrigações tributárias legalmente previstas.

320. Como afirmado em Relatório apresentado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) em junho de 2014, o projeto abrangeu, com a definição de desequilíbrios concorrenciais tributários contida no art. 2º, II, apenas os distúrbios provocados pelo contribuinte (“agente econômico”), deixando de fora os causados pelo Fisco ou pela própria norma tributária. Para a Comissão, contudo, tal restrição não poderia excluir do Poder Legislativo a prerrogativa de ampliar o escopo da regulamentação do artigo 146-A para os casos de desequilíbrios na concorrência causados pela administração tributária ou pela própria norma, ressalva que deveria ficar explícita.

321. Outro ponto do PLS que merece destaque, em vistas dos objetivos da presente pesquisa, é a indicação dos setores econômicos a serem considerados potencialmente mais vulneráveis a desequilíbrios da concorrência¹⁹⁴. São eles os (i) setores em que a tributação constitui fator relevante na composição de preços de produtos ou serviços, de modo que o não recolhimento de tributos possa exercer

¹⁹⁴ Nos termos do artigo 6º, inciso II, do PLS nº 161/2013, em tais setores econômicos, os critérios especiais de tributação poderão vigor por prazo indeterminado, justamente diante da constatação de sua maior vulnerabilidade a distúrbios concorrenciais.

influência preponderante sobre o respectivo comportamento concorrencial; os (ii) setores cujas condições estruturais de mercado dificultem o controle eficiente das diferentes formas de evasão fiscal como causa recorrente de desequilíbrios concorrenciais; e, por fim, os (iii) setores em que a vantagem competitiva proporcionada pelo não recolhimento de tributos conduza ou reforce situações de posição dominante na estrutura do mercado.

322. No mais, o projeto destaca-se pela previsão de cooperação entre a administração tributária e os órgãos inseridos no SBDC. Os últimos, constatando situações que possam configurar desequilíbrio concorrencial tributário, nos termos do artigo 2º do PLS, devem comunicar a administração tributária competente visando à adoção das providências cabíveis dentro do seu campo de competência. Além disso, há clara previsão de que os desequilíbrios tributários estão sujeitos ao controle do SBDC, podendo ensejar a aplicação das penalidades previstas para a repressão ao abuso do poder econômico:

Art. 7º. Os órgãos integrantes do sistema brasileiro de defesa da concorrência que identificarem situações que possam configurar, nos termos desta Lei Complementar, desequilíbrios concorrenciais tributários, enviarão representação ao órgão da administração tributária do ente federativo competente, para adoção das providências cabíveis.

Parágrafo único. Sem prejuízo da adoção dos critérios especiais de tributação previstos nesta Lei Complementar, os atos que se enquadrem no art. 2º, II, poderão ser examinados pelos órgãos referidos no caput para efeitos de repressão ao abuso de poder econômico.

323. Parte da justificação do projeto fez considerações relevantes quanto à necessidade de engajamento do SBDC na matéria. Nos termos da justificação, a identificação de desequilíbrios concorrenciais e a investigação de seus motivos são tarefas legalmente atribuídas aos órgãos do SBDC e, justamente por essa razão, “eles devem examinar os efeitos concorrenciais das práticas tributárias para fins de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, sem prejuízo da aplicação do instrumental tributário, cuja competência é das autoridades fiscais.”

324. O projeto ainda destacou a jurisprudência do Cade na matéria, apontando existirem decisões que afirmam que a análise de questões tributárias que prejudiquem a concorrência é tema de competência exclusiva das administrações tributárias. Em sentido contrário a tais precedentes, enfatizou-se a competência do Cade para análise de eventuais infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias:

*Assim, justifica-se a inclusão de dispositivo no projeto, a fim de deixar consignado que os **desequilíbrios concorrenciais tributários devem ser igualmente avaliados e combatidos pelos órgãos do SBDC, no âmbito de suas competências, não sendo objeto apenas do instrumental tributário** (g.n.)*

325. A disposição reafirmou a possibilidade de os agentes prejudicados recorrerem tanto à administração tributária como à antitruste em caso de constatação de desequilíbrios concorrenciais decorrentes de práticas tributárias. Além da possibilidade de resolver tais desequilíbrios mediante instrumentos previstos na legislação tributária, as empresas também podem recorrer aos órgãos da defesa da concorrência para cessar os procedimentos causadores dos desvios de mercado.

326. Especificamente no que toca às disposições do artigo 7º do PLS nº 161/2013, a CAE sugeriu sua supressão. Nos termos do Parecer apresentado pela Comissão, o dever por parte dos órgãos que integram o SBDC de envio de representação à administração tributária competente, quando identificados desequilíbrios concorrenciais, já consistia em atribuição conferida à extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico (atual Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência - “Seprac”), qual seja, a advocacia da concorrência. “Hoje, se a SAE [Seae] tiver *conhecimento de que determinada lei ou normativo dá margem para que agente econômico deixe de recolher o tributo e assim provoque anomalia ao funcionamento do mercado, deverá representar ao ente governamental competente*”.

327. No que toca à disposição contida no parágrafo único do artigo 7º (análise dos desequilíbrios concorrenciais tributários pelos órgãos do SBDC), a CAE entendeu

que a norma ali prevista equiparava indiretamente o desequilíbrio concorrencial tributário à infração contra a ordem econômica, “*de modo a justificar seu exame pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica*”. Afirmando que tal previsão tratava de iniciativa pouco comum em tribunais administrativo de outros países e que, por se cuidar de infração administrativa, seria recomendável que o tipo fosse expressamente assentado no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, a Comissão sugeriu a supressão de tal norma.

II.2.2. A definição dos “devedores contumazes” por leis estaduais

328. Juntamente à agenda relativa à regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, e de certa forma conexas a ela, verifica-se que entes diversos da Federação têm adotado normas voltadas à definição da figura do “devedor contumaz”, de modo a justificar a aplicação de regimes especiais de tributação. De maneira semelhante às discussões travadas no Judiciário, o debate apresenta duas vertentes principais: há aqueles que defendem tais diplomas legais enquanto instrumentos eficientes no combate à sonegação fiscal e necessárias para a livre concorrência; de outro lado, há os que enxergam tais legislações como ferramentas à disposição do Fisco para constranger os contribuintes ao pagamento de tributos, revelando-se como verdadeiras sanções políticas.

329. Nos itens seguintes, serão abordados alguns desses diplomas legais, identificando os diferentes critérios para que um contribuinte seja considerado como devedor contumaz.¹⁹⁵

II.2.2.1. Lei nº 19.665/2017, de Goiás

330. No ano de 2017, o estado de Goiás sancionou a Lei nº 19.665, de 09 de junho de 2017, com o objetivo de instituir procedimentos de controle, fiscalização e

¹⁹⁵ Sobre o movimento de Estados da Federação adotarem medidas voltadas à definição dos devedores contumazes, conferir: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/estados-fecham-cerco-aos-devedores-contumazes-03052017>. Além dos diplomas legais a serem analisados no presente Relatório, há notícia de outros, como apontado no artigo publicado no Jota em maio de 2017. Citam-se a Lei nº 7.747/2015, de Alagoas, e a Lei nº 9.907/2012, do Espírito Santo.

arrecadação voltadas ao devedor contumaz. Desde sua publicação, a administração tributária do Estado já negociou R\$ 95 milhões em débitos, de um montante total devido por esse tipo de contribuinte estipulado em cerca de R\$ 680 milhões.¹⁹⁶ O estado disponibiliza a lista com seus maiores devedores.¹⁹⁷

331. Com a Lei, o Código Tributário do Estado de Goiás, instituído pela Lei nº 11.651/1991, passou a definir o devedor contumaz como o sujeito passivo que, após notificado da possibilidade de submissão a sistema especial de controle, fiscalização e arrecadação, alternativamente (i) deixar de recolher o ICMS declarado em documento que formalizar o cumprimento de obrigação acessória, comunicando a existência de crédito tributário, por quatro meses seguidos ou oito meses intercalados nos doze meses anteriores ao último inadimplemento ou que (ii) tiver crédito tributário inscrito em dívida ativa relativo ao ICMS declarado e não recolhido no prazo legal que abranger mais de quatro períodos de apuração e que ultrapasse os valores ou percentuais a serem estabelecidos em regulamento (incisos I e II do parágrafo 1º, artigo 144-A). Para o primeiro grupo, o valor mínimo total a partir do qual o sujeito passivo será submetido ao sistema especial é de R\$ 100 mil (parágrafo 2º do artigo 144-A).

332. Há previsão expressa de que, para efeitos de aferição do inadimplemento contumaz, não será computado o crédito que esteja com sua exigibilidade suspensa, que tenha sido efetivada a penhora de bens suficientes para o pagamento total da dívida, ou que o sujeito passivo esteja submetido à recuperação judicial (parágrafo 4º do artigo 144-A).

333. No que toca às espécies de regimes especiais de tributação possíveis, são duas as medidas previstas no dispositivo: a exigência do pagamento antecipado do ICMS na entrada ou saída de mercadoria.

¹⁹⁶ Conferir: <https://www.jota.info/justica/com-lei-contra-devedores-contumazes-goias-ja-negociou-r-95-milhoes-em-debitos-31012018>.

¹⁹⁷ A lista pode ser acessada aqui: <http://aplicacao.sefaz.go.gov.br/post/ver/225925/sistema-especial-de-controle-fiscalizacao-e-arrecadacao-para-o-devedor-contumaz>.

II.2.2.2. Decreto nº 3.864/2016, do Paraná

334. Em abril de 2016, o Estado do Paraná publicou o Decreto de nº 3.864, também voltado à definição do devedor contumaz e dos regimes especiais de controle, fiscalização e pagamento de tributos aplicáveis a esse tipo de contribuinte.

335. Nos termos do Decreto, é considerado devedor contumaz o contribuinte que, alternativamente, (i) deixar de recolher o ICMS, no todo ou em parte, relativo a oito períodos de apuração do imposto, consecutivos ou não, nos doze meses do período considerado ou que (ii) tiver créditos tributários inscritos em dívida ativa em valor superior a 30% do patrimônio líquido (apurado no seu último balanço patrimonial) ou a 30% do faturamento anual declarado, considerados todos os estabelecimentos da empresa sediados no Paraná. Uma vez verificado que os débitos que motivaram a qualificação do contribuinte como devedor contumaz foram extintos ou tiveram sua exigibilidade suspensa, a condição de devedor contumaz deixará de ser aplicável.

336. Dentre os regimes especiais aplicáveis ao devedor contumaz, nos termos do Decreto, destacam-se o impedimento à utilização de benefícios ou incentivos fiscais relativos ao ICMS, inclusive dilação de prazo de pagamento ou outro tratamento diferenciado; a exigência, a cada operação ou prestação, do pagamento do tributo correspondente, inclusive o devido por substituição tributária; o cancelamento da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS - CAD/ICMS; a inclusão na programação de fiscalização, dentre outros.

337. A inclusão do contribuinte considerado devedor contumaz no regime especial ocorrerá caso ele, previamente notificado, não regularize os débitos apontados como causa de sua inclusão em até 30 dias da ciência. A norma prevê, inclusive, a divulgação da lista dos devedores contumazes submetidos ao regime especial no endereço eletrônico da Secretaria da Fazenda do Estado.¹⁹⁸

338. Há notícia de que, em projeto piloto, 63 empresas que se enquadravam no critério estabelecido pela lei paranaense foram notificadas, sob pena de serem

¹⁹⁸ A lista pode ser acessada aqui: <http://www.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=544>.

enquadradas no regime especial. Desse total, 25 acabaram entrando no regime, algumas adimpliram suas dívidas junto ao Fisco e quatro obtiveram decisões judiciais favoráveis que impediram que o Estado as enquadrasse no novo regime.¹⁹⁹

II.2.2.3. Lei nº 13.199/2014, da Bahia

339. Na Bahia, a questão foi regulamentada pela Lei nº 13.199/2014, que prevê que o contribuinte que (i) estiver inadimplente com o recolhimento do ICMS declarado referente a 3 meses, consecutivos ou alternados, de apuração do imposto ou que (ii) tiver débitos tributários inscritos em dívida ativa, sem exigibilidade suspensa, em valor superior a R\$ 500 mil reais, desde que ultrapasse 30% de seu patrimônio líquido ou 25% do faturamento do ano imediatamente anterior. Uma vez regularizados os débitos tributários, o contribuinte deixará de ser considerado devedor contumaz, restando suspensas todas as penalidades correlatas.

340. O devedor contumaz sujeita-se ao regime especial de fiscalização e pagamento, que prevê a possibilidade de plantões do Fisco nas empresas, bem como da obrigatoriedade de pagamento do ICMS no momento de entrada ou saída da mercadoria ou da prestação do serviço.

II.2.2.4. Decreto nº 48.494/2011, do Rio Grande do Sul, e a ADI nº 4.854

341. No Rio Grande do Sul, em termos semelhantes ao que ocorre no Paraná, é considerada devedora contumaz a empresa que (i) deixar de recolher os impostos declarados em 8 meses de apuração do imposto nos últimos 12 meses anteriores ao corrente, considerados todos os estabelecimentos da empresa, ou que (ii) tiver créditos tributários inscritos em dívida ativa em valor superior a 30% do patrimônio conhecido ou a 25% do faturamento anual declarado. Também é considerado devedor contumaz o contribuinte que (iii) tiver créditos tributários inscritos como dívida ativa em valor superior a R\$ 500 mil, decorrente de imposto não declarado,

¹⁹⁹ Conferir: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/estados-fecham-cerco-aos-devedores-contumazes-03052017>.

em oito meses de apuração do imposto nos últimos doze meses anteriores ao corrente, também considerados todos os estabelecimentos da empresa.

342. De modo também semelhante aos diplomas já explorados, há previsão de que o contribuinte deixará de ser considerado como devedor contumaz a partir do momento em que os motivos que o levaram a essa condição se extinguirem. O contribuinte também deverá ser notificado de seu enquadramento como devedor contumaz e de que está sujeito à inclusão no Regime Especial de Fiscalização (“REF”). Se, em até 15 dias da ciência, ele não sanar as causas que originaram o enquadramento, será submetido ao regime especial.

343. As medidas previstas para o contribuinte submetido ao REF são a perda dos sistemas especiais de pagamento do ICMS, previstos no Regulamento de ICMS (Livro I, artigo 50), e o pagamento na ocorrência do fato gerador, exceto nas saídas de estabelecimento varejista, do débito próprio e, quando for o caso, de responsabilidade por substituição tributária.

344. A norma prevê, igualmente, a divulgação da lista dos devedores contumazes submetidos ao regime especial no endereço eletrônico da Secretaria da Fazenda do Estado. 200

345. Ernesto Toniolo, Coordenador da Procuradoria Fiscal do Estado do Rio Grande do Sul, afirmou que “o intuito da lei não é o de aumentar a arrecadação. É muito mais uma lei de proteção à livre concorrência e à concorrência justa. Nestes casos, realmente as empresas perturbam o mercado não pagando os tributos”.²⁰¹

346. Vale destacar que tramita perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.854, apresentada pelo Partido Social Liberal (“PSL”), por meio da qual se questiona a constitucionalidade do Decreto nº 48.494/2011, do Rio Grande do Sul. Alega-se que dito diploma vai de encontro ao princípio da liberdade

²⁰⁰ A lista pode ser acessada aqui: <https://www.sefaz.rs.gov.br/sat/REF-CON.aspx>.

²⁰¹ Conferir: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/estados-fecham-cerco-aos-devedores-contumazes-03052017>.

do trabalho e do comércio, da legalidade, da igualdade, dentre outros. O processo, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, encontra-se parado desde 2015.

347. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação, e, no mérito, pela procedência parcial de apenas dois pontos: quanto à publicidade dos devedores contumazes, na medida em que tal previsão não traria benefícios à recuperação de créditos ou fiscalização, e em relação ao artigo que condiciona o recebimento de crédito fiscal de ICMS à comprovação de pagamento pelo estabelecimento em regime especial de fiscalização.

348. A aplicação de regime diferenciado ao devedor contumaz, contudo, não iria de encontro à Constituição, na visão do então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot. Para ele, a imposição de regime especial de fiscalização, ao contrário, “por permitir arrecadação mais justa, evita competição desleal entre agentes econômicos, fruto de sonegação tributária”. Ainda, foi consignado o entendimento de que exigir tratamento tributário análogo a todos os contribuintes, ou seja, exigir que não se faça distinção entre os devedores contumazes e os adimplentes, privilegiaria os primeiros em ofensa à livre concorrência, “porquanto concederia a devedores contumazes considerável e indevida vantagem econômica em relação àqueles que cumprem com seus devedores fiscais”.

349. A Procuradoria também destacou que o regime especial de fiscalização não consubstancia sanção política, inclusive nos termos da jurisprudência da Suprema Corte brasileira, na medida em que não leva à interdição de estabelecimentos, não promove a apreensão de mercadorias, não impede a emissão de notas fiscais e não veda a atividade lícita do contribuinte.

III. DECISÕES INTERNACIONAIS

350. Como adiantado, nesta Seção 3 será analisada o regramento dos *state aids* (“auxílios estatais”) no âmbito da União Europeia, bem como casos práticos em que o auxílio investigado apresentava natureza tributária.

351. A regulação de ditos auxílios é matéria que pode agregar significativamente com o presente trabalho, especificamente no que toca à discussão travada no Cade relativa aos incentivos tributários que diferentes entidades da Federação conferem aos agentes econômicos neles instalados, e eventualmente na discussão relativa à situação conhecida como “Guerra Fiscal”.

352. O artigo 31 da Lei nº 12.529/2011 explicita os sujeitos a quem a lei antitruste brasileira se aplica:

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.

353. A partir do teor deste dispositivo, a doutrina majoritária entende que a Lei nº 12.529/2011 somente é aplicável ao Poder Público quando do exercício de atividade econômica, não se aplicando aos casos em que ele atua na implementação de políticas públicas:

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 tipo da 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 menor sentido. (FORGIONI, 2015) ²⁰²

354. Inclusive, parece ser esta a leitura que o CADE faz do supracitado dispositivo. Na Nota Técnica nº 37/2017/CGAA8/SGA2/SG/CADE, apresentada no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41, por exemplo, a autoridade antitruste afirmou que a Lei nº 12.529/2011 tem como base o §4º do artigo 173 da Constituição Federal - que trata de “atividade econômica em sentido estrito - e que, portanto, aplica-se somente às hipóteses em que é exercida atividade econômica em sentido estrito, e não ao conceito amplo de atividade econômica:

Tanto é assim que, ao definir a abrangência subjetiva da Lei nº 12.529/2011, seu artigo 31 explicita que a lei se aplica às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam

²⁰² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do direito antitruste**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 145-146. Fábio Ulhôa Coelho tem um entendimento um pouco diferente. Para ele, o dispositivo em questão não identificaria especificamente o agente ativo da infração, referindo-se apenas às pessoas em relação às quais a Lei se aplica: “Assim, a referência às pessoas jurídicas de direito público não deve ser necessariamente entendida como a definição de um gênero de agente ativo de infração contra a ordem econômica, mas sim considerada no amplo universo das pessoas em relação às quais a lei de aplica, não necessariamente para submetê-la a sanções” (Cf. COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito Antitruste Brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 41).

atividade sob regime de monopólio legal. Fica claro, portanto, que a Lei 12.529/11 aplica-se àqueles entes que, sob qualquer forma configurados, exerçam atividade econômica em sentido estrito, seja um regime de monopólio (“absorção”, nos termos de GRAU) ou em regime de concorrência (“participação”, também nos termos de GRAU).

Diante do exposto, o argumento de que também deveriam ser Representados neste Processo Administrativo os agentes públicos ou políticos que de algum modo supostamente possam ter participado da conduta investigada não prospera, dado que estes não exercem “atividade econômica em sentido estrito”. Não cabe a eles, portanto, a imputação com base na Lei 12.529/2011, de modo que as condutas eventualmente praticadas agentes públicos [sic], no exercício de seu munus público, descumprido ou extrapolado seus deveres de conduzir um processo licitatório dentro dos ditames legais, deverão ser investigados pelas condutas cabíveis, nas esferas administrativa, cível e penal, pelos respectivos órgãos competentes.²⁰³

355. Ao lado desse entendimento, existe uma corrente extremamente minoritária que, em sentido contrário, defende que o Poder Público pode sim ser sujeito passivo para fins de aplicação das sanções previstas na Lei nº 12.529/2011 em casos excepcionais, em que não atua como agente econômico, mas se encontra na origem dos desequilíbrios concorrenciais, como nos auxílios estatais.²⁰⁴

203

Disponível

em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaA V-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudAzreXTEdbGHpfrYJ0mHFvC8S1WGxQvtFya L2f4I7_NKd. Acesso em 02 de julho de 2018.

²⁰⁴ Giovanni Ribeiro Loss, por exemplo, defende que o Estado poderia figurar como agente ativo da “Guerra Fiscal”, na medida em que essa situação “*pode afetar a concorrência e ser considerado como infração*” (Cf. LOSS, Giovanni Ribeiro. A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE. **Revista do IBRAC**, São Paulo: Ano 2001, Vol. 8, n. 2, p. 59-75, 1999).

III.1. União Europeia: o regramento dos auxílios estatais

356. Na Europa, a regulação dos auxílios estatais (“*state aids*”) pelo direito antitruste também é matéria que pode agregar significativamente com o presente trabalho, especificamente no que toca à discussão travada no Cade relativa aos incentivos tributários que diferentes entidades da Federação conferem aos agentes econômicos neles instalados, e eventualmente na discussão relativa à situação conhecida como “Guerra Fiscal”.

357. O conceito de auxílio estatal abrange qualquer forma de vantagem conferida pelos Estados-membros, de forma seletiva, a agentes econômicos. A matéria é regulada pelo artigo 107 (1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), que proíbe, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios conferidos por Estados-Membros ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma assumida, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções. Justificativas relacionadas ao desenvolvimento econômico podem afastar a ilicitude dos auxílios.²⁰⁵

²⁰⁵ O próprio artigo 107, através de seus parágrafos (2) e (3), prevê os auxílios que são compatíveis com o mercado interno europeu e os que podem ser considerados compatíveis. No primeiro grupo, encontram-se os (i) auxílios de natureza social atribuídos a consumidores, desde que concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos; os (ii) auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou outros acontecimentos extraordinários e, por fim, os (iii) auxílios específicos à Alemanha. No segundo grupo, qual seja, auxílios que podem ser considerados compatíveis com o mercado interno, encontram-se os (iv) destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou com alto índice de subemprego; os (v) destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum ou a sanar uma perturbação grave na economia de um Estado-membro; os (vi) destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum; os (vii) destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum; e, por fim, outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão.

358. Desde 1958, os auxílios a serem conferidos pelos Estados-membros estão submetidos a um regime de autorização prévia pela Comissão, mediante um processo de notificação obrigatória.²⁰⁶ O artigo 108 do TFUE prevê que a Comissão tem competência específica para decidir sobre a compatibilidade dos auxílios estatais com o mercado interno ao examinar os auxílios existentes, os novos auxílios ou os auxílios alterados, bem como para adotar medidas relativas ao não cumprimento das suas decisões ou da obrigação de notificação.²⁰⁷

359. Apesar de os Estados-membros gozarem de autonomia para definirem seus sistemas de tributação, toda medida tributária deve estar de acordo com as disposições comunitárias concernentes aos auxílios estatais. Em 1974, a Corte de Justiça da União Europeia reconheceu explicitamente que a Comissão Europeia tem competência para analisar a tributação direta de empresas à luz da regulação dos auxílios estatais.²⁰⁸

360. Especificamente no que toca à seara tributária, medidas tributárias podem ser consideradas auxílios estatais, contrários ao direito europeu, na medida em que

²⁰⁶ Tal procedimento é previsto atualmente pelo artigo 108 do TFUE, regulado pelo Regulamento (EU) 2015/1589. O TFUE e o Regulamento em questão são cessíveis em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> e <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R1589&from=PT>, respectivamente. Último acesso em 06 de junho de 2018.

²⁰⁷ O Regulamento EU 2015/1589, que atualmente é o responsável por estabelecer as regras de execução do artigo 108 do TFUE, estabelece que a Comissão Europeia tem poder decisório, com efeito vinculante em face dos Estados-membros, para determinar o ressarcimento dos auxílios ilegalmente concedidos. Assim, caso esta determinação não seja seguida, é possível recurso ao Tribunal de Justiça da União Europeia

²⁰⁸ DG Competition - Internal Working Paper - Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016, p. 1.

proporcionam uma vantagem seletiva, não conferida aos demais agentes atuando no mesmo setor ou em setores diversos.²⁰⁹

361. Em 2013, a Comissão Europeia, por meio de sua divisão concorrencial, iniciou uma investigação profunda de um tipo de prática tributária específica: os chamados *tax rulings* (decisões tributárias). A função de uma decisão tributária é estabelecer antecipadamente a aplicação do regime fiscal comum a um caso concreto tendo em conta os seus fatos e circunstâncias específicos.²¹⁰ Apesar de não ser a única espécie de medida tributária que pode ser analisada à luz da legislação concernente aos auxílios estatais, pode-se dizer que muitos dos casos recentes envolvendo a matéria trataram desse tipo de medida, como será desenvolvido ao longo desse capítulo.

362. A investigação iniciada focou as decisões tributárias que aprovaram acordos de transferência de preços propostos pelos contribuintes para determinar a base de cálculo da tributação do grupo econômico de que fazem parte. O termo transferência de preços diz respeito a preços praticados em transações entre empresas de um mesmo grupo econômico.

363. Também como será exposto a seguir, os *tax rulings* conferem uma vantagem seletiva quando (1) a decisão aplica erroneamente a legislação tributária nacional e isso resulta em impostos mais baixos; (2) a decisão não está disponível para transações que tenham uma situação legal e factual similar; ou (3) a administração

²⁰⁹ PETROPOULOS, Georgios. **State Aid and Tax Rulings**. Edited by Anna Tzanaki (Competition Policy International) & Juan Delgado (Global Economics Group). April 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/state-aid-and-tax-rulings/>. Último acesso em: 06/06/2018.

²¹⁰ Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2016/C 262/01, de 19 de julho de 2016, parágrafo 169. No Brasil, o *tax ruling* se aproxima à Resposta apresentada pela administração a uma Consulta Tributária formulada pelo contribuinte (Cf. FREIRE, Rodrigo Veiga Freire. Livre Concorrência Tributária: limites legais e institucionais do CADE para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas baseadas nos efeitos das normas tributárias. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. 2017, p. 71).

aplica um tratamento fiscal mais favorável em comparação com outros contribuintes em situação factual e legal similar.^{211 212}

III.1.1. As condições para a caracterização de uma medida como auxílio estatal²¹³

364. A Comissão Europeia, por meio da comunicação de julho de 2016²¹⁴, esclareceu alguns requisitos e condições para que uma medida seja enquadrada como auxílio estatal.

365. A primeira delas relaciona-se à natureza do beneficiário: as **(1) regras em matéria de auxílios estatais somente são aplicáveis quando o beneficiário da medida for uma empresa**. O Tribunal de Justiça tem sistematicamente definindo “empresa” como toda entidade que desenvolve uma atividade econômica, independentemente do seu estatuto jurídico ou do modo em que é financiada.

366. A segunda e terceira condições são **a (2) concessão de uma vantagem direta ou indiretamente através de recursos estatais e a (3) imputabilidade de tal medida ao Estado**. Em que pese serem duas condições distintas, elas são frequentemente consideradas em conjunto na apreciação de uma medida nos termos do artigo 107 (1) do TFUE, vez que relacionadas à origem pública da medida em questão.

²¹¹ SILBERING-MEYER, Jessica. **European Union State Aid Investigations**. Tax Executive, v. 69, number 2, march 2017.

²¹² Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2016/C 262/01, de 19 de julho de 2016, parágrafos 169-174.

²¹³ Este item foi desenvolvido especialmente com base na Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2016/C 262/01, de 19 de julho de 2016.

²¹⁴ Trata-se da já indicada Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2016/C 262/01, de 19 de julho de 2016.

367. No que toca à segunda condição, vale destacar que apenas as vantagens concedidas direta ou indiretamente através de recursos estatais é que são suscetíveis de constituir auxílio estatais na acepção do TFUE. Merece destaque a amplitude do conceito de recursos estatais para a Comissão, que envolve todos os recursos do setor público, incluindo os recursos das entidades intra-estatais (descentralizadas, federadas, regionais ou outras) e, em determinadas circunstâncias, os recursos de organismos privados. Igualmente amplo o conceito de transferência de recursos estatais, que abrange tanto formas positivas de transferência (ex.: subvenções diretas, empréstimos, garantias) quanto negativas (ex.: não recolher impostos devidos). Especificamente quanto às últimas, a Comissão Europeia indica que uma “quebra” nas receitas fiscais em decorrência de isenções ou reduções de impostos, bem como de multas ou outras sanções pecuniárias, concedidas pelo Estado-membro, cumpre o requisito de recursos estatais para fins de aplicação do artigo 107 (1).²¹⁵

368. Já no tocante à terceira condição, cumpre frisar que a imputabilidade ao Estado é possível mesmo quando a autoridade pública goza de autonomia jurídica em relação às demais autoridades públicas. Tal amplitude busca impedir que as regras em matéria de auxílios estatais sejam contornadas através da criação de instituições autônomas encarregadas da distribuição de auxílios.

369. A quarta condição é que (4) a medida deve conferir uma vantagem ou assegurar um tratamento favorável à empresa. Uma vantagem, para fins de aplicação do artigo 107 (1) do TFUE, é qualquer benefício econômico que uma empresa não poderia ter obtido em condições normais de mercado, isto é, na ausência de intervenção do Estado. Apenas o efeito da medida sobre a empresa é relevante, não importando a causa ou o objetivo da intervenção do Estado. Resumidamente, sempre que a situação financeira de uma empresa melhorar como resultado da intervenção do Estado em condições diferentes das condições normais de mercado, existe uma vantagem.

370. Interessante notar que a existência de uma vantagem não é excluída pelo simples fato de as empresas concorrentes em outros Estados-membros estarem em

²¹⁵ Idem supra, parágrafo 51.

uma situação mais favorável, uma vez que a noção de vantagem se baseia numa análise da situação financeira de uma empresa no seu próprio contexto jurídico e fático com e se a medida específica.²¹⁶ Não importa se o auxílio é garantido de forma permanente ou provisória: em ambos os casos, a vantagem pode ser identificada em um único evento, como em um único crédito tributário.²¹⁷ No mais, a inércia do Estado na cobrança de débitos tributários também pode ser vista como medida apta a conferir a vantagem prevista no artigo 107 (1) do TFUE. Em outras palavras, a omissão estatal quanto à adoção de medidas legais contra empresas insolventes impedindo que elas continuem funcionando, mesmo quando é notório que tal empresa não apresenta condições de cumprir com suas obrigações legais, pode ser considerada como vantagem conferida por um Estado-membro para fins de aplicação do artigo 107 (1).²¹⁸

371. A quinta condição consiste na **(5) seletividade da medida estatal**. Em outras palavras, a medida deve favorecer “certas empresas ou certas produções”, nos termos do artigo 107 (1). Consequentemente, nem todas as medidas que favorecem os operadores econômicos são abrangidas pela noção de auxílio, mas apenas aquelas que concedem uma vantagem seletiva a determinadas empresas, categorias de empresas ou setores econômicos.²¹⁹

372. Questões específicas às medidas fiscais foram tecidas pela Comissão Europeia no tocante à condição de seletividade. Apesar de ser reconhecido que os

²¹⁶ Idem supra, parágrafos 66-72.

²¹⁷ Luja, Raymond H. C. *Assessment and Recovery of Tax Incentives in the EC and the WTO: A view on Trade Subsidies, State Aids and Direct Taxation*. Intersentia, Antwerp, 2003, p. 30.

²¹⁸ Idem supra, p. 30.

²¹⁹ No que toca à condição de seletividade, a jurisprudência da Comissão Europeia teve um papel central no alcance do conceito, esclarecendo que mesmo as intervenções que, à primeira vista, são aplicáveis à generalidade das empresas podem ser seletivas em certa medida e, portanto, ser consideradas medidas destinadas a favorecer certas empresas ou produções. Cf. *Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, 2016/C 262/01, de 19 de julho de 2016, parágrafos 117-155.

Estados-membros têm liberdade de escolher sua política econômica e, especialmente, de repartir como bem entenderem a carga fiscal entre os diversos fatores de produção, eles devem exercer essa competência em conformidade com o direito da União Europeia:

a) Cooperativas: a Comissão reconhece que cooperativas não se encontram em uma situação fática e jurídica comparável à das empresas, de modo que seu tratamento tributário especial não é, regra geral, abrangido pelas regras de auxílios estatais. Contudo, essa “imunidade” das cooperativas pode ser afastada caso se verifique que ela é comparável às empresas, ou seja, quando se afastam das características a elas particulares.²²⁰

b) Anistias tributárias: as anistias, que podem envolver imunidade parcial ou total em matéria de sanções penais, multas, pagamento de juros e do montante devido de impostos, não são entendidas como auxílios estatais desde que respeitem certas condições. Especificamente, elas devem ser abertas a qualquer empresa de qualquer setor que tenha débitos tributários pendentes com vencimento na data fixada pela medida, sem favorecer qualquer grupo predefinido. No mais, não podem implicar qualquer seletividade *de facto* a favor de determinadas empresas ou setores. A administração tributária não pode dotar de instrumento que lhe permitam regular a intensidade ou condições de outorga da anistia. Por fim, a medida não pode implicar renúncia à verificação.²²¹

c) Decisões tributárias (“*tax rulings*”): a função de uma decisão tributária é estabelecer antecipadamente a aplicação do regime tributário comum a um caso concreto tendo em vista as particularidades do caso, de modo a assegurar,

²²⁰ A Comissão indicou as características particulares das cooperativas que, desde que atendidas, afastam a análise de tratamentos tributários preferenciais a elas conferidos sob a ótica de auxílios estatais: (1) atuação de acordo com os interesses econômicos de seus membros; (2) a relação com os membros não pode ser puramente comercial, mas pessoal e individual; (3) atuação ativa dos membros na gestão da empresa; e, por fim, (4) direito à distribuição equitativa dos resultados pelos seus membros.

²²¹ Cf. *Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, 2016/C 262/01, de 19 de julho de 2016, parágrafos 164-168.

com essa antecipação, a previsibilidade das regras a serem aplicadas e a própria segurança jurídica do contribuinte. A concessão de uma decisão tributária deve, contudo, respeitar as regras em matéria de auxílios estatais. Em outras palavras, se a decisão subscrever um resultado que não reflete fielmente o que resultaria de uma aplicação normal do regime tributário comum, essa decisão pode conferir uma vantagem seletiva ao destinatário. Em suma, as decisões tributárias conferem uma vantagem seletiva especialmente se (i) a decisão aplicar equivocadamente o direito tributário nacional, resultando em um débito tributário inferior ao que existira caso o direito fosse corretamente aplicado; se (ii) a decisão não estiver à disposição de empresas que se encontram em uma situação fática ou jurídica semelhante; ou se (iii) a administração aplica um tratamento fiscal mais favorável do que o acordado com os outros contribuintes que se encontram em uma situação fática e jurídica também semelhante.²²²

d) Transações tributárias: no âmbito da União Europeia, as transações tributárias normalmente ocorrem no contexto de litígios entre um contribuinte e as autoridades fiscais no que diz respeito ao montante do imposto devido. Apesar de os Estados-membros terem competência neste domínio, tais transações podem configurar auxílios estatais caso a redução do débito tenha se operado sem uma justificação clara (como a otimização da cobrança da dívida) ou de forma desproporcionadas em benefício do contribuinte. Assim, reconhece-se que uma transação pode representar uma vantagem seletiva se (i) reflete um tratamento tributário discricionário mais favorável ao contribuinte em relação aos demais que se encontravam em uma situação fática e jurídica semelhante; e se (ii) o acordo for contrário às disposições fiscais aplicáveis e resulte em um débito menor fora de um intervalo razoável.²²³

e) Regras antiabuso: as regras antiabuso podem ser justificadas como medidas para prevenir a elisão fiscal por parte dos contribuintes, Contudo, tais regras podem ser consideradas seletivas se previrem uma derrogação, ou seja, não

²²² Idem supra, parágrafos 169-174.

²²³ Idem supra, parágrafos 175-176.

aplicação das regras antibuso, para empresas ou operações específicas, o que não seria coerente com a própria lógica por trás dessas regras.²²⁴

373. Por fim, a sexta condição relaciona-se à necessidade de que os auxílios estatais **(6) afetem a concorrência e, também, o comércio entre os Estados-membros.** Trata-se, na verdade, de dois elementos distintos e necessários dentro da noção de auxílio, mas que, na prática, são apreciados em conjunto, visto que são considerados indissociáveis, regra geral.

374. No âmbito dessa sexta condição, considera-se que um auxílio concedido pelo Estado afeta ou ameaça falsear a concorrência quando é suscetível de melhorar a posição concorrencial do beneficiário em relação a outras empresas com as quais concorre.²²⁵ Em outras palavras, normalmente se considera que existe uma distorção na concorrência, para fins de aplicação do artigo 107 (1), quando o Estado concede uma vantagem financeira a uma empresa num setor liberalizado em que existe, ou poderia existir, concorrência. Assim, mesmo que o auxílio não contribua para que a empresa beneficiária aumente sua participação no mercado, ele pode ser considerado contrário à concorrência, na medida em que permite que o agente mantenha uma posição competitiva mais forte do que ele teria obtido se o auxílio não tivesse sido concedido:

Neste contexto, para se presumir que o auxílio falseia a concorrência, considera-se, regra geral, suficiente que o auxílio proporcione ao beneficiário uma vantagem libertando-o de encargos que, de outro modo, teria tido de assumir no decorrer da sua gestão corrente das operações. A definição de auxílio estatal não exige que a distorção da concorrência ou o impacto sobre as trocas comerciais seja significativo ou material. O fato de o montante de auxílio ser reduzido ou de a empresa beneficiária ser de

²²⁴ Idem supra, parágrafo 183.

²²⁵ Os precedentes citados pela própria Comissão Europeia são o Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 1980, Philip Morris, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, nº 11; Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de junho de 2000, Alzetta, processos apensos T-298/97, T-312/97 etc., ECLI:EU:T:2000:151, nº 80.

pequena dimensão não excluirá, por si só, uma distorção da concorrência ou a ameaça da mesma, desde que, contudo, a probabilidade de tal distorção não seja meramente hipotética ²²⁶

375. Quanto à condição de que o auxílio afete o comércio comunitário, vale destacar que não é necessário demonstrar uma incidência real do auxílio sobre as trocas comerciais entre os Estados-membros, mas apenas que o auxílio é suscetível de afetá-las, com base nos efeitos previsíveis da medida. Tais efeitos podem acontecer mesmo quando o beneficiário não participa diretamente do comércio em outros Estados-membros, visto que o auxílio pode dificultar a entrada de empresas de outros países no mercado através da manutenção ou do aumento do fornecimento local. No mais, tal conclusão não se altera pelo fato de um auxílio ser relativamente pequeno, pela dimensão modesta do beneficiário ou por possuir uma participação muito reduzida no mercado comum europeu, tampouco pelo fato de o beneficiário não exercer quaisquer atividades de exportação ou de a empresa exportar toda a sua produção para fora da EU.²²⁷

III.1.2. Precedentes recentes na matéria

²²⁶ Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2016/C 262/01, de 19 de julho de 2016, parágrafos 189. Vale destacar que, a priori, parece não existir incompatibilidade entre o standard de vantagem competitiva europeu e o da Lei nº 12.529/2011, na medida em que esta última, por meio de seu artigo 36, proíbe os atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou que possam produzir os efeitos de seus incisos: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens e serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. Da leitura de tais incisos, é possível concluir que a lei brasileira não exige que o ato se caracterize como abuso de posição dominante para que seja vedado, debate este muitas vezes relacionado a percentuais de participação de mercado. Contudo, apesar de a caracterização de posição dominante ser dispensável à verificação de ilícito antitruste, ela assume especial relevância na argumentação quanto à existência de infração à ordem econômica quando se alega que uma empresa com baixo poder de mercado não é apta a praticar atos que levem ao prejuízo da livre concorrência ou da livre iniciativa.

²²⁷ Idem supra, parágrafos 190-198.

376. Desde 2013, a Comissão Europeia vem investigando uma categoria específica dessas medidas tributárias: decisões tributárias (“*tax rulings*”) conferidas por Estados-membros a determinadas empresas, ou grupos econômicos. Há um número considerável de casos em que as decisões tributárias investigadas consistem em acordos de transferência de valores dentro de um mesmo grupo econômico. No fim de 2014, todos os Estados-membros da União Europeia foram requisitados a enviar informações sobre os tax rulings por eles conferidos e o enquadramento jurídico de tais práticas no ordenamento nacional.²²⁸

377. Tal iniciativa resultou, em 2014, na abertura de três investigações tendo como objeto os tax rulings conferidos pela Irlanda à Apple, por Luxemburgo à Fiat e pela Holanda ao Starbucks. Nesses três casos, a Comissão decidiu que os regimes investigados artificialmente diminuíram os tributos pagos pelas investigadas, constituindo auxílios estatais vedados pelo direito europeu. Os governos foram obrigados a recuperar os impostos que deixaram de ser pagos pelas empresas, retirar a vantagem competitiva injusta que as empresas obtiveram e restaurar o tratamento igualitário com outras empresas em situações similares. Outras investigações foram iniciadas nos anos subsequentes, como as tendo por objeto os regimes fiscais concedido por Luxemburgo à Amazon e ao McDonald’s.

III.1.2.1. O caso da Apple na Irlanda²²⁹

378. A partir de uma longa investigação iniciada em meados de 2014, a Comissão Europeia concluiu, em 2016, que duas decisões tributárias concedidas pela Irlanda à Apple tinham reduzido artificialmente o imposto pago pelo grupo, naquele país, desde 1991. Esse tratamento permitiu que a empresa pagasse substancialmente menos impostos do que outras empresas sujeitas às mesmas regras de tributação

²²⁸ DG Competition - Internal Working Paper - Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016, p. 2.

²²⁹ A decisão da Comissão Europeia no Caso da Apple (AS 38373) pode ser acessada em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2017:187:FULL&from=EN>. Último acesso: 08 de junho de 2018.

nacionais, refletindo, assim, a ilegalidade da medida à luz das regras europeias em matéria de auxílios estatais.

379. Como mencionado, duas decisões da administração tributária irlandesa foram alvo das investigações e embasaram a condenação. Emitidos pela Irlanda nos anos de 1991 e 2007, os tax rulings em questão determinavam a forma pela qual os lucros tributáveis da Apple Sales International (“ASI”) e a Apple Operations Europe (“AOE”), empresas do grupo Apple constituídas na Irlanda, eram definidos. A decisão de 1991 vigorou até 2007, quando foi substituída pela decisão de 2007. Já a decisão de 2007 manteve-se em vigor até a instituição da nova estrutura empresarial da Apple na Irlanda, em 2014.

380. No que toca à ASI, a decisão de 1991 autorizou que o lucro líquido tributável fosse calculado com base em um percentual de 12,5% sobre todos os custos de exploração da subsidiária irlandesa, excluindo o material destinado à revenda. Em 2007, nova decisão da administração irlandesa alterou o método pelo qual o lucro líquido era tributado, prevendo o percentual de 10 a 15% dos custos operacionais da subsidiária irlandesa, excluindo-se da base de cálculo os custos de filiais da Apple e custos com materiais.

381. Já em relação à AOE, a decisão de 1991 autorizou que o lucro líquido imputável à subsidiária irlandesa equivalesse a 65% das despesas de exploração dessa subsidiária até o montante anual máximo de 60 a 70 milhões de dólares e 20% das despesas de exploração superiores a 60 a 70 milhões de dólares. Em 2007, outra decisão redefiniu o método para que o lucro líquido tributável fosse calculado, estabelecendo os seguintes critérios: (i) entre 10 a 15% dos custos de exploração da subsidiária irlandesa, excluindo-se os custos como encargos das filiais da Apple e custos de material; (ii) direitos sobre propriedade intelectual derivados do processo de tecnologia da subsidiária irlandesa entre 1 a 5% do faturamento da fábrica irlandesa; e, por fim, (iii) a dedução de despesas de capital.

382. Para avaliar a compatibilidade de ditos tax rulings com as disposições europeias em matéria de auxílios estatais, especificamente no que toca à verificação de sua seletividade, a Comissão adotou como “sistema de referência”, ou seja, como regime comum ou normal de tributação aplicável no Estado-Membro, a tributação normal das empresas no país que. Tal sistema reflete, regra geral, resulta em uma

tributação de (i) 12,5%; sobre as operações comerciais; de (ii) 25% sobre operações não comerciais e de (iii) 33% sobre os ganhos de capital.

383. Diferentemente de outras empresas constituídas na Irlanda, a ASI e a AOE não eram consideradas domiciliadas tributariamente no país. Isso era permitido pela própria legislação irlandesa, que, apesar de considerar, em princípio, todas as empresas constituídas no país como nele domiciliadas, ainda que geridas e controladas fora do país e, assim, sujeitas à tributação na Irlanda, admitia duas exceções a essa regra.²³⁰ No caso específico da Apple, incidia a exceção relativa às “sociedades pertinentes” prevista pela Seção 23-A da Lei dos Impostos consolidada de 1997, pela qual empresas que exerciam atividade comercial na Irlanda através das respectivas sucursais, mas que eram geridas e controladas em última instância por pessoas residente em um outro país signatário de uma convenção tributária, não eram consideradas como domiciliadas no país.²³¹

384. Contudo, um problema foi identificado pela Comissão: não havia qualquer previsão, pelo direito irlandês, de que as exceções estavam condicionadas à verificação de que as empresas tinham domicílio tributário em outra jurisdição. Diante desse quadro, verificou-se que a ASI e a AOE, além de não serem consideradas como domiciliadas na Irlanda, também não o eram em nenhuma outra jurisdição durante o período em que os tax rulings duraram. Isso decorria do próprio fato de que suas sedes sociais, localizadas nos Estados Unidos, justamente por carecerem de funcionários ou mesmo de presença física (só existiam no papel), não davam

²³⁰ A primeira exceção abrangia a hipótese em que a empresa era considerada domiciliada em outro país à luz de convenções bilaterais para evitar a dupla tributação, bem como a hipótese em que a empresa, apesar de exercer atividade comercial na Irlanda, era cotada em bolsa de valores reconhecida e controlada, em última instância, por pessoa domiciliada em um país signatário de uma convenção fiscal. Já a segunda exceção contemplava as hipóteses em que a empresa, apesar de constituída na Irlanda, era gerida e controlada de forma centralizada fora do país.

²³¹ Das sociedades do grupo Apple constituídas na Irlanda, mas que não eram residentes fiscais na Irlanda, a ASI era uma filial que pertencia 100% à AOE. A AOE, a seu turno, era uma filial 100% da AOI, que por sua vez era uma filial 100% da Apple Inc. A Apple Inc é constituída nos EUA. A AOE e a ASI exercem atividades na Irlanda através de sucursais.

origem a uma presença tributável nos Estados Unidos ou em qualquer outra jurisdição.

385. Depois de analisar intensamente tais esquemas, com vistas a verificar se eles constituíam uma vantagem à Apple em comparação com os agentes econômicos em condições comerciais independentes (“arm’s length principle”), a Comissão entendeu que o governo irlandês havia autorizado, por meio dessas decisões, que as empresas do grupo Apple determinassem seus lucros tributáveis de tal forma que elas não correspondiam à realidade econômica. Isso porque quase todos os lucros de vendas que as duas empresas registravam eram atribuídos internamente às suas “sedes sociais”, que, na visão da Comissão, somente existiam no papel e não poderiam ter gerado os lucros a elas atribuído; no mais, constatou-se que os lucros alocados às sedes não estavam sujeitos à tributação em nenhum país. Como resultado, a taxa efetiva de impostos incidente sobre empresas que baixou de 1%, em 2003, para 0,005%, em 2014, dos lucros da Apple Sales International.²³²

386. As regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais exigem que aqueles auxílios declarados incompatíveis com o mercado comum devem ser recuperados pelo Estado-membro, visando a eliminar a distorção à concorrência por eles criados. A Comissão, contudo, apenas pode ordenar a recuperação de auxílios conferido nos dez anos anteriores ao primeiro pedido de informações da Comissão na matéria, que, no caso da Apple, ocorreu em 2013. Assim, a Irlanda foi condenada a recuperar, junto a ASI e a AOE, vantagens fiscais estimadas no período que totalizavam cerca de R\$ 13 bilhões de euros.

387. A Irlanda apelou a decisão da Comissão Europeia, divergindo do entendimento de que o tratamento conferido à Apple afrontaria qualquer disposição do direito europeu.²³³ Contudo, como a apelação não tem efeito suspensivo, um ano após a

²³² Conferir Nota à Imprensa da Comissão Europeia, Auxílios estatais: *Irlanda concedeu vantagens fiscais ilegais à Apple que podem atingir 13 mil milhões de EUR*, de 30 de agosto de 2016. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm. Último acesso em 07 de agosto de 2018.

²³³ A apelação pode ser acessada aqui: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2017.038.01.0035.01.ENG. Último acesso: 08 de junho de 2018.

condenação, a Comissão Europeia, verificando que a Irlanda não havia recuperado as vantagens ilegalmente concedidas à Apple, acionou o país perante a Corte de Justiça para a recuperação dos auxílios.²³⁴

III.1.2.2. Outras condenações

388. Além do caso envolvendo os auxílios conferidos pela Irlanda à Apple, a Comissão Europeia condenou em termos similares os tax rulings concedidos em outros países, em termos semelhantes aos expostos no precedente irlandês.

389. Em outubro de 2015, por exemplo, foram condenados os regimes fiscais conferidos à Fiat Finance and Trade por Luxemburgo, no ano de 2012, e pela Holanda ao Starbucks Manufacturing EMEA BV, no ano de 2008.²³⁵

390. No caso da Fiat, a Comissão entendeu que o governo luxemburguês havia sancionado a Fiat Finance and Trade uma metodologia artificial e complexa inadequada para o cálculo de lucros tributáveis que refletissem condições de mercado comparáveis à da empresa, quais sejam, ao desenvolvimento de financeiros.²³⁶ Dois pontos da decisão tributária estavam na origem de tal desigualdade: pressupostos injustificáveis que levavam a uma base de cálculo extremamente inferior ao capital real da empresa, bem como estimativas de remuneração para fins fiscais também muito inferiores às taxas de mercado. A avaliação da Comissão mostrou que, se as estimativas do capital e da remuneração aplicadas correspondessem às condições do mercado, os lucros tributáveis declarados no Luxemburgo teriam sido 20 vezes superiores. Com as vantagens recebidas, a empresa deixou de recolher mais de 20 milhões de euros.

391. No caso envolvendo o regime tributário conferido pela Holanda ao Starbucks Manufacturing EMEA BV, no ano de 2008, do mesmo modo que ocorreu no caso

²³⁴ A iniciativa da Comissão Europeia foi divulgada em Nota à Imprensa acessível aqui: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3702_en.htm. Último acesso: 08 de junho de 2018.

²³⁵ Conferir: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5880_pt.htm. Último acesso: 08 de junho de 2018.

²³⁶ Isso porque a empresa oferecia serviços financeiros a outras empresas do grupo *Fiat* (como empréstimos).

da Fiat, estimou-se que, com a medida fiscal, a empresa deixou de recolher de 20 a 30 milhões de euros.

392. O regime fiscal concedido pela Holanda diminuía artificialmente os impostos devidos pela empresa de dois modos diferentes. O primeiro referia-se à possibilidade de transferência dos lucros tributáveis a outra empresa do mesmo grupo econômico (Alki), estabelecida no Reino Unido, por meio de um sistema de elevados royalties do know-how de torrefação de café. Nesse ponto, dois problemas foram identificados: os royalties não refletiam o valor de mercado e a Alki, no fim, não era obrigada a pagar impostos nem Holanda nem no Reino Unido. O segundo modo por meio do qual havia diminuição os impostos devidos pela empresa consistia no pagamento de preços inflacionados pelos grãos de café verdes oriundos de sua subsidiária suíça, o que diminuía a base de cálculo tributária da empresa. Assim, concluiu a Comissão que grande parte dos lucros tributáveis da empresa era indevidamente desviadas à Alki, e, conseqüentemente, não era tributada em nenhuma jurisdição.²³⁷

393. No final do ano passado, o Estado de Luxemburgo também foi condenado a recuperar auxílios conferidos à Amazon que totalizavam aproximadamente 250 milhões de euros. Na ocasião, Margrethe Vestager, responsável pela política da concorrência dentro da Comissão Europeia, declarou que as vantagens tributárias ilegais concedidas por Luxemburgo permitiram “que a Amazon pagasse quatro vezes menos impostos do que as outras empresas locais sujeitas às mesmas regras fiscais nacionais, o que é ilegal ao abrigo das regras da UE em matéria de auxílios estatais”. De modo similar ao verificado nos outros precedentes, declarou que “Os

²³⁷ Tanto no caso da Fiat como no do Starbucks, os Estados-membros e as empresas apelaram da decisão da Comissão Europeia. No primeiro caso, trata-se dos recursos registrados como T-759/15 (Fiat Chrysler Finance Europe vs Comissão) e T-755/15 (Luxemburgo vs. Comissão). Já no segundo, são os casos T-760/15 (Holanda vs. Comissão); T-636/16 (Starbucks and Starbucks Manufacturing Emea vs. Comissão).

Estados-Membros não podem conceder a grupos multinacionais vantagens fiscais seletivas que não estejam disponíveis para as outras empresas”.²³⁸

394. A decisão tributária do governo luxemburguês datava de 2003 e havia sido prorrogada em 2011. Em especial, ela permitia que a Amazon EU, empresa que de fato explorava a atividade retalhista em toda a Europa, pagasse *royalties* à Amazon Europe Holding Technologies, sociedade, por sua vez, sem trabalhadores, escritórios ou qualquer atividade empresarial, não tributada como as demais empresas em decorrência da forma em que era constituída: sociedade por comandita.²³⁹

395. Verificou-se que os pagamentos realizados pela Amazon EU à holding ultrapassavam, em média, 90% dos lucros de exploração da primeira. Eram, na realidade, consideravelmente superiores aos que a empresa holding tinha que pagar à Amazon nos Estados Unidos nos termos do acordo de repartição de custos.

396. A Comissão entendeu que tal esquema era inflacionado e não refletia qualquer atividade econômica, reduzindo consideravelmente os lucros tributáveis do grupo. Isso porque a empresa holding não desenvolvia quaisquer atividades tampouco estava ativamente envolvida na gestão, desenvolvimento ou utilização dos direitos de propriedade intelectual que justificassem o nível de royalties que recebia. Assim, o esquema destoava das disposições aplicadas em condições comerciais entre empresas independentes. Luxemburgo e a Amazon apelaram a decisão da Comissão, mas os casos ainda não foram julgados.²⁴⁰

²³⁸ Conferir nota à imprensa da Comissão Europeia, de 04 de outubro de 2017, noticiando a condenação de Luxemburgo à recuperação das vantagens fiscais ilegais concedidas à Amazon, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3701_pt.htm. Último acesso em 08 de junho de 2018.

²³⁹ A Amazon organizou as suas operações na Europa de modo que os clientes que comprassem produtos em qualquer site da empresa na Europa estariam firmando um contrato com a Amazon EU, em Luxemburgo, de modo que todas as vendas efetuadas na Europa eram registradas em Luxemburgo, assim como os lucros resultantes dessas vendas. A Amazon EU, por sua vez, pagava *royalties* à holding Amazon Europe Holding Technologies, que, a seu turno, efetuava pagamentos anuais à Amazon nos EUA.c Conferir: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3701_pt.htm.

²⁴⁰ Trata-se dos casos T816-17 (Luxemburgo vs. Comissão) e do caso T318-18 (Amazon EU vs. Comissão).

IV. PROPOSTA DE FILTRO PARA ANÁLISE DE INFRAÇÕES DIRETAMENTE RELACIONADAS A PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS

397. Nesta Seção 4, apresentaremos os resultados do Relatório 3 da pesquisa Concorrência e Tributação, cujo objeto foi a avaliação dos impactos concorrenciais de práticas tributárias diversas, identificando, a partir de suas características, o potencial efeito anticompetitivo que apresentam. Por meio dessa análise, apresentamos, ao fim, um filtro que pode ser utilizado pelo Cade para diferenciar e julgar condutas tributárias imputadas a atores econômicos.

398. Esta Seção é dividida em 3 capítulos. No **capítulo 1**, demonstramos as razões pelas quais é possível afirmar que práticas tributárias podem estar na origem de distúrbios à concorrência.

399. No **Capítulo 2**, expomos as razões pelas quais acreditamos que o Cade é autoridade competente para avaliar infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias adotadas pelos agentes econômicos.

400. Por fim, no **Capítulo 3**, apresentamos nossa proposta de filtro passível de ser utilizada pelo Cade para diferenciar e julgar práticas tributárias.

IV.1. PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS PODEM ESTAR NA ORIGEM DE DISTÚRBIOS À CONCORRÊNCIA

401. Atribuindo à ideia contida na livre concorrência o sentido de igualdade de condições entre os agentes econômicos, não parece haver resistência à afirmação de que a tributação pode estar na origem de distúrbios concorrenciais.

402. Partindo dos pressupostos de que os tributos afetam a alocação de recursos, compõem o sistema de preços no mercado e reduzem a renda e o patrimônio dos particulares, não é difícil imaginar situações em que a tributação, recaindo de maneira diferente sobre agentes em situações similares, acabe por conferir vantagem ao agente beneficiado por tal diferenciação, gerando, com isso, distúrbios à concorrência. Como visto nos Relatórios anteriores, a origem dessa vantagem pode variar desde a concessão de incentivos fiscais por parte do Poder Público até o comportamento individual de agentes no mercado.

403. Essa é a lógica, inclusive, por trás do reconhecimento do efeito indutor dos tributos enquanto meio de intervenção sobre o domínio econômico à disposição do Estado. Se é certo que a tributação é a principal fonte de recursos estatal (função arrecadadora dos tributos), não é menos verdade que os tributos também produzem efeito sobre a economia, seja gerando distorções, seja como instrumentos para se atingir certas finalidades. Assim, em sua função distributiva (ou alocativa), os tributos, ao afetarem o comportamento dos agentes econômicos, podem influenciar decisivamente no equilíbrio do mercado.²⁴¹ Não por outro motivo, a Livre Concorrência²⁴² pode servir tanto como objetivo quanto como limite à formulação das normas tributárias.²⁴³

404. No âmbito da União Europeia, já se reconhece que a concessão de auxílios estatais apresenta um significativo potencial de impactar negativamente a concorrência, dando ensejo a uma análise extremamente cautelosa a cargo da autoridade antitruste comunitária (Comissão Europeia). Especificamente no que toca à seara tributária, medidas fiscais podem ser consideradas auxílios estatais, contrários ao direito europeu, na medida em que proporcionam uma vantagem

²⁴¹ SCHOUERI, 2017, p. 45.

²⁴² O texto constitucional determina a Livre Concorrência como um dos princípios da ordem econômica brasileira em seu 170º artigo:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim

assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência.

²⁴³ A Livre Concorrência, ao mesmo tempo em que pode ser promovida por normas tributárias indutoras (como no caso em que se mitiga o princípio da legalidade tributária para permitir que o Poder Executivo altere alíquotas dos impostos aduaneiros - art. 150, I, c/c 153, § 1º, da C.F.), também pode se revelar como limite à tributação. Nesse último caso, emerge no debate o chamado Princípio da Neutralidade Tributária. Conforme nos ensina Schoueri, “*a neutralidade tributária não significa a não interferência do tributo sobre a economia, mas, em concepção mais restrita, neutralidade da tributação em relação à Livre Concorrência, visando a garantir um ambiente de igualdade de condições competitivas, reflexo da neutralidade concorrencial do Estado*” (Schoueri, 2017, p. 382).

seletiva, não conferida aos demais agentes atuando no mesmo setor ou em setores diversos.

405. A jurisprudência do Cade analisada ao longo do Relatório 1, bem como os demais casos do Judiciário e do Legislativo, avaliados no Relatório 2, revelam que diferentes práticas tributárias já foram apontadas como sendo a origem de distúrbios à concorrência. Conforme detalhado nos Relatórios 1 e 2, as práticas identificadas variam desde a “Guerra Fiscal” e a concessão de incentivos fiscais por diferentes entes da Federação, intrinsecamente relacionadas às políticas de tributação adotadas pelo Poder Público, até alegações de desvio de finalidade no uso de benefícios fiscais, de vantagens obtidas por meio da evasão fiscal, além de outras, como classificações fiscais diferenciadas na importação.

406. Cumpre observar que, em decorrência de a doutrina majoritária entender que a Lei nº 12.529/2011 somente é aplicável ao Poder Público quando do exercício de atividade econômica, não se aplicando aos casos em que ele atua na implementação de políticas públicas²⁴⁴, a concessão de incentivos fiscais e a situação conhecida como “Guerra Fiscal” não serão analisadas enquanto práticas tributárias passíveis de análise em sede de controle de condutas da Lei nº 12.529/2011. Em que pese essa ressalva, considerações relevantes sobre o impacto da tributação sobre a concorrência foram feitas pelo Cade quando provocado a se manifestar sobre tais incentivos, de modo que, como visto, tais ponderações foram incorporadas no capítulo anterior, em que analisamos a possibilidade de a tributação conferir vantagem concorrencial.

407. Deste modo, as práticas a serem analisadas neste capítulo referem-se a condutas implementadas por agentes econômicos no mercado, entendidos, de maneira geral, como *“pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito [...]”* (art. 31 da Lei nº 12.529/2011). Resta excluída da análise, portanto, a

²⁴⁴ Para maiores detalhes sobre a discussão relativa à possibilidade de o Poder Público vir a ser sancionado por infração à ordem econômica, verificar páginas 140 e 141 do Relatório Consolidado, congregando os trabalhos do Relatório 1 e 2.

implementação de políticas pelos poderes públicos, inclusive o debate relativo a isenções tributárias e imunidades fiscais.

408. Dentro das condutas passíveis de serem adotadas pelos particulares, acreditamos que a evasão fiscal é o campo que apresenta maior potencial de geração de distúrbios à concorrência. A razão para tanto é que, nesses casos, o agente faz uso de artifícios dolosos, em afronta à legislação, para evitar, reduzir ou retardar o pagamento de tributos após a ocorrência do fato gerador, tornando tal conduta não raramente o cerne de sua política comercial.²⁴⁵ Como visto ao longo do Relatório 2, a evasão fiscal ocupa papel central nas discussões legislativas voltadas à regulamentação dos critérios especiais de tributação, bem como permeia fortemente os precedentes do Poder Judiciário.

409. A evasão fiscal, nos termos acima delimitados, pode se manifestar tanto por meio da sonegação fiscal, tal qual tipificada na Lei nº 8.137/1990²⁴⁶ (lei que define os crimes contra a ordem tributária), quanto através da inadimplência intencional e reiterada de tributos. Como visto no Relatório 2, tanto no âmbito judicial quanto no

²⁴⁵ Essa é a definição de evasão fiscal trazida por Marta Arakaki em *Sonegação Fiscal e Economia de Tributo*, In: DE OLIVERIA, Antônio Claudio Mariz. *Direito Penal Tributário Contemporâneo: Estudo de Especialistas*. São Paulo, Editora Atlas, 1996, p. 109. Cumpre diferenciar, nesse momento, a evasão da elisão fiscal. Apesar de ambas expressarem formas de se evitar o pagamento de tributos, na elisão fiscal, o agente esquia-se de forma legal, ou seja, faz uso de métodos previstos pelo ordenamento jurídico para diminuir a carga tributária incidente sobre determinado orçamento. O planejamento tributário é a forma mais comum de elisão fiscal.

²⁴⁶ *Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:*

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

[...]

legislativo, os casos analisados revelam a crescente relevância da figura dos contribuintes conhecidos como “devedores contumazes”, ou seja, das empresas que reiteradamente deixam de pagar tributos e que, com isso, obtêm vantagem concorrencial relevante face a seus concorrentes.

IV.2. O CADE TEM COMPETÊNCIA PARA ANALISAR DISTÚRBIOS CONCORRENCIAIS ORIUNDOS DE PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS

410. Conforme observado nos casos analisados ao longo do Relatório 1, o Cade é resistente em analisar denúncias em que a alegação de infração à ordem econômica relaciona-se diretamente a práticas tributárias dos agentes investigados. Até hoje, não houve nenhuma condenação pela autoridade antitruste de condutas anticompetitivas cujo cerne era uma conduta tributária, além de a maioria das denúncias desse tipo ter sido arquivado em momento inicial da investigação, antes da instauração de processo administrativo.

411. A jurisprudência analisada ao longo da presente pesquisa também demonstra que não há muita clareza quanto às razões que levam a autoridade a adotar tal postura. Como será detalhado a seguir, não há uniformidade quanto aos motivos dessa resistência e sequer é possível apontar uma evolução do entendimento da autoridade ao longo do tempo, visto que as justificativas para afastar ou confirmar sua competência variaram de maneira não cronológica e quase sem nenhum diálogo.

412. Em alguns dos casos analisados, o Cade negou sua competência para analisar distúrbios à concorrência decorrentes de práticas tributárias. Os motivos que o levaram a afastar sua competência nem sempre foram os mesmos. Por vezes, a negativa baseou-se no entendimento de que a Administração Tributária é que seria a autoridade competente para adotar as providências cabíveis.

413. Em outras ocasiões, contudo, apesar de admitir ser possível sustentar a geração de distúrbios concorrenciais oriundos de práticas como a sonegação fiscal, tais efeitos, vez que decorrentes de meros descumprimentos legais, seriam mitigados a partir do momento em que as autoridades competentes atuassem no sentido de cessar a irregularidade. Essa é, inclusive, a posição que a autoridade veicula em seu site institucional. O Cade afasta sua competência para analisar os distúrbios

concorrenciais oriundos da sonegação fiscal, atribuindo-a às esferas originais de descumprimentos legais:

*A sonegação fiscal, a inobservância de obrigações trabalhistas ou previdenciárias, o desrespeito à propriedade intelectual (pirataria), o desrespeito às regras que disciplinam o exercício de atividade econômica ou profissional (ausência de registro em órgão fiscalizador ou em órgão de classe) podem resultar em uma redução artificial dos custos de uma empresa, ou em uma 'vantagem competitiva' ilicitamente obtida, que viabiliza o desenvolvimento desse agente econômico em prejuízo dos concorrentes. Tais situações caracterizam-se por uma irregularidade jurídica delimitada no tempo, de modo que espelham casuísticas excepcionais que destoam da legalidade. Sendo assim, a partir do momento que a normalidade jurídica é restabelecida, reconstituem-se também as condições concorrenciais habituais. A lei de proteção e defesa da concorrência visa a prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica, pautando-se nos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico. É norma de caráter ordinário que visa concretizar valores e princípios consagrados pelo constituinte como pilares sustentadores da ordem econômica. No entanto, não se pode prestar a corrigir distorções isoladas decorrentes de atos constituídos à beira da legalidade que, acaso legítimos, preservariam o ambiente concorrencial, e cuja licitude deva ser apurada em esfera distinta da dos órgãos antitruste*²⁴⁷ (grifos nossos)

414. Em que pese a autoridade antitruste já ter se pronunciado em inúmeras ocasiões no sentido de negar sua competência para analisar distúrbios concorrenciais tributários, houve oportunidades em que isso não aconteceu. Mais especificamente,

²⁴⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Perguntas sobre infrações à ordem econômica. Acessível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>.

houve casos em que, conforme detalhado no Relatório 1, o Cade afirmou sua competência para analisar esse tipo específico de distúrbio concorrencial.

415. No Processo Administrativo nº 0800.004542/1997-13²⁴⁸, por exemplo, em que o Sesi de Santa Catarina foi denunciado pela comercialização de produtos farmacêuticos em virtude do gozo supostamente indevido de imunidade tributária, apesar de o Cade ter negado sua competência para analisar a legalidade da comercialização de medicamentos pelo Sesi à população, em suposto desvio de atribuições legais e estatutárias, questão, a seu ver, afeta ao Poder Judiciário, a autoridade não afastou a análise de eventuais danos à concorrência oriundas de práticas tributárias. Nos termos do voto do Conselheiro Relator Thompson Andrade, *“o fato do SESI não recolher outros tributos, como Cofins e IRPJ, constitui-se, indubitavelmente, em vantagem competitiva auferida pelas farmácias do SESI. Entretanto, esta vantagem é conferida pela lei, cabendo ao CADE a investigação sobre os prováveis danos à concorrência e aos consumidores, decorrentes ou não desta vantagem, provocados por meio de condutas ofensivas à ordem econômica”*.²⁴⁹

416. No mesmo sentido, na denúncia apresentada por Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de construção em face da Sociedade das Mineradoras do Rio Jacuí (Smarja)²⁵⁰, em que se alegava que fraudes no preenchimento de notas fiscais pela Representada permitiam a prática de “preços abaixo do mercado”, a ProCade manifestou o entendimento de que, ao reconhecer que as questões de

²⁴⁸ Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13. Representante: Sindicatos do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Florianópolis, Tubarão e Região, Criciúma, Itajaí e Joinville. Representada: Serviço Social da Indústria (“Sesi”) - Departamento Regional de Santa Catarina. Julgamento: 29/11/2000. A análise detalhada do caso foi feita no item I.1.1 (p. 10 e seguintes) do Relatório Consolidado dos Relatórios 1 e 2.

²⁴⁹ Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13, p. 3.076.

²⁵⁰ Trata-se de Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Representante: Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção Ltda. Representada Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí Ltda (“Smarja”). Julgamento: 19/06/2002. A análise detalhada do caso foi feita no item I.2.1 (p. 34 e seguintes) do Relatório Consolidado dos Relatórios 1 e 2.

sonegação fiscal fugiriam à competência do Cade, o voto que decidiu pelo arquivamento do feito teria salientado que “*apenas as repercussões concorrenciais de eventuais crimes contra a ordem tributária poderiam ser objeto de análise pelo CADE*”.²⁵¹

417. De fato, não parece ser acertada a afirmação de que, *a priori*, os efeitos à concorrência de práticas tributárias não seriam passíveis de punição pelo SBDC, na medida em que a própria Lei nº 12.529/2011 prevê que podem constituir infração à ordem econômica os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou que possam produzir, ainda que potencialmente, os efeitos listados nos incisos do artigo 36.

418. Como argumento adicional, mas de forma não definitiva, a própria previsão do art. 38, inciso IV, b, da Lei de Defesa da Concorrência de que, dentre as sanções passíveis de serem impostas pelo Cade, encontra-se a recomendação aos órgãos públicos competentes para que “*não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos ou subsídios fiscais*” demonstra que é possível construir o argumento de uma infração à ordem econômica decorrer de práticas tributárias. Isso porque, na alínea anterior do mesmo inciso (art. 38, IV, a)²⁵², há uma vinculação direta entre

²⁵¹ Nota Técnica ProCade nº 187/2002, p. 3, disponível nos autos dos Embargos de nº 08700.002344/2002-48, p. 5.

²⁵² Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

[...]

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

[...]

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

o ilícito relacionado ao uso do direito de propriedade intelectual e a concessão de licenciamento compulsório.²⁵³

IV.3. PROPOSTA DE FILTRO PARA ANÁLISE DE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA DIRETAMENTE RELACIONADAS A PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS

419. Diante das considerações feitas ao longo dos capítulos anteriores, bem como nos Relatórios 1 e 2, é possível esboçar um filtro mediante o qual seria possível identificar a ocorrência de infrações à ordem econômica diretamente relacionadas à evasão fiscal. As evidências colhidas ao longo deste trabalho sugerem cinco etapas, cumulativas, para a verificação de infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/2011. Conforme será detalhado a seguir, são elas: **(i)** reiteração da prática evasiva **(item IV.3.1)**; **(ii)** mercado de alta tributação e baixa margem de lucro **(item IV.3.2)**; **(iii)** aumento significativo da participação no mercado relevante analisado **(item IV.3.3)**; **(iv)** correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva **(item IV.3.4)**; e, por fim, **(v)** a verificação de dano efetivo à concorrência **(item IV.3.5)**. Cabe ressaltar que a última etapa do filtro (verificação de dano efetivo à concorrência) somente seria necessária para denúncias dirigidas ao Cade, não sendo essencial para se verificar danos à concorrência no Judiciário.

IV.3.1. Reiteração da prática evasiva

420. A primeira etapa do filtro proposto consiste na verificação da reiteração da prática de evasão fiscal, ou seja, de que o agente reiteradamente faz uso de artifícios dolosos, em afronta à legislação, para evitar, reduzir ou retardar o pagamento de tributos após a ocorrência do fato gerador. Com base nas discussões

²⁵³ Vale pontuar, contudo, que na alínea a, diferentemente da alínea b, há previsão expressa de que a recomendação às autoridades competentes de concessão de licença compulsória somente é possível quando a infração estiver relacionada ao uso do direito de propriedade intelectual. Inclusive, no que toca às recomendações de cunho tributário, vale pontuar que ela já foi aplicada pelo Cade a casos que não guardavam relação direta com práticas tributárias dos agentes investigados, como no caso conhecido como Cartel do Cimento (Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Representante: SDE ex officio, Representadas: Votorantim Cimentos S.A. Holcim do Brasil S.A., Itabira Agro Industrial S/A, Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. e outros).

travadas ao longo desta Pesquisa, acreditamos que a inadimplência de tributos ditos indiretos são os que provavelmente mais afetam o preço final dos produtos, vez que incidentes sobre transações de mercadorias e/ou serviços, e não sobre o rendimento. Citam-se, nesse sentido, o ICMS, IPI, ISS e contribuições como a CIDE e PIS/Cofins.²⁵⁴

421. Dois elementos centrais, portanto, compõem essa primeira etapa da análise. Em primeiro lugar, há de se demonstrar a adoção de prática dolosa com o intuito de afastar, reduzir ou retardar o cumprimento da obrigação fiscal. Em segundo lugar, é preciso que se verifique a reiteração da prática evasiva.

422. No que toca ao primeiro elemento, em situações em que a ação do contribuinte inclui a adoção de estratégia argumentativa de mérito, de maneira semelhante ao discutido pelo STF nos casos em que ele analisou a constitucionalidade do cancelamento do registro de funcionamento de empresas tabagistas inadimplentes, em situações extremas, como as avaliadas na presente pesquisa, o órgão jurisdicional que realiza o controle de legalidade não tem outra opção senão indagar se há um mínimo de plausibilidade nas razões do contribuinte, utilizadas para fundamentar o não pagamento dos tributos - e essas situações extremas restariam caracterizadas se existissem indícios de que a atitude do contribuinte é realmente pautada pela má-fé.

423. Vale pontuar que, em alguns casos, o contribuinte sequer questiona a validade dos créditos tributários, no típico caso do devedor que deve, não nega, mas que também não paga. Nessas situações, a análise da má-fé se voltaria não propriamente à argumentação de mérito utilizada, vez que inexistente, mas à análise do recurso da empresa a meios voltados a retardar o pagamento dos créditos devidos.

²⁵⁴ Esta delimitação é similar à proposta no PLS nº 284/2017, voltado à regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, no qual há clara disposição de que os critérios especiais de tributação nela previstos “*não se aplicam a tributos incidentes sobre a renda, o lucro, a movimentação financeira ou o patrimônio, ressalvada a competência suplementar da União para dispor sobre a matéria, em relação aos tributos de sua incidência*” (art. 2º, V). Diplomas existentes, como a Lei Complementar nº 1.320/2018 do estado de São Paulo, chamada Lei de Conformidade Tributária, podem servir de baliza para a caracterização proposta no filtro.

424. Com efeito, como aponta Carvalho (2017), o Cade, na prática, já se manifestou sobre o mérito de condutas cuja licitude depende da análise de legalidade perante diplomas diversos da Lei nº 12.529/2011, como nos processos envolvendo a conduta de *sham litigation*, ou abuso do direito de petição. Em tais casos, a partir do reconhecimento da interface entre o direito concorrencial e o da propriedade intelectual, a autoridade antitruste brasileira decidiu sobre o mérito dos direitos de P.I. das Representadas para concluir sobre a ocorrência de infração concorrencial.²⁵⁵ Postura análoga, portanto, seria possível para os casos envolvendo práticas tributárias dos agentes investigados.

425. Ainda sobre a verificação da ocorrência de conduta evasiva, em que pese a jurisprudência do Cade caminhar em sentido contrário, vinculando a possibilidade de apuração de infração à ordem econômica à prévia condenação da conduta pela administração tributária ou Judiciária, defendemos que a verificação do ilícito concorrencial não se condiciona à constatação efetiva de infração penal ou tributária.²⁵⁶ Isso porque a verificação de infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/2011, apenas depende da apuração dos efeitos lesivos à concorrência, ainda que potenciais, tais quais listados no diploma, não havendo

²⁵⁵ A partir desta constatação, o autor questiona qual seria o limite que ele próprio aceitaria dessas análises que tocam outras áreas para além do direito antitruste: *“Ou seja, o Conselho tem concluído pela prática de ilícitos concorrenciais a partir da avaliação de mérito de condutas cuja licitude depende da análise da sua legalidade perante outras legislações, as quais não se restringem à Lei 12.529/2011. Aceita essa premissa, a questão que se coloca é saber quando e onde o Cade vai estabelecer o limite de suas decisões sobre condutas não imediatamente concorrenciais. Em outras palavras, por que o órgão estaria disposto a julgar condutas envolvendo abusos de direito de petição, de direito de propriedade industrial e até mesmo sobre normas relativas à padronização de produtos, mas não estaria disposto a decidir sobre condutas que envolvam desrespeito às leis ambientais ou sonegação fiscal, que também podem ter efeito anticompetitivo? Não se trata de defender que o Cade deva passar a analisar e julgar todo ilícito que possa vir a ter impacto concorrencial. Isso provavelmente faria com que o órgão desperdiçasse grande parte do seu tempo e de seus poucos recursos com discussões de relevância mínima. Ainda assim, é salutar perguntar se casos mais graves de ilícitos não concorrenciais que gerem efeitos anticompetitivos significativos não deveriam ser analisados pelo órgão, sem seu arquivamento a priori.”* (Cf. CARVALHO, Vinicius Marques de. Limites da análise concorrencial? Jota, 30 Jun. 2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/coluna-do-vinicius/limites-da-analise-concorrencial-30062017>. Acesso em 01 de junho de 2018).

²⁵⁶ Silveira, p. 310/311. Brazuna, p. 151 também defende essa posição.

qualquer sujeição legal dessa atuação a anterior atuação por esferas originariamente competentes. No mais, sujeitar a investigação de infração à ordem econômica ao desfecho final da apuração administrativa ou judicial seria praticamente equivalente a inviabilizar tal análise, visto que tais questionamentos podem perdurar por anos. É o que aponta Silveira (2009)²⁵⁷:

*Admitir-se a prejudicialidade implica aceitar que a verificação de efeitos lesivos à concorrência, quando fundados em causas tributárias (sonegação fiscal), somente poderia ocorrer após anos, considerando que o contribuinte pode questionar lançamentos fiscais na esfera administrativa, que tal questionamento leva um tempo significativo para encontrar um desfecho.*²⁵⁸

426. Ainda que não se concorde com o posicionamento acima, o esgotamento da via administrativa já seria elemento suficiente para a tipificação da fraude, como sumulado pelo Supremo Tribunal na Súmula Vinculante nº 24: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*”, não sendo necessário, portanto, o trânsito em julgado judicial.

427. Já no que se refere ao segundo elemento desta primeira etapa do filtro, qual seja, a verificação da reiteração da prática evasiva, urge demonstrar que a conduta adotada pelo agente não foi pontual, mas sim empregada com frequência, resultando em um acúmulo expressivo de débitos fiscais.

428. Não há fórmula pré-definida para a exata definição temporal do que caracterizaria a reiteração da prática evasiva. De fato, a importância dessa análise é demonstrar que a evasão fiscal resultou no acúmulo de débitos fiscais relevantes,

²⁵⁷ Silveira, p. 311.

²⁵⁸ Análise semelhante é feita pela por Juliana Borges (2005), ao analisar o instituto da reincidência tributária. A autora defende que, para que um infrator seja considerado reincidente, basta a verificação da prática da nova infração, depois do trânsito em julgado da decisão administrativa condenatória (e não judicial), referente à infração anterior. Isso porque vincular o ato administrativo de imposição de penalidade em face da reincidência à simples existência, ou ato termo de impugnação judicial, equivale a inviabilizar o próprio instituto, na medida em que a impugnação judicial do auto de infração pode ser feita de muitas maneiras (Cf. BORGES, Juliana. **Reincidência Tributária - teoria e prática**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 143 e seguintes).

conferindo vantagem concorrencial significativa à empresa sonegadora frente aos concorrentes. Em que pese não sedimentados, destaca-se que alguns critérios para o enquadramento dos contribuintes conhecidos como “devedores contumazes” vêm sendo definidos por diplomas legais estaduais, critérios estes que podem, a depender da evolução da matéria, eventualmente servir como baliza ao esforço de delimitação temporal da reiteração.

429. A pergunta que pode emergir, como bem apontado pelo Conselheiro do Cade João Paulo de Resende em evento organizado pelo Cedes sobre Tributação e Concorrência²⁵⁹, é qual seria o valor a ser considerado para auferir a relevância do débito fiscal. Acreditamos que a análise dessa questão pode se dar via alternativa, a partir de uma análise da tributação e margens de lucro do mercado relevante em questão, como será demonstrado, a seguir, na segunda etapa do filtro proposto.

IV.3.2. Mercado de alta tributação e baixa margem de lucro

430. A segunda etapa do filtro proposto consiste em verificar se o mercado relevante em análise se caracteriza por elevada carga tributária e baixa margem de lucro, de modo que a reiteração da evasão fiscal possibilita a prática de preços impossível de ser reproduzida por concorrentes em regularidade perante o Fisco.

431. Com efeito, a reiteração do não pagamento sistemático de tributos devidos em mercados marcados por elevada carga tributária e baixa margem de lucro, como o de combustíveis e o tabagista, é conduta apta a inviabilizar a concorrência por aqueles que zelosamente cumprem com as suas obrigações fiscais, caso a vantagem pecuniária obtida através da sonegação for repassada ao preço final do produto ou serviço comercializado.

432. Na visão de João Paulo de Resende, o repasse da vantagem obtida através da sonegação é condição essencial para eventual caracterização da infração à ordem econômica. Na situação hipotética em que uma empresa, apesar de sonegadora, não incorpora essa vantagem tributária indevida em seus preços, restringindo-se a vantagem a um ganho direto de receita, não haveria de se falar em infração à ordem econômica. Isso porque os prejuízos incorridos em decorrência da sonegação

²⁵⁹ A gravação do evento pode ser acessada em: <https://youtu.be/KpoYbxMNWhY?t=1052>.

seriam restritos ao Fisco (que perderia parte de sua receita) e a todos os contribuintes (que teriam que suportar um aumento da carga fiscal total para compensar os débitos não satisfeitos pela sonegação). O consumidor dos produtos da empresa sonegadora seria indiferente à sonegação e não haveria de se falar em qualquer dano à concorrência.

433. Cumpre ressaltar que a vulnerabilidade dos setores marcados por elevada tributação à ocorrência de desequilíbrios concorrenciais oriundos da evasão fiscal vem sendo amplamente destacada nas propostas legislativas voltadas à regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, que autoriza o legislador a estabelecer critérios especiais de tributação com o objetivo de prevenir desequilíbrios na concorrência. Como visto ao longo do Relatório 2, tanto no âmbito do PLS nº 284/2017 quanto do PLS nº 161/2013, essa vulnerabilidade foi destacada enquanto critério de delimitação do campo de aplicação dos critérios especiais de tributação.²⁶⁰

IV.3.3. Aumento significativo da participação no mercado relevante analisado

434. A terceira etapa do filtro proposto consiste na verificação de que houve aumento significativo da participação de mercado do agente investigado. O ganho substancial de *market share* é central à caracterização da infração, na medida em

²⁶⁰ No âmbito do PLS nº 284/2017, a emenda apresentada pelo Senador Armando Monteiro propôs a delimitação dos setores de atividade econômica aos quais os critérios especiais de tributação especialmente se aplicam, a saber: a) aqueles em que o tributo seja componente relevante na composição de preços de produtos ou serviços; e b) aqueles em que a estrutura da cadeia de produção ou comercialização prejudique a eficiência do controle das diferentes formas de evasão fiscal. Mais especificamente, o Senador lista os setores de combustíveis e biocombustíveis, de cervejas e de cigarros. O PLS nº 161/2013 também traz indicação dos setores econômicos a serem considerados potencialmente mais vulneráveis a desequilíbrios da concorrência: (i) setores em que a tributação constitui fator relevante na composição de preços de produtos ou serviços, de modo que o não recolhimento de tributos possa exercer influência preponderante sobre o respectivo comportamento concorrencial; os (ii) setores cujas condições estruturais de mercado dificultem o controle eficiente das diferentes formas de evasão fiscal como causa recorrente de desequilíbrios concorrenciais; e, por fim, os (iii) setores em que a vantagem competitiva proporcionada pelo não recolhimento de tributos conduza ou reforce situações de posição dominante na estrutura do mercado.

que demonstra o resultado mais imediato da conduta e a potencialidade que apresenta em gerar efeitos negativos sobre o mercado.

435. Esse resultado, inclusive, pode ser presumido nos casos de conquista de posição dominante. Nos termos da Lei nº 12.529/2011, a posição dominante é presumida sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar, unilateral ou coordenadamente, as condições de mercado ou quando controlar ao menos 20% do mercado relevante (art. 36, §2º). Em sede de controle de condutas, condutas unilaterais são analisadas à luz da regra da razão, por meio da qual ponderam-se os efeitos positivos e negativos de uma prática para avaliar, ao fim, se o efeito líquido foi o prejuízo ao consumidor. A posição dominante revela-se, nesse sentido, como parâmetro de avaliação da possibilidade de sua ação vir a apresentar danos à concorrência. A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico do monopolista, com destaque à imposição de práticas que não seriam adotadas caso presente a concorrência e à deterioração da qualidade do produto ou serviço. Por esse motivo, nesse caso, os danos ao mercado, nos termos do parágrafo anterior, poderiam ser presumidos.

IV.3.4. Correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva

436. Logicamente, o aumento da participação de mercado, tal qual descrito no item anterior, deve guardar relação com a vantagem obtida por meio da evasão fiscal. Nesse sentido, o quarto elemento do filtro ora proposto é justamente a verificação da existência de correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva.

437. Em que pese ser possível cogitar que a demonstração da correlação entre a evasão e a conquista de *market share* dominante seja tarefa árdua, na medida em que seria extremamente difícil afastar alegações de que a eficiência econômica e outros fatores seriam a verdadeira razão do aumento na participação de mercado, o fato de os mercados relevantes serem marcados por elevada tributação e baixa margem de lucro afasta, em grande medida, tal preocupação.

438. A justificativa dessa afirmação decorre da constatação de que, nesses mercados, a elevada carga tributária, responsável por parcela relevante da

composição do preço final do produto ou serviço, aliada à baixa margem de lucro, não permite, numa dinâmica concorrencial normal, a prática de preços muito diferenciados ao consumidor final. Os preços, nesses mercados, tendem a ser uniformes, de modo que outra explicação à prática de preços significativamente inferiores aos dos concorrentes não seria possível que não o recolhimento dos tributos. Assim, esta correlação seria suficiente para sugerir a existência de potencial nexos causal entre a conduta e a maior participação de mercado.

IV.3.5. Verificação de dano efetivo à concorrência

439. Por fim, uma quinta etapa do filtro, essencial somente para as denúncias dirigidas ao Cade, tendo em vista a profundidade da análise empreendida pela autoridade na verificação dos efeitos, consiste na verificação de dano efetivo à concorrência originado diretamente da conduta tributária do agente. Essa exigência não parece ser necessária para a atuação perante o Poder Judiciário, uma vez que o dano à concorrência, nesse caso, estaria presumido na própria prática de evasão fiscal.

440. O dano à concorrência pode ser mensurado pelo aumento das barreiras à entrada no mercado em questão, exclusão ou impedimento de crescimento de concorrentes e seleção adversa no mercado, sem prejuízo de outros. Nesse sentido, como já destacado, os efeitos, ainda que potenciais, que norteiam a análise da ilegalidade de condutas perante a Lei de Defesa da Concorrência consistem em:

Art. 36.

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

441. Também como já exaustivamente destacado, não existe um rol taxativo de condutas passíveis de análise à luz da Lei nº 12.529/2011.

442. O efeito de aumento das barreiras à entrada, por exemplo, pode ser demonstrado através do incremento dos obstáculos de acesso de novas empresas

ao mercado relevante em análise em decorrência da posição de privilégio da empresa que adota a conduta evasiva. Com efeito, a evasão fiscal aumenta os custos a serem suportados pelos agentes econômicos para viabilizar sua entrada no mercado. Para conseguirem praticar preços competitivos, sem o recurso à evasão, exige-se um grau de eficiência não raramente impossível, em decorrência da elevada tributação e da baixa margem de lucro.

443. A evasão fiscal também cria incentivos para que os demais concorrentes do setor também se utilizem de condutas ilícitas para permanecerem competitivos no mercado. Na prática, as empresas que já atuam no mercado são obrigadas a adotarem prática semelhante para sobreviverem: ou elas sonégam, ou vão gradualmente perdendo participação. A eliminação do mercado, nesses casos, não decorre do baixo grau de eficiência econômica, mas da não aderência ao jogo ilícito. Os players que não se comportarem dessa forma podem ser eventualmente aliados do mercado pela impossibilidade de reduzir suas margens de forma compensatória - no limite, são totalmente excluídos.

444. Já o efeito de seleção adversa reflete-se no predomínio da comercialização de produtos de pior qualidade e de agentes que não respeitam as normas legais, uma vez que vendedores que possuem os piores produtos ou que não cumpram com a lei acabam sendo beneficiados pela estrutura do mercado. Afinal, são os produtos de menor custo que, quando comercializados ao preço médio do mercado, ainda viabilizam uma determinada margem aos vendedores. Vale ressaltar que a escolha por um produto pior ou legalmente maculado não é feita deliberadamente pelos consumidores. Há consumidores dispostos a desembolsar valores maiores para consumir produtos melhores; contudo, a informação imperfeita impossibilita que esses consumidores avaliem a qualidade do produto, sua legalidade e o preço equivalente.

445. As empresas de produtos de boa qualidade ou cumpridoras da lei são prejudicadas ao se depararem com uma queda de demanda pelos seus produtos, que são escolhidos sobretudo através do preço. Por conseguinte, a operacionalização do mercado é comprometida e, no limite, os produtos de boa qualidade e as empresas que cumprem a lei são completamente eliminadas. A ineficiência advinda da seleção adversa é o excesso de produtos e empresas ilegais e de má qualidade frente às legais e de boa qualidade, configurando a manifestação da seleção adversa.

Assim, a assimetria de informação acaba beneficiando o agente sonegador, uma vez que estes conseguirão ofertar seus produtos a preços inferiores sem que consumidores identifiquem de imediato a fraude na transação. Isto cria um ambiente no qual os demais concorrentes também têm incentivos a reduzir preços através de práticas ilegais e da piora da qualidade do produto, de forma a se manterem competitivos.

446. A diferença entre a seleção adversa e outras práticas exclusionárias é que a primeira gera perda de bem-estar dos consumidores de forma imediata, durante o período da prática (na forma de piora da qualidade dos produtos e saída de competidores), enquanto nas segundas a perda de bem-estar do consumidor ocorre em momento posterior à prática, em decorrência da redução futura da pressão competitiva.

ANEXO 1

MÉTODO DE PESQUISA

1. Como destacado no início deste Relatório, o levantamento da jurisprudência do Cade objeto da presente pesquisa foi feito a partir de três abordagens diferentes.
2. A primeira delas, detalhada no **item A** deste Anexo, consistiu no mapeamento de precedentes na matéria citados pela doutrina. Foram consultadas obras que analisavam a interface entre tributação e concorrência, as quais, como já destacado, não necessariamente apresentavam como objetivo a análise adotada pelo presente estudo. Essa abordagem foi julgada essencial diante da pretensão de levantamento jurisprudencial exaustivo, tendo em vista que há um número considerável de processos físicos que tramitaram no âmbito do Cade ainda pendentes de digitalização e disponibilização eletrônica no Sistema Eletrônico de Informações (“Sei”).
3. Já a segunda abordagem consistiu em pesquisa processual no Sei a partir do uso de palavras chaves, conforme detalhado no **item B** deste Anexo.
4. Por fim, a terceira abordagem, detalhada no **item C**, consistiu no levantamento indireto de precedentes, por meio da identificação de casos que foram citados ao longo dos precedentes identificados nos itens anteriores.
5. Todos os levantamentos desconsideraram procedimentos administrativos relativos a atos de concentração e documentos internos do Cade, como inventários de material permanente, na medida em que não são voltados à apuração de infrações à ordem econômica.

A. Levantamento de precedentes citados pela doutrina

6. Foram consultadas quatro obras cuja temática relaciona-se à interface entre tributação e concorrência. Foram elas:

- *Tributação e Concorrência*, de Rodrigo Maito da Silveira (2011)²⁶¹;
- *Defesa da Concorrência e Tributação: à luz do Artigo 146-A da Constituição*, de José Luis Ribeiro Brazuna (2009)²⁶²;
- *Direito Tributário e Livre Concorrência: da interpretação e aplicação do artigo 146-A da Constituição Federal*, de Vinicius Alberto Rossi Nogueira²⁶³; e
- *Livre Concorrência Tributária: limites legais e institucionais do Cade para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas baseadas nos efeitos das normas tributárias*, de Rodrigo Veiga Freire e Freire²⁶⁴.

7. No livro de Rodrigo Maito da Silveira, foram identificados oito precedentes do Cade em matéria tributária²⁶⁵, relacionados na Tabela 1 pelos números (1) a (8). Na obra de José Luis Ribeiro Brazuna, apenas o precedente identificado na tabela acima pelo número (7) foi citado²⁶⁶. Na dissertação de Vinicius Alberto Rossi Nogueira, somente houve menção aos precedentes identificados na tabela acima

²⁶¹ SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e Concorrência**. Série Doutrina Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

²⁶² BRAZUNA, José Luis Ribeiro. **Defesa da Concorrência e Tributação: à luz do Artigo 146-A da Constituição**. Série Doutrina Tributária Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

²⁶³ NOGUEIRA, Vinicius Alberto Rossi. **Direito tributário e livre concorrência: da interpretação e aplicação do artigo 146-A da Constituição Federal**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-21012015-084157. Acesso em: 2018-04-10.

²⁶⁴ FREIRE, Rodrigo Veiga Freire e. **Livre concorrência tributária: limites legais e institucionais do CADE para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas baseadas nos efeitos das normas tributárias**. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2017.

²⁶⁵ Cf. SILVEIRA, pp. 166-180 e p. 311.

²⁶⁶ Cf. BRAZUNA, p. 213.

pelos números (1), (2), (5), (6) e (7)²⁶⁷. Já na obra de Rodrigo Veiga Freire e Freire, foram identificados três precedentes que não haviam sido identificados nos trabalhos anteriores, indicados na Tabela 1 como precedentes (9) a (11):

Tabela 1. Levantamento de Precedentes na Doutrina

Número do Precedente	Tipo de Processo	Número do Processo
(1)	Averiguação Preliminar	08000.013472/1995-51
(2)	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06
(3)	Processo Administrativo	08012.006746/1997-41
(4)	Averiguação Preliminar	08012.006665/2001-99
(5)	Processo Administrativo	08000.004542/1997-13
(6)	Consulta	08700.002380/2006-35
(7)	Consulta	0038/99
(8)	Processo Administrativo	08012.000208/1999-79
(9)	Averiguação Preliminar	08700.002374/1999-33
(10)	Averiguação Preliminar	08012.003648 2005-23
(11)	Averiguação Preliminar	08012.004657/2006-12

B. Levantamento de precedentes no Sistema Eletrônico de Informações do Cade

8. A segunda abordagem por meio da qual o levantamento de precedentes foi feito consistiu em pesquisa processual no Sistema Eletrônico de Informações do

²⁶⁷ Cf. NOGUEIRA, p. 26 e 107.

Cade²⁶⁸. Na página eletrônica do Sei voltada à realização de pesquisas públicas processuais²⁶⁹, diferentes combinações de palavras-chaves foram feitas²⁷⁰ de modo a identificar o maior número de precedentes concernentes à matéria objeto da presente pesquisa.

9. As palavras-chaves utilizadas, bem como os resultados da pesquisa, são relacionadas na tabela abaixo:

²⁶⁸ A pesquisa foi realizada no dia 01.04.2018, de modo que processos e/ou documentos eventualmente incluídos posteriormente a essa data não foram considerados.

²⁶⁹ Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Último acesso: 10.04.2018

²⁷⁰ As palavras-chave utilizadas foram inseridas no campo “Pesquisa Livre”. Todas as pesquisas foram feitas com a seleção, na seção “Pesquisar em”, de todas as caixas, quais sejam, “processos”, “documentos gerados” e “documentos externos”.

Tabela 2. Levantamento de Precedentes no Sei

Palavras-chave	Quantidade de Resultados da Pesquisa	Processos Desconsiderados	Processos Considerados			
			Quantidade	Número do Precedente	Tipo do Processo	Número do Processo
“prática tributária” E “conduta anticompetitiva”	0	0	0	N/A	N/A	N/A
“prática tributária” E “vantagem competitiva”	1	1 ²⁷¹	0	N/A	N/A	N/A
“prática tributária” E “conduta”	5 (referentes a <u>cinco</u> processos distintos)	5 ²⁷²	0	N/A	N/A	N/A

²⁷¹ Uma análise inicial do Inquérito Administrativo de nº 08012.012986/2010-13, único resultado da pesquisa, permitiu concluir que não estava em análise infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias.

²⁷² Foram desconsiderados de antemão os processos relativos ao Ato de Concentração nº 08012.008924/2004-69, Ato de Concentração nº 08012.008924/2004-69 e Ato de Concentração nº 08012.000216/2001-37. O Inquérito Administrativo de nº 08012.012986/2010-13 e o Processo Administrativo de nº 08012.001046/2003-70 foram desconsiderado também em virtude de uma análise inicial que permitiu concluir que não estava em análise infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias.

"imunidade tributária" E "vantagem competitiva" E "preço predatório"	4 (referentes a <u>quatro</u> processos distintos)	2 ²⁷³	2	(2) (vide Tabela 1)	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06
				(12)	Processo Administrativo	08012.005679/1998-00
"imunidade tributária" E "preço predatório"	10 (referentes a <u>seis</u> processos distintos)	2 ²⁷⁴	4	(2) (vide Tabela 1)	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06
				(3) (vide Tabela 1)	Procedimento Administrativo	08012.006746/1997-41
				(12)	Processo Administrativo	08012.005679/1998-00
				(13)	Averiguação Preliminar	08012.000804/2001-71

²⁷³ Uma análise inicial do Processo Administrativo de nº 08012.005882/2008-38 e do Processo Administrativo de nº 08012.012420/1999-61 permitiu concluir que não estava em análise infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias.

²⁷⁴ Idem citação *supra*.

"imunidade tributária" E "vantagem competitiva"	24 (referentes a <u>treze</u> processos distintos)	10 ²⁷⁵	3	(2) (vide Tabela 1)	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06
				(12)	Processo Administrativo	08012.005679/1998-00
				(14)	Processo Administrativo	08000.018405/1997-11
	22	15 ²⁷⁶	2	(15)	Procedimento Administrativo	08700.003984/2010-85

²⁷⁵ Foram desconsiderados de antemão todos os processos relativos a atos de concentração (ato de concentração ordinário nº 08012.000554/2001-79) e a inventários de material permanente do Cade (registrados sob os números 08700.007919/2017-03 e 08700.011902/2015-81). Além disso, uma análise inicial do Processo Administrativo de nº 08012.005882/2008-38, do Processo Administrativo de nº 08012.012420/1999-61, do Procedimento Preparatório de nº 08012.000643/2010-14, Procedimento Preparatório nº 08700.007396/2016-14, Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04, Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, Processo Administrativo nº 08012.001020/2003-21 e Processo Administrativo nº 08000.022487/1997-81 permitiu concluir que não estavam em análise infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias.

²⁷⁶ Uma análise inicial do Processo Administrativo de nº 08012.005882/2008-38, Processo Administrativo de nº 08012.009088/1999-48, Processo Administrativo de nº 08012.012676/1999-12, Procedimento Administrativo de nº 08012.004363/2000-89, no Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83, Processo Administrativo de nº 08012.011042/2005-61, Processo Administrativo de nº 08012.004736/2005-42, Processo Administrativo de nº 08012.008855/2003-11, Processo Administrativo de nº 08012.002673/2007-51, Processo Administrativo de nº

"sonegação fiscal" E "vantagem competitiva" E "prática anticompetitiva"	(referentes a <u>dezessete</u> processos distintos)			(16)	Processo Administrativo	08012.007104/2002-98
"sonegação fiscal" E "vantagem competitiva" E "preço predatório"	22 (referentes a <u>quinze</u> processos distintos)	11 ²⁷⁷	4	(6) (vide Tabela 1)	Consulta	08700.002380/2006-35
				(12)	Processo Administrativo	08012.005679/1998-00

08012.000172/1998-42, Processo Administrativo de nº 08012.008024/1998-49, Averiguação Preliminar nº 08001.006298/2004-03, Processo Administrativo nº 08012.003921/2005-10, Processo Administrativo de nº 08012.007412/1999-93 e Processo Administrativo de nº 53500.000502/2001 permitiu concluir que não estavam em análise infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias.

²⁷⁷ Foram desconsiderados de antemão todos os processos relativos a atos de concentração (ato de concentração sumário nº 08012.002172/2004-22). Além disso, uma análise inicial do Inquérito Administrativo nº 08700.001861/2016-03, Inquérito Administrativo nº 08700.001860/2016-51, Inquérito Administrativo de nº 08012.012986/2010-13, Processo Administrativo de nº 08012.005882/2008-38, Processo Administrativo de nº 08012.001182/1998-31, Processo Administrativo de nº 08012.000172/1998-42, Averiguação Preliminar nº 08001.006298/2004-03, Processo Administrativo de nº 08012.007412/1999-93 e da Averiguação Preliminar nº 08012.000095/2001-23 permitiu concluir que não estavam em análise infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias. Também foi desconsiderado o processo administrativo de nº 08700.011304/2015-10, visto que ele ainda não foi julgado pelo Cade, encontrando-se na fase instrutória.

				(16)	Processo Administrativo	08012.007104/2002-98
				(17)	Averiguação Preliminar	08012.005837/1998-41
"isenção tributária" E "vantagem competitiva" E "preço predatório"	6 (referentes a seis processos distintos)	2 ²⁷⁸	4	(2) (vide Tabela 1)	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06
				(12)	Processo Administrativo	08012.005679/1998-00
				(18)	Processo Administrativo	08012.007044/1999-00
				(19)	Averiguação Preliminar	08012.003128/1998-67
"isenção tributária" E "vantagem competitiva"	15	10 ²⁷⁹	4	(2)	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06

²⁷⁸ Uma análise inicial da Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92 e da Demanda Externa (Órgão do Poder Judiciário) nº 08700.006150/2013-74 permitiu concluir que não estavam em análise infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias.

²⁷⁹ Foram desconsiderados de antemão todos os processos relativos a atos de concentração (ato de concentração sumário de nº 08012.003575/2001-46 e de nº 08012.005962/2012-70). Além disso, uma análise inicial do Procedimento Preparatório nº 08700.007396/2016-14,

	(referentes a <u>quatorze</u> processos distintos)			(vide Tabela 1)		
				(12)	Processo Administrativo	08012.005679/1998-00
				(14)	Processo Administrativo	08000.018405/1997-11
				(19)	Averiguação Preliminar	08012.003128/1998-67
"isenção fiscal" E "vantagem competitiva" E "preço predatório"	6 (referentes a <u>seis</u> processos distintos)	1 ²⁸⁰	5	(2) (vide Tabela 1)	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06
				(6) (vide Tabela 1)	Consulta	08700.002380/2006-35

Processo Administrativo nº 08012.008678/2007-98, da Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92, do Inquérito Administrativo nº 08700.001180/2015-56, do Processo Administrativo nº 08700.006964/2015-71, Demanda Externa (Órgão do Poder Judiciário) nº 08700.006150/2013-74, do Processo Administrativo nº 08012.007044/1999-00 e do Processo Administrativo de nº 08012.012420/1999-61 permitiu concluir que não estavam em análise infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias.

²⁸⁰ Uma análise inicial do Processo Administrativo de nº 08012.012420/1999-61 permitiu concluir que não estavam em análise infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias.

				(12)	Processo Administrativo	08012.005679/1998-00
				(17)	Averiguação Preliminar	08012.005837/1998-41
				(20)	Averiguação Preliminar	08012.001022/2008-25
"isenção fiscal" E "preço predatório"	24 (referentes a <u>vinte e três</u> processos distintos)	15 ²⁸¹	8	(2) (vide Tabela 1)	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06
				(4)	Averiguação Preliminar	08012.006665/2001-99
				(6)	Consulta	08700.002380/2006-35

²⁸¹ Foram desconsiderados de antemão todos os processos relativos a Atos de Concentração (Ato de Concentração sumário nº 08012.002818/2007-14, Ato de Concentração Sumário nº 08012.011068/2007-71, Ato de Concentração Ordinário nº 08012.002816/2007-25, Ato de Concentração Sumário nº 08012.007960/2007-58, Ato de Concentração Sumário nº 08700.004215/2012-66, Ato de Concentração Sumário nº 08700.004083/2012-72, Ato de Concentração Ordinário nº 08700.009924/2013-19, Ato de Concentração Sumário nº 08012.004743/2004-63 e Ato de Concentração Ordinário nº 08012.005718/2002-35, Ato de Concentração Ordinário Nº 08012.002213/2000-57). Uma análise inicial do Averiguação Preliminar nº 08012.007423/2000-15, da Consulta nº 08700.001710/2012-13, do Processo Administrativo nº 08700.006964/2015-71, do Processo Administrativo de nº 08012.012420/1999-61 e da Averiguação Preliminar nº 08012.005837/1998-41 permitiu concluir que não estavam em análise infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias.

				(7)	Consulta	0038/99
				(12)	Processo Administrativo	08012.005679/1998-00
				(14)	Processo Administrativo	08000.018405/1997-11
				(20)	Averiguação Preliminar	08012.001022/2008-25
				(21)	Procedimento Administrativo	08012.004325/2007-19

C. Levantamento indireto de precedentes

10. Por fim, um outro processo foi identificado através de citação feita no Voto do Conselheiro César Costa Alves de Mattos nos autos da Averiguação Preliminar nº 08012.003648/2005-23:

Tabela 3. Levantamento Indireto de Precedentes

Número do Precedente	Tipo de Processo	Número do Processo
(22)	Averiguação Preliminar	08012.002528/2001-85

D. Precedentes levantados

11. A partir das abordagens detalhadas neste Anexo, foi possível identificar um total de 22 (vinte e dois) precedentes do Cade em que a investigação da ocorrência de infrações à ordem econômica relacionava-se diretamente a práticas tributárias:

Número do Precedente	Tipo de Processo	Número do Processo
(1)	Averiguação Preliminar	08000.013472/1995-51
(2)	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06
(3)	Processo Administrativo	08012.006746/1997-41
(4)	Averiguação Preliminar	08012.006665/2001-99
(5)	Processo Administrativo	08000.004542/1997-13
(6)	Consulta	08700.002380/2006-35
(7)	Consulta	0038/99
(8)	Processo Administrativo	08012.000208/99-79
(9)	Averiguação Preliminar	08700.002374/1999-33
(10)	Averiguação Preliminar	08012.003648 2005-23
(11)	Averiguação Preliminar	08012.004657/2006-12

(12)	Processo Administrativo	08012.005679/1998-00
(13)	Averiguação Preliminar	08012.000804/2001-71
(14)	Processo Administrativo	08012.007412/1999-93
(15)	Procedimento Administrativo	08700.003984/2010-85
(16)	Averiguação Preliminar	08012.000095/2001-23
(17)	Averiguação Preliminar	08012.005837/1998-41
(18)	Processo Administrativo	08012.007044/1999-00
(19)	Averiguação Preliminar	08012.003128/1998-67
(20)	Averiguação Preliminar	08012.001022/2008-25
(21)	Procedimento Administrativo	08012.004325/2007-19
(22)	Averiguação Preliminar	08012.002528/2001-85