

Os tributos e a concorrência: visão pragmática

Cade não é nem pode ser fiscal da cobrança de tributos; ele não tem nem competência legal nem conhecimento para tanto

Desde que se passou a considerar o direito da concorrência no Brasil, fala-se da possível interferência da tributação na concorrência. Na verdade, o tema é quase a negação da tributação, ou seja, a possibilidade de interferência na concorrência ou sua eliminação, ainda que parcial, por meio do não pagamento de tributos. Assim, os inadimplentes para com o Fisco podem ter uma vantagem concorrencial ilegal – lembrando que o pagamento dos tributos constitui obrigação legal e o seu não pagamento constitui, portanto, ilegalidade – contra os que cumprem suas obrigações legais.

Essa interferência na concorrência também pode ocorrer de forma legal, por meio dos incentivos fiscais, que permitem que uma empresa concorra com seus rivais em vantagem concorrencial evidente. Com efeito, o estado ou município que concede o benefício fiscal espera compensação por meio da geração de empregos, do incremento do movimento comercial local e, fechando o círculo, do aumento da arrecadação tributária. Se a empresa que se utiliza de benefício fiscal age de acordo com a lei, ainda que em posição de vantagem competitiva em função do incentivo fiscal, não pode ser punida pelo direito concorrencial, até porque age de boa-fé.

Resta definir se o ente tributante – Estado ou Município – que estabeleceu a isenção tributária pode ser enquadrado na Lei de Defesa da Concorrência, conforme estabelece o art. 31 da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC): “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado (...)”. Assim, um Estado ou Município que estabelece normas de isenção tributária pode, em tese, ser processado pela LDC por limitar ou falsear a concorrência. Obviamente, o órgão concorrencial (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade) deve trabalhar com a hipótese de que o objetivo da isenção é o falseamento da concorrência.

Todavia, temos que, na maior parte das vezes, as isenções tributárias têm por objetivos legítimos o desenvolvimento local e a abertura do mercado de trabalho. Além disso, a prática é tão comum que é prudente não tocar no tema, sob pena de interferência em políticas econômicas já

enraizadas. É claro que uma disciplina das isenções poderia ser bem acolhida mas enquanto não a temos, nada há a fazer.

Situação distinta é a da empresa que, descumprindo a lei, deixa de pagar tributos e consegue vencer seus concorrentes por ter preços menores justamente em função do descumprimento das obrigações tributárias. Ela pode ser punida pelo direito concorrencial. Em tese. Em tese porque a jurisprudência do Cade ainda é tímida, não permitindo entender que o Cade deva ou não processar empresas que se utilizem deste procedimento.

Mas vamos ao que é possível e/ou prático. O Cade não é nem pode ser fiscal da cobrança de tributos; ele não tem nem competência legal nem conhecimento para tanto. Ou seja, não é o Cade que decide se há ou não sonegação. A solução prática pode ser o ofício do Cade à autoridade tributante para que esta diga se a parte acusada está sonegando ou não. Uma resposta positiva pode permitir ao Cade agir em defesa da concorrência.

Em tese. Em tese porque existem muitas insurgências – administrativas e judiciais – contra autoridades tributantes relativamente a tributos que as partes consideram indevidos ou indevidamente majorados. No final é o Poder Judiciário que decide. Imagine-se uma situação em que uma empresa é processada pelo Cade por ter eliminado a concorrência por meio do não pagamento de tributos e posteriormente obtém no Poder Judiciário o reconhecimento de que não tinha a obrigação de pagar tais tributos. Ou seja, temos aqui uma legítima situação *Catch 22*.

O art. 146-A da Constituição Federal tentou trazer algum encaminhamento para este problema, estabelecendo que “Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência da União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”. Todavia, uma lei complementar não consegue solucionar de modo eficiente a situação criada.

Pragmaticamente, o que se pode esperar é uma decisão de uma autoridade tributante que não seja contestada pela parte devedora – ou cuja decisão favorável à autoridade tributante tenha transitado em julgado – e que possa constituir prova de que a parte devedora deixou de pagar seus tributos, com isso conseguindo praticar preços mais baixos do que a concorrência.

A procedência da representação dependerá de prova de que (i) houve o não pagamento de tributos, (ii) os preços foram mais reduzidos por conta do não pagamento de tributos e (iii) essa redução de preços eliminou total ou parcialmente a concorrência. Não se está aqui diante de tarefa fácil, ainda mais levando em consideração que a análise deve ser casuística. Deve ser esta a razão principal do tema não ter jurisprudência ainda.

MAURO GRINBERG – graduado pela Faculdade de Direito da USP e mestre pela Faculdade de Direito da UFPE, ex-Conselheiro do Cade, é sócio de Grinberg e Cordovil Advogados.