

O IMPACTO CONCORRENCIAL DA EVASÃO FISCAL. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE E O PAPEL DO SBDC

Amanda Lopes Langanke

Resumo: o presente trabalho tem como escopo analisar o impacto concorrencial da evasão fiscal, avaliando a possibilidade de eventuais distúrbios à concorrência dela decorrentes ensejarem a atuação judicante do Cade. Apesar da resistência da autoridade antitruste em analisar esse tipo de distúrbio, tanto a doutrina tributária quanto propostas legislativas recentes, especialmente as voltadas à regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, reconhecem que o Direito Tributário se limita a um instrumento de intervenção à disposição do Estado para *prevenir* distúrbios concorrenciais, levantando o questionamento sobre o lugar do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nessa agenda.

Palavras-Chave: Concorrência, Evasão Fiscal, Direito Tributário, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Lei nº 12.529/2011.

Keywords: Competition, Tax Evasion, Antitrust, Tax Law, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Law 12529/2011.

1. Introdução

Partindo dos pressupostos de que os tributos afetam a alocação de recursos, compondo o sistema de preços no mercado e reduzindo a renda e o patrimônio dos particulares, não é difícil imaginar situações em que a legislação tributária ou as próprias práticas dos particulares acabem por gerar distúrbios à livre concorrência. Recaindo a tributação de forma distinta em agentes econômicos em situações equivalentes, confere-se real vantagem competitiva ao contribuinte que recebe o tratamento diferenciado.

O Estado, ao mesmo tempo em que é chamado para regular situações de imperfeição na economia, como práticas anticompetitivas adotadas por particulares, pode, a partir da adoção de políticas tributárias desvinculadas de uma clara noção de seus efeitos, gerar distorções na economia, conferindo vantagem competitiva considerável a certos agentes econômicos. Isso acontece, por exemplo, quando são concedidos incentivos fiscais em favor de certos agentes ou mesmo quando diferentes entes da Federação, na maior parte das

vezes de forma irregular, oferecem incentivos fiscais com o objetivo de atrair investimentos, originando a situação conhecida como “Guerra Fiscal”. De outro lado, também podem os próprios contribuintes estar na origem dos distúrbios à concorrência. Como mencionado, a tributação, ao compor o sistema de preços no mercado e reduzir a renda e patrimônio dos particulares, passa a ser um fator a ser considerado na própria decisão do particular. É natural, em um ambiente de concorrência entre os agentes econômicos, no qual se pressupõe que os concorrentes busquem obter melhores resultados, especialmente com vistas a aumentar suas participações no mercado, que eles tentem reduzir ao máximo a carga fiscal que devem suportar, justamente porque, com essa redução, torna-se possível oferecer seus produtos e serviços a preços menores ou simplesmente aumentar sua lucratividade (Silveira, 2011, p. 290).

Dentre as situações apontadas acima aptas a originarem distúrbios à concorrência, uma em específico é o objeto do presente trabalho: a evasão fiscal. Nela, o contribuinte intencionalmente deixa de recolher os tributos devidos, ou os recolhe a menor, por meio de conduta vedada pela legislação. Qualificam-se como práticas evasivas, por exemplo, a sonegação fiscal e o inadimplemento reiterado e intencional de tributos como estratégia concorrencial da empresa. Essas duas condutas serão o foco do presente trabalho.¹

Apesar de não haver grande oposição quanto ao reconhecimento dos possíveis efeitos sobre a livre concorrência que diferentes práticas tributárias apresentam, constata-se certa resistência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autoridade antitruste brasileira a quem a Lei nº 12.529/2011 atribuiu expressamente a

¹ Vale ressaltar que a delimitação do objeto de pesquisa a condutas anticompetitivas dos particulares não quer dizer, de nenhuma maneira, que a evasão fiscal é a única prática tributária apta a originar distúrbios concorrenciais. Muito pelo contrário. Existem outras situações em que a mesma discussão seria pertinente, como, por exemplo, os efeitos anticoncorrenciais decorrentes das próprias políticas de tributação adotadas por diferentes entes públicos, tais quais incentivos fiscais e a situação conhecida como “Guerra Fiscal”. Contudo, cada uma dessas questões enseja debates específicos, que não poderiam ser trabalhados, ao menos satisfatoriamente, em um trabalho de conclusão de curso. A questão relativa aos incentivos fiscais conferidos pelos diferentes entes da Federação, por exemplo, trata de distorções concorrenciais originadas pelo Poder Público, ensejando, com isso, o debate relativo à possibilidade de entes da Federação virem a ser sancionados com base na Lei nº 12.529/2011, debate este que não é ao menos central para a prática de evasão fiscal.

competência para reprimir as infrações à ordem econômica, em avaliar denúncias de condutas anticompetitivas diretamente relacionadas a práticas tributárias dos agentes investigados, inexistindo, até hoje, conhecimento de condenação de condutas desse tipo.

Neste contexto, o questionamento que o presente trabalho pretende responder é, para além de se os efeitos sobre a concorrência de práticas tributárias adotadas pelos particulares podem constituir infração à ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529/2011, qual seria o papel do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica nessa agenda, ou seja, como ele pode, ou deve, contribuir com esse debate.

Tendo este quadro em vista, o presente artigo é dividido em três partes, além desta Introdução. No capítulo 2, apresentamos como a interface entre a Tributação e Concorrência é tradicionalmente analisada pelo Direito Tributário, bem como pelo Direito Antitruste. Já no capítulo 3, será analisada a jurisprudência do Cade na matéria. Tal exame foi julgado essencial para avaliar se e, caso afirmativo, de que maneira e por quais razões a autoridade antitruste sistematicamente nega sua competência para avaliar distúrbios concorrenciais oriundos da tributação. Por fim, no último capítulo, a partir das considerações feitas nos capítulos anteriores, serão apresentados os fundamentos legais para a atuação do Cade e seu papel nessa agenda.

2. A interface entre tributação e concorrência

Sob a ótica tributária, a interface entre Tributação e Concorrência é tradicionalmente analisada sob o manto dos princípios e limitações constitucionais ao poder de tributar.

Além de determinarem a maneira pela qual se opera o financiamento do Estado, os tributos destacam-se pelo seu caráter indutor enquanto meios de intervenção sobre o domínio econômico, de modo que se submetem não só aos ditames e princípios constitucionais da Ordem Tributária, mas também àqueles da Ordem Econômica (Schoueri, 2007, p. 241). Esse efeito indutor dos tributos admite que, ao compor o sistema de preços no mercado e o patrimônio dos particulares, a tributação afeta inevitavelmente o comportamento dos agentes econômicos, influenciando decisivamente no equilíbrio do mercado. Nesse sentido, o princípio da Livre Concorrência pode servir tanto como objetivo quanto como limite à formulação dessas normas, dando origem ao debate relativo ao Princípio da Neutralidade Tributária,

entendido como uma restrição à atuação estatal de exigir tributos que causem desequilíbrios à concorrência.

O Direito Tributário também reconhece que sua atuação, enquanto mecanismo à disposição do Estado para intervir no domínio econômico, se limita à prevenção desses desequilíbrios. A Emenda Constitucional nº 42, de 2003, ao incluir o artigo 146-A na Carta Constitucional, deixou isso claro, ao dispor que *“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”*. Ao tratar da prevenção de desequilíbrios, o Constituinte derivado conferiu ao legislador o papel de uma atuação *ex ante*, ou seja, não se trata de corrigir danos, mas tão somente de buscar critério de tributação que tenha a finalidade de impedir que desequilíbrios à concorrência possam ocorrer, como bem pontua Schoueri (2017, p. 391).² Assim, caberia ao Direito Tributário prevenir desequilíbrios na concorrência oriundos da tributação, por meio de normas indutoras, e ao SBDC o controle da atuação dos agentes econômicos e a repressão ao abuso do poder econômico.³

Em que pese esse reconhecimento da limitação da atuação *a priori* da tributação enquanto mecanismo de prevenção dos distúrbios à concorrência, parece existir certa resistência do Cade em analisar denúncias em que a alegação de infração à ordem econômica estava diretamente relacionada a práticas tributárias dos agentes investigados. Tal resistência pode ser verificada no próprio site institucional do Cade, em que a autoridade

² Outros autores também confirmam a limitação preventiva do Direito Tributário. Silveira (2011, p. 102-103), por exemplo, aponta que o artigo 146-A explicitou uma faceta específica do princípio da neutralidade tributária, objetivando que, por meio de critérios especiais de tributação, seja possível que o legislador evite (previna) desequilíbrios concorrenciais. No mesmo sentido, Brazuna (2009, p. 131) afirma que o artigo 146-A trata de autorização constitucional para que o legislador intervenha na ordem econômica por indução, com o objetivo de prevenir desequilíbrios concorrenciais, não se cuidando de hipótese de intervenção do Estado por direção, em defesa da concorrência, o que é feito através dos instrumentos de prevenção e repressão que firmam normas de controle das estruturas e dos comportamentos dos agentes econômicos no mercado, hoje notadamente regulados pela Lei nº 12.529/2011.

³ *“No que atine à repressão de práticas econômicas consideradas abusivas, não há como desempenhar tal tarefa com esteio no artigo 146-A, tanto por conta da escolha da regra da razão, como pelo fato de que o aludido dispositivo constitucional contempla uma função preventiva.”* (SILVEIRA, 2011, p. 106)

afirma que práticas como a sonegação fiscal, apesar de poderem conferir vantagem competitiva ilícita ao agente, consistem em irregularidades jurídicas excepcionais e delimitadas no tempo, de modo que, a partir do momento em que cessadas pela atuação das autoridades competentes, também se reconstituíram as condições normais de concorrência. Assim, a autoridade antitruste afasta sua competência para analisar os distúrbios concorrenciais oriundos da tributação, conferindo-a às esferas originais dos descumprimentos legais.⁴

Não obstante tal afirmação, há registro de manifestações de próprios membros do Cade reconhecendo os impactos à concorrência da evasão fiscal e a necessidade de engajamento do SDBC no debate. Na análise da operação de aquisição da distribuidora de combustíveis Alesat pela Ipiranga⁵, reprovada por unanimidade pelo Cade em agosto de 2017, por exemplo, a Conselheira Cristiane Alkmin destacou os efeitos à concorrência da evasão fiscal no mercado de distribuição de combustíveis, marcado por uma carga tributária

⁴ **“A sonegação fiscal, a inobservância de obrigações trabalhistas ou previdenciárias, [...] podem resultar em uma redução artificial dos custos de uma empresa, ou em uma ‘vantagem competitiva’ ilícitamente 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.”** (grifos nosso) (Cf. 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>. (último acesso em 01/06/2018).

⁵ *Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49 (Requerentes: Alesat Combustíveis S/A e Ipiranga Produtos de Petróleo S/A), reprovada, por unanimidade, pelo Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 02 de agosto de 2017.*

elevada e não homogênea. Para a Conselheira, a evasão fiscal traria efeitos nefastos ao consumidor, à concorrência, que passaria “*a ser injusta com respeito aos que agem corretamente e recolhem devidamente seus impostos*” e também ao governo, que deixaria de arrecadar os impostos devidos.

Especificamente no que toca à análise dos distúrbios concorrenciais oriundos da evasão fiscal, as poucas manifestações da doutrina existentes ressaltam a competência do órgão para analisar atos sob quaisquer formas manifestados, nos termos do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, inexistindo, nesse sentido, óbice legal ao engajamento do Cade no debate.⁶

3. O Cade tende a negar sua competência para analisar distúrbios concorrenciais oriundos de práticas tributárias

Diante da aparente resistência da autoridade antitruste em analisar denúncias de infração à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias dos agentes investigados, bem como da escassa literatura no tema, a pesquisa por precedentes do Cade na matéria foi julgada essencial para verificar se, na prática, a autoridade já foi provocada a se manifestar sobre esse tipo específico de distúrbio concorrencial e, caso afirmativo, identificar as razões pelas quais a autoridade sistematicamente nega sua competência para analisá-lo.⁷

Especificamente no que toca às denúncias envolvendo a prática de sonegação fiscal, foi possível identificar seis casos em que a alegação de

⁶ *Rodrigo Veiga Freire e Freire, destacando a escassez de trabalhos que trataram da matéria, conclui que “embora não existam parâmetros normativos explícitos sobre a atribuição institucional do CADE para avaliar casos de desequilíbrios concorrenciais tributários, a interpretação que parece mais próximo do objetivo constitucional de evitar o abuso do poder econômico é a defensora da competência do CADE, inclusive dada a lacuna legal de outro órgão que possa exercer tal atribuição no Brasil” (FREIRE, 2017, p. 55).*

⁷ *Como detalhado no Anexo 1, para o levantamento dos casos, recorreu-se tanto à doutrina que de alguma forma analisou a interface entre a tributação e concorrência, ainda que não da mesma perspectiva que o presente trabalho adota, bem como ao Sistema Eletrônico de Informações do Cade (Sei!), plataforma destinada à busca processual de casos que tramitaram junto à autoridade. Com base na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), foi solicitada a digitalização dos processos físicos que ainda estavam pendentes de disponibilização no Sei. O Anexo 1 detalha a metodologia utilizada para o levantamento dos precedentes.*

infração à ordem econômica estava diretamente relacionada à prática evasiva dos agentes investigados, conforme detalhado na Tabela 1 abaixo.

Tabela 1. Precedentes do CADE: Sonegação Fiscal

Processo	Conduta Investigada	Data do Julgamento	Decisão	SBDC é competente para analisar efeitos concorrenciais da sonegação?
Caso SMARJA (Processo Administrativo nº 08012.000208/1999-79)	Limitar ou impedir o acesso ao mercado e dificultar a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de concorrente	19/06/2002	Arquivamento	Sim
Caso CERPASA (Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33)	Preço Predatório	15/09/2004	Arquivamento	Não
Caso Alphargal S/A Averiguação Preliminar 08012.002528/2001-85	Preço Predatório	01/02/2006	Arquivamento	Não
Caso SYL Industrial (Averiguação Preliminar nº 08012/003648/2005-23)	Preço Predatório	11/11/2009	Arquivamento	Não
Caso Funderg Hiper Freios (Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12)	Preço Predatório	16/12/2009	Arquivamento	Não
Caso Têxtil Serrano (Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98)	Preço Predatório	07/04/2010	Arquivamento	Sim

Nesses casos, as denúncias levadas ao Cade não apontavam a sonegação fiscal como infração à ordem econômica, mas tão somente que, a partir dela, os agentes econômicos sonegadores obtinham vantagem competitiva significativa frente a seus concorrentes, viabilizando outros atos, estes sim supostamente consistentes em infrações à ordem econômica, como a exclusão de concorrentes do mercado, a prática de preços abaixo dos do mercado ou preços inferiores aos custos. Neles, o Cade sistematicamente negou sua competência para analisar os efeitos à concorrência decorrentes da evasão fiscal, apesar de ter admitido, em poucas ocasiões, que tais distúrbios poderiam ser por ele analisados, mas somente nos casos em que a conduta foi anteriormente confirmada pelos órgãos competentes.

Também foi possível verificar que tais divergências quanto à competência e razões que levaram a autoridade a negar ou confirmar sua competência não podem ser sistematizadas como uma evolução ou alteração de entendimento ao longo do tempo. Ordenados cronologicamente, os casos revelam que houve alternância desses entendimentos, sem diálogo significativo com casos anteriormente julgados ou manifestações precedentes, o que reforça a conclusão de que não há um consenso ou tese uniforme da autoridade na matéria.

3.1 Casos em que o Cade negou sua competência para analisar distúrbios à concorrência decorrentes da sonegação fiscal

Na maioria dos casos levados ao Cade, a autoridade negou sua competência para avaliar os distúrbios concorrenciais oriundos da sonegação fiscal. As razões apresentadas pela autoridade para negar sua competência nem sempre foram as mesmas. Por vezes, o fundamento apresentado foi o de que competiria à administração tributária, e não ao SDBC, o poder legal de examinar, fiscalizar ou reprimir condutas ilícitas perante a ordem tributária. Foi o caso, por exemplo, da denúncia contra a Cervejaria Paraense S/A

(Cerpasa)⁸ e da denúncia contra empresas atuantes no mercado de tubos com costura de aço de carbono.⁹

Em outros casos analisados, as razões apresentadas pelo Cade para afastar sua competência foram diferentes. Apesar de não ter negado a possibilidade de práticas como a sonegação fiscal apresentarem distúrbios à concorrência, a autoridade consignou o entendimento de que, na medida em que tais efeitos seriam decorrentes de meros descumprimentos de mandamentos legais, eles seriam mitigados a partir do momento em que as autoridades competentes atuassem no sentido de cessar a irregularidade. 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. Esse entendimento, também como já apontado, parece ser o mesmo que a autoridade veicula em seu site institucional.

⁸ Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33. Representante: Distribuidora Amapaense de Bebidas Ltda. Representada: Cervejaria Paraense S/A (“Cerpasa”). Julgamento: 15/09/2004. Na ocasião, foi consignado o entendimento de que: *“Quanto à denúncia de que a CERPASA estaria sonegando 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.”* (grifos nossos) (Cf. Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33, p. 50-51).

⁹ Averiguação Preliminar nº 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. Nesse caso, o Cade também afirmou que as acusações feitas pela Representante estavam 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.

Em caso julgado em 2009, por exemplo, foi levada ao Cade denúncia pela Fras-Le S.A. por meio da qual alegava que a empresa SYL Industrial Ltda., Representada, estaria praticando preços substancialmente inferiores aos de seus concorrentes no mercado nacional de reposição de pastilhas de freio, justamente em virtude da sonegação fiscal de IPI.¹⁰ Nos termos da denúncia, por meio dessa prática, a Representada estaria prejudicando os concorrentes que adimpliam com suas obrigações fiscais, os consumidores finais e principalmente os cofres públicos.

Após a confirmação de que a Receita, em processo que investigava a prática de sonegação fiscal pela investigada, havia confirmado a conduta fraudulenta da empresa, determinando a manutenção das penalidades aplicadas pelo Fisco, o Cade, sob relatoria do Conselheiro César Costa Alves de Mattos, manteve a decisão pelo arquivamento do feito. Especificamente quanto à competência da autoridade para analisar denúncias diretamente relacionadas a práticas tributárias dos agentes econômicos, em que pese ter afirmado que a tutela pela regularidade fiscal das empresas não é questão afeta aos órgãos do SBDC, consignou-se o entendimento de que é sim possível sustentar a geração de distorções na concorrência originadas pelo descumprimento de obrigações legais. Contudo, no caso em tela, concluiu o Conselho que tal desequilíbrio era pontual e deveria ser corrigido, como o foi, pela Secretaria da Receita Federal.¹¹ No mais, entendeu o Conselheiro que não restou caracterizada a prática de preços predatórios, sob a qual a denúncia foi analisada. Isso porque a ausência de posição dominante pela empresa investigada, a existência de um número significativo de *players* no mercado e a ausência de prova de que o preço praticado pela Representada era efetivamente abaixo do seu custo variável médio, retiravam a racionalidade da conduta predatória.

¹⁰ *Trata-se de Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23. Representante: Fras-Le S.A. Representada: Syl Industrial. Julgamento: 11/11/2009.*

¹¹ *Para o Relator, seria 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. [...] 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” (Cf. Averiguação Preliminar nº 08012.003648/2005-23, p. 683-685).*

No mesmo ano, quando do julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12¹², o Cade mais uma vez expressou o entendimento de que, apesar de ser possível sustentar a ocorrência de distúrbios à concorrência oriundos de descumprimentos de mandamentos legais, tais desequilíbrios seriam pontuais, de modo que cessariam no momento do retorno aos parâmetros habituais de legalidade. Na espécie, a Representante, Jofund S.A., alegava que diversas empresas atuantes na fabricação de freios, por meio de sonegação fiscal, estariam praticando preços substancialmente inferiores aos custos de produção em condições normais de legalidade, o que caracterizaria a prática de preços predatórios. Após a decisão pela instauração de averiguação preliminar para apurar os fatos denunciados, ocasião em que a SDE destacou que toda e qualquer conduta, ainda que não expressamente prevista no rol do artigo 21 da então vigente Lei nº 8.884/94, poderia ser analisada pelo SBDC, a extinta Secretaria de Direito Econômico, decidindo pelo arquivamento do feito, afirmou que os distúrbios concorrenciais gerados pela sonegação fiscal, apesar de possíveis, cessariam no momento do retorno aos parâmetros habituais de legalidade. Nesses termos, a Secretaria ressaltou que os órgãos de defesa da concorrência não se prestariam a se manifestar quando as distorções à concorrência decorrem de descumprimento de mandamento legal, cuja apuração dependa da atividade de outros órgãos, mais especificamente do Poder Judiciário e de órgãos fiscalizadores respectivos. Especificamente no que toca à sonegação fiscal, a Secretaria afirmou que, da forma como relatada na denúncia, embora hipoteticamente ela possa apresentar 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.

O Cade, sob relatoria do Conselheiro Fernando de Magalhães Dias, manteve a decisão da SDE pelo arquivamento do feito. O raciocínio exposto no Voto do Relator, contudo, divergiu do da SDE. O Conselho considerou desnecessário o aprofundamento da questão sobre a possibilidade de eventual ilegalidade fiscal gerar efeitos concorrenciais, bem como sobre a competência dos órgãos do SBDC para avalia-los. Isso porque, a seu ver, o conjunto probatório trazido pela Representante era insuficiente para demonstrar que as supostas condutas de fato existiram, “*pressuposto*

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

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 fiscal, além de outros documentos que refutavam as alegações da Representante.

3.2 Casos em que o Cade não afastou sua competência para analisar distúrbios à concorrência decorrentes da sonegação fiscal

Apesar de o Cade sistematicamente negar sua competência para analisar os distúrbios à concorrência oriundos da sonegação fiscal, houve ocasiões em que a autoridade ressaltou a possibilidade de vir a analisar tais distúrbios. Como apontado anteriormente, não é possível afirmar que houve uma evolução no entendimento do Cade na matéria, o que é evidenciado pelo fato de que os dois casos identificados em que a autoridade não afastou sua competência para analisar distúrbios à concorrência decorrentes da sonegação fiscal foram julgados nos anos de 2002 e 2010, e os demais casos, nos quais essa competência foi negada e que foram explorados no item anterior, foram julgados entre esses dois anos.

Na denúncia apresentada por Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção em face da Sociedade das Mineradoras do Rio Jacuí (Smarja)¹³, por exemplo, o Cade reconheceu sua competência para avaliar os distúrbios concorrenciais decorrentes da sonegação fiscal. Os Representantes alegavam que a Representada, atuante no mercado de extração e comercialização de areia da Grande Porto Alegre, Rio Grande do Sul, estaria impedindo o desenvolvimento de empresas a elas não associadas, por meio de "condutas abusivas e cartelistas". Dentre essas condutas, a denúncia apontava fraudes no preenchimento de notas fiscais, possíveis graças ao regime de autofiscalização a que estava submetida a Smarja, e que possibilitavam que a Representada praticasse preços substancialmente inferiores aos do mercado.

O Cade, sob relatoria do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, manteve a decisão da SDE pelo arquivamento do feito. Especificamente no que toca à denúncia de sonegação fiscal, o Conselho reconheceu que a conduta, além de constituir crime contra a ordem tributária, sem dúvidas

¹³ *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.*

violava a concorrência por via reflexa.¹⁴ Em sede de embargos de declaração opostos pela Representada em face da decisão do Cade, especificamente contra o trecho do Voto do Relator que, na visão da Smarja, teria reconhecido que a requerida estaria praticando ato criminoso consistente em sonegação fiscal, a Procuradoria Especializada junto ao CADE (PROCADE), negando provimento aos embargos, interpretou o trecho supracitado. Para a PROCADE, ao reconhecer que questões tributárias fugiriam à competência do CADE, o Relator teria salientado que *“apenas as repercussões concorrenciais de eventuais crimes contra a ordem tributária poderiam ser objeto de análise pelo CADE”*.

Outro caso interessante foi o Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98¹⁵, em que foi levada ao CADE denúncia, apresentava pela empresa Nellitex Indústria Têxtil Ltda., em que se narrava a prática de venda casada e de preços predatórios na comercialização de tecido sintético de polipropileno pela empresa Têxtil J. Serrano Ltda., com base em sonegação fiscal.¹⁶

Após uma análise detalhada, a SDE, apesar de ter reconhecido que a sonegação fiscal suscitada pela Representante poderia explicar a

¹⁴ “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.**” (*grifos nossos*) (*Voto do Conselheiro Relator Celso Fernandes Campilongo, p. 2-3, disponível nos autos do Processo Administrativo nº 08012.000208/1999-79, p. 1.453/1.454.*

¹⁵ Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Representante: Nellitex Indústria Têxtil Ltda. Representada: Têxtil J. Serrano Ltda. Julgamento: 07/04/2010.

¹⁶ *Especificamente no tocante à prática de preços predatórios, a denúncia narrava que a empresa investigada, após a entrada da Representante no mercado, baixou seus preços abruptamente, em uma margem de 30% a 50%, passando a praticar preços abaixo aos do mercado e, possivelmente, abaixo dos custos de produção. O processo foi instaurado pela SDE nos termos do artigo 21, caput e incisos IV, V, IX, e XVIII da Lei nº 8.884/94. Uma das práticas investigadas, tal qual apontada pela SDE, consistia justamente em prejudicar a concorrência através de possível sonegação fiscal.*

incongruência entre o volume de matéria-prima de polipropileno efetivamente utilizado e a quantidade declarada pela Representada, entendeu que essa possibilidade envolveria aspectos alheios à sua competência, mas, ainda assim, retificou os dados técnicos apresentados pela Representada. Ou seja, reconheceu que os dados técnicos estavam subestimados, concluindo 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. Inconformada com as considerações tecidas pela SDE no tocante à acusação de sonegação fiscal, a Representada alegou que, 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.

Com base em tais alegações, o CADE, sob relatoria do Conselheiro Olavo Chinaglia, arquivou o processo, entendendo 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 a SDE havia presumido o subfaturamento da Representada, o que posteriormente foi afastado pela diligência fiscal realizada pela Receita Federal. Diante dessa constatação, o CADE entendeu imperioso tomar como corretas as quantidades declaradas pela Representada, de modo que a subprecificação à qual chegara a SDE deixaria muito provavelmente de existir em uma nova análise.¹⁷

Nesse precedente, envolvendo a denúncia contra a empresa Têxtil Serrano, 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.

¹⁷ *Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98, p. 7.949.*

3.3 Breves comentários quanto aos precedentes levantados

Alguns comentários podem ser tecidos a partir da análise dos precedentes supracitados. Em primeiro lugar, foram poucos os casos em que o CADE de fato analisou a relação entre a tributação e a livre concorrência; nestas ocasiões, a tendência do órgão é a de analisar a questão sob a perspectiva de preços predatórios, cuja comprovação é reconhecidamente difícil e complexa. Na maioria dos casos levados ao CADE em que a denúncia de infração à ordem econômica relacionava-se diretamente à sonegação fiscal, os mercados envolvidos não apresentavam barreiras à entrada significativas, de modo que a racionalidade predatória era prontamente afastada pela autoridade antitruste. No mais, não restou claro de que maneira os encargos fiscais seriam incorporados nos valores a serem utilizados como parâmetros para a análise de custos da empresa (preço praticado e custo variável médio).¹⁸

Em segundo lugar, tendo em vista que não raramente a autoridade antitruste se declara incompetente para avaliar quaisquer distúrbios concorrenciais oriundos da sonegação fiscal, vale destacar que não há, no sistema jurídico brasileiro, um outro órgão com atribuição legal para apurar e aplicar sanções contra as condutas anticompetitivas tributárias que não o Cade. Esse quadro em matéria tributária difere-se, por exemplo, do debate envolvendo a sobreposição de atribuições entre o Cade e o Bacen, no que toca à especialidade ou não da legislação do mercado financeiro em detrimento da legislação antitruste, como aponta Freire (2017, p. 49).

4. Conclusão

Não há dúvidas de que a prática de sonegação fiscal é capaz de gerar impactos à concorrência. Partindo do pressuposto de que os tributos aumentam o preço dos produtos e serviços ofertados e reduzem a renda e patrimônio dos contribuintes, a tributação passa a ser um fator a ser

¹⁸ Para Paula Forgioni, o termo “custo” não possui significado unívoco na teoria econômica e, do modo em que utilizado na Lei nº 12.529/2011, poderia se referir tanto ao custo fixo, custo variável, custo total, custo médio ou mesmo marginal. Mesmo o teste de Arreda-Turner, que define o custo médio variável como patamar determinante da licitude do preço praticado, recebe inúmeras críticas dos economistas, principalmente porque a identificação dos custos variáveis pode não ser tarefa simples e a existência de capacidade ociosa por parte do agente predador poderia distorcer os resultados obtidos (Forgioni, 2015, p. 294-295)

considerado na própria decisão do particular. Com a redução da incidência tributária por meio da sonegação fiscal, torna-se possível oferecer produtos e serviços a preços menores ou simplesmente aumentar a lucratividade, conferindo-se real vantagem competitiva ao contribuinte sonegador.

Parece existir consenso de que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a possibilidade de a tributação, por meio da extrafiscalidade, vir a corrigir comportamentos abusivos por parte dos contribuintes. Fosse isso viável, inclusive, haveria risco de conflito entre as normas da Lei nº 12.529/2011, que estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e as eventuais normas tributárias que buscassem reprimir o exercício abusivo do poder econômico. Como bem pontua o Silveira (2011, p. 104-107), ainda, os tributos não podem constituir sanção de atos ilícitos, à luz do artigo 3º do Código Tributário Nacional. Assim, a utilização da tributação para coibir práticas econômicas consideradas abusivas não seria legítima, sob pena de desviar a própria natureza da imposição fiscal. A tributação jamais pode ser aplicada como sanção.

Nesse sentido, 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.

Como bem observado por Carvalho (2017), apesar dessa aparente incompetência, o Cade, na prática, já se manifestou sobre o mérito de condutas cuja licitude dependia da análise da legalidade perante outras legislações. Isso ocorreu, por exemplo, em processos envolvendo o abuso do direito de petição das empresas investigadas (conduta internacionalmente conhecida como *sham litigation*), ocasiões em que a autoridade antitruste, ao fim, decidiu sobre o mérito dos direitos de P.I. das empresas investigadas para concluir sobre um possível ilícito concorrencial. Pertinente, portanto, o questionamento: qual o limite aceito pela autoridade para decidir sobre condutas “não imediatamente concorrenciais”? O Cade parece se entender competente para analisar os distúrbios concorrenciais de algumas condutas cuja licitude depende da análise de legalidade perante outras legislações, como no caso da propriedade intelectual, mas resiste quanto a outras, como a sonegação fiscal e o desrespeito às normas ambientais.

No mais, parecem emergir evidências de que há distúrbios à concorrência oriundos da tributação que não são só pontuais, mas

*significativos e sistemáticos, como consta das propostas de regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal. Estas propostas destacam que a evasão fiscal, especialmente em mercados marcados por alta carga tributária, não raramente inviabiliza a competição entre pagadores e sonegadores e que, nesses casos, os meios tradicionais de controle fiscal têm se mostrado insuficientes ao combate de práticas tributárias restritivas da concorrência. Tais projetos, inclusive, indicam setores da economia mais sensíveis a distúrbios concorrenciais oriundos da tributação.¹⁹ No mais, destaca-se mais uma vez a limitação da tributação como meio de *prevenção* dos desequilíbrios oriundos da tributação e a necessidade de engajamento do SBDC no debate.²⁰*

Ainda, diante da emergência de uma “nova vertente” em matéria de sanções políticas, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a imposição de medidas restritivas à livre iniciativa em decorrência de situações extremas de inadimplência tributária²¹, e das próprias críticas a

¹⁹ O PLS nº 161/2013, por exemplo, destaca serem eles os 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 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 setores em que a vantagem competitiva proporcionada pelo não recolhimento de tributos conduza ou reforce situações de posição dominante na estrutura do mercado.

²⁰ *O PLS nº 161/2013 propôs, em seu artigo 7º, sem prejuízo da adoção de critérios especiais de tributação, que os órgãos integrantes do SBDC atuassem e examinassem os efeitos concorrenciais das práticas tributárias para efeitos de repressão ao abuso de poder econômico.*

²¹ Em que pese a vedação tradicional de sanções políticas em matéria tributária, decisões recentes do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, vêm moldando a abrangência de seu conceito, passando a admitir a livre concorrência, sob uma perspectiva coletiva (e não mais individual), como justificativa suficiente para a adoção de medidas tributárias voltadas a preservar o equilíbrio do mercado. Esse foi o caso, por exemplo, das ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade do cancelamento do registro de funcionamento de empresas tabagistas inadimplentes. Ver ADI nº 3.952 e RE nº 550.769/RJ, por exemplo. (Cf. BARROS, Flávio Pereira da Costa. “Sanções políticas: uma nova vertente na jurisprudência constitucional brasileira?”. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra (coord.). *Grandes temas do direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 153-169).

ela voltadas²², questiona-se o papel que o SBDC poderia desempenhar nessa agenda. O Cade é a autoridade a quem o ordenamento jurídico brasileiro, especificamente por meio da Lei 12.529/2011, conferiu competência expressa para reprimir condutas anticompetitivas, tendo à disposição medidas efetivas ao combate de distúrbios concorrenciais e menos drásticas que o cancelamento de registros necessários ao funcionamento de empresas. Assim, além dos motivos expostos ao longo do trabalho que legitimam a possibilidade de atuação da autoridade antitruste frente a distúrbios concorrenciais oriundos da tributação, as penalidades legalmente previstas pela Lei de Defesa da Concorrência revelam-se como medidas razoáveis e mais proporcionais do que restrições diretas à livre iniciativa, como as observadas na “nova vertente” de sanções políticas.

Como bem aponta Carvalho (2017), não se trata de “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”. Contudo, concorda-se com o entendimento de que casos mais graves de ilícitos não concorrenciais que gerem efeitos anticompetitivos significativos deveriam ser analisados pelo órgão, sem seu arquivamento *a priori*, como se verificou nas denúncias levadas ao Cade envolvendo práticas tributárias dos agentes investigados.

²² *Parte da doutrina tributária, criticando tais precedentes, afirma que a proteção do mercado contra práticas ilícitas é matéria de que se ocupa o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atualmente estruturado pela Lei nº 12.529/2011. Para Schoueri (2017, p. 385), é a Lei de Defesa da Concorrência que disciplina as práticas abusivas e os meios para apuração dos ilícitos, assegurando aos contribuintes a ampla defesa e o contraditório e, eventualmente, culminando na punição dos infratores: “o emprego de normas tributárias com o fito de afastar práticas ilícitas não se coaduna com o Ordenamento brasileiro. Em síntese, ou bem se está no campo da licitude quando é possível o emprego do tributo, inclusive em seu aspecto indutor), ou bem é o caso de ilícito (quando já não mais se fala em tributo, mas em punição). Perigosa é a tendência de se adotarem normas tributárias com o efeito de afastar práticas ilícitas”. No mesmo sentido, Barros (2010, p. 153-169), analisando o julgamento pelo STF da ação cautelar no recurso extraordinário envolvendo a empresa American Virginia (AC 1.657-MC/RJ), pontuou que a restrição admitida contra a empresa de cigarros não vinha como penalidade ao infrator, mas como medida de proteção ao mercado, o que deveria, na sua visão, ser analisado pelo Cade, e não pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

Alguns parâmetros indicados ao longo do presente trabalho podem orientar a autoridade antitruste na delimitação da “fronteira” de sua competência. Há diversas manifestações, especialmente no âmbito da regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, que identificam setores potencialmente mais vulneráveis a desequilíbrios da concorrência. Além disso, a regulamentação do artigo 146-A, bem como a crescente definição dos critérios necessários à caracterização do contribuinte como devedor contumaz pelas legislações estaduais²³, podem servir de parâmetro à identificação de situações sensíveis a esses distúrbios.

Não atendidos eventuais parâmetros a serem adotados pela autoridade antitruste ou não verificados, ainda que potencialmente, os efeitos listados no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, revela-se como essencial que, ao lado do Cade, o próprio Poder Judiciário avalie os distúrbios à concorrência oriundos da evasão fiscal. Nessa esfera, poderão ser avaliados os efeitos da sonegação como forma de concorrência desleal, entendida não necessariamente como conduta ilícita na seara de direito de propriedade intelectual (tipificada na Lei nº 9.279/96), mas, de maneira mais ampla, como prática antiética de concorrência que favorece um agente econômico em detrimento daqueles que cumprem zelosamente com suas obrigações fiscais.

Bibliografia

BARROS, Flávio Pereira da Costa. Sanções políticas: uma nova vertente na jurisprudência constitucional brasileira?. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra (coord.). Grandes temas do direito tributário sancionador. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 153-169.

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.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Limites da análise concorrencial? Jota, 30 Jun. 2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/coluna-do->

²³ *Diferentes estados* da Federação vêm definindo o contribuinte enquadrado como “devedor contumaz”, de modo a autorizar o Fisco a adotar regimes especiais de tributação. Sobre o assunto, conferir: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/estados-fecham-cerco-aos-devedores-contumazes-03052017>. Acesso em 01 de junho de 2018.

[vinicius/limites-da-analise-concorrencial- 30062017](#). Acesso em 01 de junho de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Consulta nº 0038/99. Consulente: Pensamento Nacional das Bases Empresariais. Julgamento: 22/03/2000.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 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. Julgamento: 19/06/2002.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33. Representante: Distribuidora Amapaense de Bebidas Ltda. Representada: Cervejaria Paraense S/A. Julgamento: 15/09/2004.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08012.002528/2001-8. Representante: Associação Brasileira da Indústria de Tubos e Acessórios de Metal. Representadas: Açorborja 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.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23. Representante: Fras-Le S.A. Representada: Syl Industrial. Julgamento: 11/11/2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12. Representante: Jofund S.A.. Representada: Funderg Hipper Freios Ltda. Julgamento: 16/12/2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Representante: Nellitex Indústria Têxtil Ltda. Representada: Têxtil J. Serrano Ltda. Julgamento: 07/04/2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Práticas tributárias e abuso de poder econômico. In: Revista de Direito da Concorrência, nº 9. Brasília, jan./mar. 2006. P. 73-91.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obrigação Tributária e Acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado. In: FERRAZ, Roberto (coord.). Princípios e limites da tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 717-735.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. Sanções Políticas no Direito Tributário. In: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 30, 1998, p. 46.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2017, 7ª ed.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre Concorrência e Tributação. In: OLIVEIRA, Valdir de (coord.). Grandes questões atuais do direito tributário. São Paulo: Dialética, 2007.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Tributação e Concorrência – Série Doutrina Tributária Volume IV. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ANEXO 1²⁴

Como adiantado na Introdução a este trabalho, a presente pesquisa envolveu o levantamento de casos que tramitaram perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em que a alegação de infração à ordem econômica estava diretamente relacionada a práticas tributárias dos agentes investigados.

Tal levantamento foi feito a partir de duas fontes de informação principais. A primeira delas, descritas no **item A** deste Anexo, envolveu a identificação de precedentes citados pela doutrina em obras que trataram, de alguma maneira, da correlação entre Tributação e Concorrência. Tal método foi julgado essencial para identificar o maior número de casos pertinentes à presente pesquisa, tendo em vista existir um número considerável de

²⁴ O levantamento dos precedentes do Cade, detalhado neste Anexo, foi feito no âmbito da Pesquisa “Concorrência e Tributação” realizada junto ao Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (Cedes).

processos físicos ainda pendentes de digitalização no Sistema Eletrônico de Informações do Cade, site em que é possível fazer pesquisas públicas processuais da autoridade antitruste.²⁵

A segunda fonte de informação, descrita no **item B** deste Anexo, envolveu justamente a busca de precedentes via o Sistema Eletrônico de Informações do Cade.

Como o objetivo do presente trabalho era examinar o tratamento conferido pela autoridade antitruste a *condutas* de particulares diretamente relacionadas à tributação, processos envolvendo outros tipos de controle antitruste que não condutas propriamente ditas foram desconsiderados, como a análise de *estruturas* (atos de concentração).

A. Levantamento de precedentes na doutrina

Para o levantamento de precedentes citados pela doutrina, foram consultadas 3 (três) obras que trataram, de alguma maneira, da correlação entre Tributação e Concorrência. Foram elas: **(i)** *Defesa da Concorrência e Tributação - à luz do artigo 146-A da Constituição*, de José Luis Ribeiro Brazuna (2009); **(ii)** *Tributação e Concorrência*, de Rodrigo Maito da Silveira (2011); e, por fim, a obra **(iii)** *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 Freire (2017).

Na obra de Brazuna (2009), apenas um caso foi identificado, indicado na Tabela 1 deste Anexo como o precedente 1. Na obra de Silveira (2011), além do precedente 1, foram identificados 7 (sete) outros precedentes, indicados como os precedentes 2 a 8 na Tabela 1. Já na obra de Freire (2017), foram identificados 4 (quatro) outros casos que não haviam sido identificados nas obras anteriores, correspondentes aos precedentes 9 a 12 na Tabela 1:

Tabela 1. Precedentes identificados na doutrina

Número do Precedente	Tipo de Processo	Número do Processo
1	Consulta	0038/99

²⁵ O *Sei!* pode ser acessado aqui: 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 em 14 de junho de 2018.

2	Averiguação Preliminar	08000.013472/1995-51
3	Processo Administrativo	08012.000668/1998-06
4	Processo Administrativo	08012.006746/1997-41
5	Averiguação Preliminar	08012.006665/2001-99
6	Processo Administrativo	08000.004542/1997-13
7	Consulta	08700.002380/2006-35
8	Processo Administrativo	08012.000208/1999-79
9	Averiguação Preliminar	08700.002374/1999-33
10	Averiguação Preliminar	08012.06665/2001-99
11	Averiguação Preliminar	08012.003648/2005-23
12	Averiguação Preliminar	08012.004657/2006-12

Como nem todos os processos acima identificados acima estavam disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações do Cade, as digitalizações respectivas foram solicitadas, com base da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), à Coordenação Geral Processual da autoridade, que procedeu à disponibilização dos processos requeridos.

B. Levantamento de processos no Sistema Eletrônico de Informações do Cade

Além da consulta às obras citadas no item A, também se procedeu ao levantamento de precedentes via pesquisa processual do Sistema Eletrônico de Informações do Cade (Sei)²⁶. As palavras-chaves utilizadas na pesquisa (campo “pesquisa livre”), bem como os casos levantados, são indicadas na Tabela 2:

Tabela 2. Precedentes identificados no Sei

PALAVRAS-CHAVE	RESULTADOS	PROCESSO SELECIONADOS
"evasão fiscal" E "vantagem competitiva" E "prática anticompetitiva"	8 (oito)	Uma análise preliminar dos casos permitiu concluir que nenhum deles tratava de denúncias diretamente relacionados à evasão fiscal
"sonegação fiscal" E "vantagem"	23 (vinte e três)	Além dos precedentes que já haviam sido identificados na Tabela 1, uma análise preliminar dos resultados da pesquisa permitiu concluir que

²⁶ A pesquisa foi feita no dia 14 de junho de 2018.

competitiva" E "prática anticompetitiva"	dois deles tratavam de denúncias diretamente relacionados à evasão fiscal:		
	Número do Precedente	Tipo de Processo	Número do Processo
	13	Processo Administrativo	08012.007104/20 02-98
	14	Procedimento Administrativo	08700.003984/20 10-85