

Inadimplência tributária pode ser ilícito concorrencial?

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Tramitam hoje no Congresso Nacional alguns projetos de lei que, a pretexto de resolver o problema da inadimplência tributária ou regulamentar o art. 146-A da Constituição, pretendem enquadrar tal tipo de conduta também como uma distorção concorrencial. Mas será isso possível? Em que medida? Como?

Para os defensores de tal possibilidade, seria possível equiparar a inadimplência tributária a um ilícito antitruste, desde que observados alguns requisitos indispensáveis, dentre os quais a reiteração da prática evasiva, o dolo, o aumento de participação de mercado em virtude do não recolhimento do tributo e os danos concorrenciais daí decorrentes. São esses elementos que justificariam o enquadramento do chamado devedor tributário contumaz como também um infrator das normas concorrenciais.

Ainda que tais requisitos fossem acertados, já seriam a demonstração do quanto é árdua a tarefa de tratar o descumprimento de uma obrigação tributária como um problema concorrencial. Obviamente que a mera inadimplência não pode ser considerada como ilícito concorrencial, motivo pelo qual, para que se chegue a tal conclusão, devem ser comprovados diversos outros aspectos, a partir de análises de mercado e metodologias consideravelmente complexas.

Não obstante, caso se entenda que descumprimentos legais reiterados podem ensejar desequilíbrios concorrenciais, não há razão para criar qualquer tipo de favorecimento da infração tributária. Em outras palavras, o mesmo raciocínio utilizado para quem descumpra normas tributárias deveria ser

utilizado para quem descumpre outros tipos de normas, como as ambientais, trabalhistas e consumeristas, dentre outras

Com efeito, se o descumprimento maciço de legislação pode ser visto como um ilícito antitruste, isso deve ser endereçado de forma ampla e sistemática, na medida em que não se pode isolar, para efeitos da análise antitruste, apenas um tipo de violação, seja ela tributária ou de qualquer outro tipo.

A título de exemplo, imagine-se a situação de determinado agente econômico que consiga vantagem em razão de infrações à ordem tributária. É possível falar em distorção competitiva quando os seus concorrentes, embora não pratiquem a mesma infração tributária, pratiquem outros tipos de infrações – consumeristas, trabalhistas, ambientais – que lhes tragam igualmente vantagens? Não deveria haver, em casos assim, um exame abrangente das vantagens decorrentes do descumprimento da legislação, até para averiguar se os benefícios decorrentes da infração tributária não poderiam ser neutralizados ou mesmo ultrapassados pelos benefícios que os concorrentes obteriam diante de outros tipos de descumprimento?

Tais argumentos são ora trazidos para mostrar que muitas das reflexões atuais que apontam para a possibilidade de que a infração tributária seja também um ilícito concorrencial subestimam a complexidade da discussão. O descumprimento de normas de outras searas que não a tributária pode gerar efeitos tanto ou mais significativos no ambiente concorrencial. Pode-se mencionar, nesse sentido, a utilização de trabalho análogo ao escravo, a violação de normas de proteção ambiental, a utilização de esquemas de corrupção para obtenção de vantagens, dentre outras.

A título de exemplo, discute-se igualmente no Direito do Trabalho a possibilidade de que violações a normas e direitos trabalhistas – especialmente nas hipóteses que transcendem situações individuais, ofendendo direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, por meio do que se chama de “dano social” – poderiam gerar distorções competitivas, muitas vezes denominadas pela doutrina especializada e pela jurisprudência como *dumping social*. A premissa é que seria possível comercializar bens a preços inferiores aos de mercado, alcançados através do reiterado emprego de mão de obra em

condições inadequadas, que possibilitam vantagem competitiva em relação aos competidores que respeitam normas trabalhistas.

Ocorre que o raciocínio, exatamente por isolar o problema concorrencial à área trabalhista, padece do mesmo equívoco já apontado em relação ao ilícito tributário, como esta articulista já teve oportunidade de sustentar em artigo doutrinário¹.

É interessante destacar que, no bojo da Denúncia 08700.004480/2018-30, o CADE teve a oportunidade de analisar os efeitos anticompetitivos decorrentes do descumprimento de leis trabalhistas. A Superintendência-Geral ressaltou, contudo, que não cabe à autoridade corrigir distorções isoladas decorrentes de atos constituídos à beira da legalidade na medida em que:

“Os órgãos de defesa da concorrência não se prestam a corrigir falhas pontuais decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais estabelecidas entre particulares, tampouco a se manifestarem quando as distorções concorrenciais decorrem de descumprimento de mandamento legal, cuja apuração dependa da atividade de outro órgão, distorções estas que são 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”.

Tal dificuldade pode ser observada também em outras searas nas quais a conduta decorre do descumprimento de norma e tem a potencialidade de gerar prejuízos à concorrência.² Na seara criminal, por exemplo, observa-se tal

¹ Ver FRAZÃO, Ana. Dano social e dumping social no Direito do Trabalho: perspectivas e limitações. *Revista LTr. Legislação do Trabalho*. v. 8. n. 3. pp. 284-300, 2016. Nesse artigo, aponta-se a dificuldade de se verificar o descumprimento maciço da legislação trabalhista como um problema concorrencial pelas mesmas razões ora expostas em relação ao ilícito tributário, ou seja, as de que a análise concorrencial não pode isolar apenas um tipo de descumprimento da legislação.

² O CADE analisou a delimitação de sua competência em outras violações de normas que poderiam ensejar prejuízos em diversas ocasiões. Interessa notar que mesmo em matéria de licitações, cuja violação de normas notadamente podem ensejar prejuízos à concorrência, é restringe-se a competência da autoridade para tanto. Isso porque, em que pese cartéis em licitação serem consideradas infrações à ordem econômica, outros crimes relacionados, como direcionamento de edital, fraude e corrupção de agentes públicos não são enquadrados no bojo da conduta anticompetitiva. Isso porque, mesmo que notadamente se observe a possibilidade de produção de efeitos nocivos à concorrência, argumenta-se que “-, a competência da autoridade de defesa da concorrência nessa seara restringe-se aos aspectos da prática que a conformam como infração à ordem econômica, nos termos do quanto disposto na Legislação de Defesa da Concorrência. Ou seja, o Cade não possui expertise e nem autorização legal para investigar ou

hipótese no pagamento de propina, na corrupção de agentes públicos e em outros procedimentos que certamente geram vantagens competitivas para os agentes.

Diante de todos esses impasses, é prudente o endereçamento feito pelo CADE sobre a possibilidade de atuação em casos de descumprimento de mandamentos legais:³

“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.”

decidir sobre esses ilícitos, cuja apuração é de competência exclusiva dos órgãos de controle, das autoridades policiais e do Ministério Público”. Exemplo dessa discussão é observado nos casos: CADE, PA 08700.004617/2013-41, Nota Técnica SG,nº. 81, Despacho SG: 19.03.2014; CADE, PA 08700.002086/2015-14, Nota Técnica SG nº 38, Despacho SG: 23.05.2017; CADE, PA 08700.007776/2016-41, Nota Técnica SG,nº. 25, Despacho SG: 31.11.2016.

³ CADE. Perguntas frequentes. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 30 abr. 2019.

Veja-se que o próprio CADE, ao tratar da possibilidade de distorções concorrenciais decorrentes de descumprimentos legais, não isola o ilícito tributário, admitindo que existem várias outras áreas que despertam preocupações similares. Isso sem falar em normas consumeristas e ambientais, alvos reiterados das chamadas “violações calculadas”, o que pode gerar também consideráveis vantagens para quem as pratica.

Quando se fala em distorções concorrenciais decorrentes de violações legais reiteradas, observa-se que, além da dificuldade de enquadramento do ilícito e da necessidade de criar uma metodologia para apurar os efeitos anticompetitivos, a avaliação quanto à distorção na concorrência exige uma análise de mérito em relação ao efetivo descumprimento da norma, tarefa que não é trivial, até porque ultrapassa até mesmo as competências das autoridades antitruste.

Conclui-se, portanto, que a questão do ilícito antitruste decorrente de violações legais em outras searas, como é o caso da inadimplência tributária, é problema de alta complexidade, a exigir o endereçamento sistemático do assunto a partir do conjunto das legislações que incidem sobre determinado mercado, bem como a interação com as autoridades responsáveis pela aplicação das respectivas legislações.

Com efeito, somente se poderia chegar à conclusão em favor de distorções concorrenciais a partir da análise abrangente sobre como os diversos concorrentes de um determinado mercado cumprem a totalidade da legislação que incide sobre ele e como isso impacta na sua precificação, na sua performance, nas suas estratégias de crescimento e permanência no mercado, bem como na própria dinâmica concorrencial.

Link https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/inadimplencia-tributaria-pode-ser-ilicito-concorrencial-16102019

Publicado em 16/10/2019