

PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS E ABUSO DE PODER ECONÔMICO



Tercio Sampaio Ferraz Junior

Formado em Direito e Filosofia pela USP;

Professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP;

Doutor em filosofia pela Universidade Gutenberg, de Mainz, Alemanha;

Autor, dentro outros livros, de Estudos de Filosofia do Direito (2.ed., 2003), em que trata de temas como o direito e o poder, a liberdade e a justiça. É co-autor do livro A Invenção do Futuro (Manole, ago, 2005);

Parecerista na área de Direito Tributário, Direito Econômico e Direito Constitucional.

e-mail: tsf@magaferraz.com.br

1. Breve descrição do problema; 2. A preocupação tributária no contexto da livre iniciativa e da livre concorrência; 3. Da utilização de práticas tributárias em prejuízo da concorrência; 4. Práticas tributárias e a Lei nº 8.884/1994.

1. BREVE DESCRIÇÃO DO PROBLEMA

O tema da relação entre concorrência e tributação insere-se num contexto de problemas gerados em mercados relevantes de produtos, sujeitos a uma larga incidência de sonegação de impostos, de contrabando, falsificação e adulteração de produtos e/ou utilização de instrumentos judiciais na forma de ostensiva litigância de má-fé, ou ainda a prática de planejamento tributário por meio de simulação, fraude à lei, abuso de direito, do que resulta, por vezes, um ineficiente estímulo à chamada economia informal, com repercussões perversas no campo da lavagem de dinheiro.

O passado mostra que tais problemas têm gerado conseqüências perversas para as empresas (perda de competitividade por concorrência desleal), para o fisco (perda de arrecadação), para os trabalhadores (aumento da economia informal, empregos sem registro, desequilíbrios previdenciários), para a economia do país (migração da economia legal para a economia informal com ostensiva perda de produtividade), e para o Estado (aumento da criminalidade: dinheiro sem origem direcionado para atividades ilícitas).

Para enfrentar tais problemas já foram tomadas, no passado, diversas medidas fiscais, que lograram alguns (bons) resultados, mas que, no entanto, por sua singularidade e falta de sistematicidade, ainda deixaram espaço para desequilíbrios em importantes mercados. Mencione-se, como exemplo de tais medidas, a substituição tributária, a tributação monofásica, o ICMS sobre álcool, o I.E. para cigarros.

Como se depreende dessas questões, fazia-se necessário encontrar meios sistemáticos capazes de enfrentar os problemas gerados em mercados relevantes de produtos sujeitos, muitas vezes, a altas cargas tributárias e que permitem práticas de comercialização ilegais ou antiéticas, com sérias repercussões para a economia nacional.

Veja-se, por exemplo, mercados como o de combustíveis, bebidas, cigarros, que mostram um largo número de agentes, quer na relação up stream quer na relação down stream, e que se utilizam daqueles instrumentos como meio para competir, obviamente de forma desleal e/ou ilegal, com repercussões enormemente prejudiciais ao funcionamento regular da concorrência, à eficiência econômica, à geração regular de empregos, à arrecadação de tributos.

Para enfrentar tais problemas seria necessário, pois, pensar em soluções integradas num sistema.

Afinal, os desvios eventualmente provocados pelos agentes econômicos podem e devem ser tratados por distintas legislações, não devendo olvidar-se, nesse contexto, questão concorrencial. O mesmo ato e o mesmo conflito podem ser enquadrados como infração contra a ordem tributária a ser punida pela respectiva legislação, como ilícito civil sujeito às indenizações respectivas, como infração administrativa a ser apreciada pelo Direito Administrativo, como concorrência desleal nos termos da legislação penal, mas também como infração contra a ordem econômica, a ser apreciada pela legislação antitruste ou pela legislação de defesa do consumidor.

De qualquer modo, a preocupação com o tema faz pensar num dispositivo específico, a partir da Constituição Federal, que viesse autorizar a elaboração de políticas legislativas, com preocupação nucleada em critérios especiais de tributação, mas, sem dúvida, acompanhada de medidas administrativas que, estabelecidas em lei, deveriam compor um programa coordenado de ações estatais.

2. A PREOCUPAÇÃO TRIBUTÁRIA NO CONTEXTO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Um aspecto importante no exame do tema exige algumas considerações preliminares, em especial quanto a sua inserção no contexto dos preceitos constitucionais referentes à livre iniciativa e ao princípio da livre concorrência (Constituição Federal, art. 170, caput e inciso IV).

Um ponto decisivo está, inicialmente, na distinção entre livre iniciativa e livre concorrência.

É importante assinalar, neste sentido, que livre iniciativa e livre concorrência, esta como princípio do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa (cf. Farina, Azevedo, Saes: Competitividade: Mercado, Estado e Organizações, São Paulo, 1997, cap. IV).

Nesse sentido convém distinguir entre concorrência como regra do jogo de mercado, nas suas múltiplas possibilidades reais, e concorrenciaisidade, isto é, o grau de competitividade existente num dado mercado. A concorrência é um pressuposto fenomênico que admite vários graus de competitividade, mas que não se elimina como estrutura mesmo quando é baixa a concorrenciaisidade (cf. G. Sartori: *Democrazia cosa è*, Milano, 1994, p. 221).

A partir desta distinção, o princípio da livre concorrência passa a ser entendido normativamente em função da competitividade inerente à livre iniciativa enquanto um direito fundamental de concorrer, isto é, de atuar criativamente no jogo do mercado livre. Isto exige, de um ponto de vista jurídico, que o chamado livre mercado seja pressuposto como uma estrutura de alternativas dinâmicas, da qual não deriva que todos os seus agentes sejam igualmente e efetivamente livres. Ou seja, uma determinada estrutura pode encorajar ou desestimular a potencialidade de livre iniciativa individual. Donde se conclui que a liberdade econômica pode estar sujeita a importantes restrições que podem tornar-se verdadeiros impedimentos.

Assim, o princípio da livre concorrência significa, *prima facie*, que a potencialidade deve ser aberta, em sentido normativo, a todos. Em si, o mercado é cego em face dos indivíduos, sendo, ao revés, um instrumento a serviço da coletividade. Por meio do mercado a sociedade impõe uma ordem à livre iniciativa. O princípio da livre concorrência, por seu lado, garante, em nome desta coletividade, o exercício da livre iniciativa a qual exige, como qualquer direito fundamental, o estabelecimento de seus limites que não só devem ser buscados na livre iniciativa dos outros agentes, mas também no exercício de outras liberdades, como a de consumir, a de ter acesso aos benefícios da propriedade e da produção, inclusive de respeitar o princípio constitucional da soberania (cf. Raffaella Niro, *Profili Costituzionali della Disciplina Antitrust*, Pádua, 1994, p. 122).

Nesse sentido, a Constituição (art. 170, incisos I até IX) estabelece a base da Ordem Econômica, na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, e com a observância de determinados princípios, dentre os quais o princípio da livre concorrência, que se conecta, especialmente, por conta do mencionado fim, com o da defesa do consumidor. E nestes termos deve ser entendido o poder econômico, enquanto um poder jurídico (situação jurídica de tolerância), como um poder constitucionalmente legítimo, mas cujo abuso é proscrito quando produz determinados efeitos (CF, art. 173, § 4º).

É importante assinalar, primeiramente, que livre iniciativa (CF, art. 170, caput) e livre concorrência (CF, art. 170, IV), esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa (cf. Farina, Azevedo, Saes: *Competitividade: Mercado, Estado e Organizações*, São Paulo, 1997, cap. IV). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala etc., impedindo, porém, que essa se torne instrumento de restrição estratégica à capacidade de iniciativa dos concorrentes. É, pois, neste hiato entre a livre concorrência e a livre iniciativa que entra a função da lei para reprimir o abuso do poder econômico, prevenir distorções funcionais, estabelecer medidas regulatórias, no caso de agências reguladoras. Daí o disposto no art. 173, § 4º, que manda que a lei reprima “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

A Constituição, porém, não trata da defesa da concorrência num contexto de disposições prescritivas estanques. Note-se, inicialmente, que o § 4º do art. 173 está inserido num dispositivo cujo caput cuida da “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”. Os §§ 1º, 2º e 3º tratam de delimitar particularmente a atividade da empresa pública e o § 5º determina que a lei, “sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às prescrições compatíveis com sua natureza nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. Em suma, o art. 173, como um todo, que cuida da articulação do Estado na economia, estabelece normativamente uma concepção global do mercado, no qual concorrem empresas públicas e privadas (“§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade”), num contexto abrangente (“ordem econômica e financeira” e “economia popular” - § 5º).

Nesse contexto, a Constituição, que declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219) e exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), o exercício da função de fiscalização, preventiva e repressiva, a repressão aos abusos do poder econômico, estando referida a atos da vida econômica usual, admite também a imposição de medidas de natureza administrativa, com o fito de prevenir ou de corrigir distorções concorrenciais provocadas pelo comportamento tributário dos agentes econômicos, desde que previstas em lei ordinária da União.

Nesse quadro é que se insere a legislação tributária aliada à de direito econômico, com o objetivo de cuidar para que o desenvolvimento econômico ou técnico do sistema de mercado livre não seja comprometido por comportamentos tributários dos agentes que possam levar a distorções, como o impedimento do afluxo de recursos a certos setores ou o bloqueio da possibilidade de expansão de concorrentes ou a mera afirmação da prepotência econômica que, com desvio de objetivos na

adoção de critérios tributários (uso de critérios com o objetivo de eliminação de concorrência ou dominação de mercados), seja manifestação de um poderio arbitrário, individualista e egoísta, valendo-se, para isso, de brechas na legislação tributária.

Nesse sentido, a recente promulgação da EC nº 42/2003, que incluiu, no corpo constitucional federal, o art. 146-A, cujo teor é o seguinte:

“Art. 146-A. 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.”

Esse artigo mostra a preocupação do constituinte derivado com a tributação e as distorções em mercados concorrenciais, atribuindo competência à lei complementar para instituir critérios tributários capazes de fazer frente àquelas distorções. A menção à lei complementar, entretanto, não exclui, até expressamente inclui previsão de a União estabelecer, por lei (ordinária), critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, no âmbito de sua competência tributária, tudo em atenção ao art. 24, I e § 1º (legislação concorrente), da Constituição Federal.

Ora, no entender de José Afonso da Silva (Comentário Contextual à Constituição, São Paulo, 2005, p. 646), a disposição do art. 146-A significa que a “lei complementar, no caso, situada no âmbito do sistema tributário, não exclui a competência que o art. 173, § 4º, dá à lei ordinária, já existente, de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros” (grifei).

De qualquer modo, a preocupação do constituinte derivado com o tema, num dispositivo específico, autoriza a preocupação nucleada na esfera da tributação, no que se refere, especialmente, às questões concorrenciais, cujas infrações, sem dúvida, podem ser caracterizadas por práticas tributárias distorcidas de efeito prejudicial à concorrência, estabelecidas em lei, do que seguem medidas administrativas, ou medidas judiciais, penais e civis, que devem compor um programa coordenado da ação do Estado em amplo sentido.

3. DA UTILIZAÇÃO DE PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS EM PREJUÍZO DA CONCORRÊNCIA

Em verdade, na conformidade com essas condições e em face do art. 146-A da Constituição Federal, algumas hipóteses de práticas anticompetitivas, mediante certas condutas tributárias dos agentes econômicos, merecem relevo.

Assim, a imposição de obrigações tributárias especiais, principais ou acessórias, com a finalidade de coibir a evasão fiscal, pode ter também a finalidade de coibir o comportamento anticoncorrencial dos agentes econômicos, não só por meio do aproveitamento anticoncorrencial de estruturas tributárias vigentes pelos agentes econômicos, como também pelo exercício de comportamentos que constituam caracterizadamente ilícitos tributários, podendo, nesses termos, ser, efetivamente, importante instrumento a serviço da proteção da livre concorrência, enquanto condição da livre iniciativa. Pode-se entender positivamente, nesse sentido, a imposição de obrigações tributárias sob critérios especiais, adequados ao mercado relevante. Dentre elas merece atenção, por sua importância na efetividade da fiscalização e de controles preventivos, a imposição de obrigações tributárias acessórias.

Veja-se, por exemplo, o Decreto-lei nº 1.593/1977 (alterado pela Lei nº 9.822/1999 e pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001), que, para a fabricação de cigarros, exige um registro especial do fabricante junto à Secretaria da Receita Federal e, em seu art. 2º, determina que a SRF poderá cancelar o registro se, a qualquer momento, for observado o descumprimento de qualquer obrigação tributária, principal ou acessória, a prática de conluio ou fraude, ou crime contra a ordem tributária (“Art. 2º – O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:”).

Atente-se para o dispositivo do Decreto-lei que promove equiparações a empresas fabricantes de cigarros, procurando abranger todo o universo de agentes que atuam no mercado (comerciantes de produto sob encomenda), buscando cercar ao máximo a circulação do produto via importação, da mesma forma que o faz para a produção no País.

No caso em exemplo, em que a norma estabelece a obrigação registro especial à condição, dentre outras, de comprovação de regularidade fiscal, para atingir um fim fiscalizador e autoriza o cancelamento do registro especial nas hipóteses que enumera, esse fim fiscalizador repercute no equilíbrio concorrencial dentro mercado relevante de cigarros.

Indaga-se sobre se existe diferença de tratamento, em vista de preservação da livre concorrência, entre a qualificação de uma conduta como mero inadimplemento tributário e como sonegação.

A distinção entre as respectivas condutas tem a ver com a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais mediante uma conduta que viola uma vedação jurídica de prática de determinada atividade considerada antijurídica. Por exemplo, sonegar tributos, praticar contrabando, falsificar produtos, combinar preços numa licitação pública. Nesse caso, o agente pode ser punido, por ter cometido basicamente uma infração por conduta per se ilegal. Outra possibilidade surge quando o Poder Público impõe determinados requisitos que devem ser preenchidos para que se possa desenvolver uma atividade, mas esses, não sendo obedecidos, podem gerar infração meramente administrativa, não sendo punidos se reparados, mas produzindo, não obstante, um efeito anticoncorrencial. Em ambas hipóteses, manifesta-se a questão de, pela mesma prática, configurar-se uma outra infração por seu efeito anticoncorrencial. Nesse caso, os atos praticados serão punidos também como infração à concorrência.

Uma outra hipótese de repressão ao abuso do poder econômico mediante práticas fiscais, está no aproveitamento anticoncorrencial, pelos agentes econômicos, de estruturas tributárias vigentes, no exercício de seu planejamento tributário.

O princípio isonômico (art. 150, II, da CF) exige que não se institua tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Ora, fere-se a isonomia não só por atos, mas também por omissões. Se a lei não distingue ou não disciplina determinado fato, permitindo vantagens ou privilégios que desequilibram os contribuintes ou que permitem tratamento não condizente com a capacidade contributiva, haverá quebra de isonomia. O princípio da neutralidade da tributação exige a desconstituição de desigualdades que afetem o exercício da livre iniciativa, proibindo-se atos que, formalmente corretos, possam ser praticados mediante dissimulação dos seus reais objetivos, em detrimento da liberdade de mercado. Do mesmo modo não se pode aceitar que a real capacidade contributiva de alguns seja escamoteada por formas abusivas de direito, deixando o contribuinte mais capaz ou igualmente capaz de contribuir por força de mascaramento do verdadeiro sentido de seus atos.

Em livro intitulado Planejamento Tributário (São Paulo, 2004), Marco Aurélio Greco fundamenta a norma em questão no modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988, nos termos de um Estado Democrático de Direito, que pressuporia uma conjugação entre os valores do Estado de Direito (legalidade, liberdade, propriedade) e do Estado Social (igualdade e solidariedade, além da função social da propriedade), fazendo alusão mormente à solidariedade posta como um dos objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Conquanto fale o texto do art. 3º, I, da CF de objetivos (“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;”), Marco Aurélio Greco erige a solidariedade como princípio, possivelmente em alusão ao Título I em que o artigo se insere (“Dos princípios fundamentais”). Por consequência, aponta também a importância da capacidade contributiva, vista como princípio pela CF, não propriamente como um limite, desdobramento da igualdade, mas como vinculada à liberdade e à solidariedade em busca da justiça. Lembra, nesse sentido, os princípios do novo Código Civil, mormente a “eticidade e a socialidade”, o que limita o sentido individualista da liberdade.

Da mesma forma que faz com a solidariedade, um ponto importante está na consideração da capacidade contributiva como princípio e não como limitação ao poder de tributar. Parte-se de uma consideração topográfica, pois a capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º) aparece sob a Seção I – “Dos princípios gerais”.

Assim, é preciso ver que a ligação dele com o “princípio” da solidariedade em face do Estado Democrático de Direito também merece precisão analítica. Afinal, os fundamentos desse modelo de Estado estão no art. 1º da CF (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, soberania popular). A construção de uma sociedade livre, justa e solidária aponta para os objetivos fundamentais da República (art. 3º).

Pode ocorrer, contudo, que o planejamento tributário de uma empresa, mediante desvio de finalidade, em que o objetivo de economizar tributos vise, na verdade, à dominação de mercados, a eliminação de concorrência, o aumento arbitrário de lucros ou o exercício abusivo de posição dominante, possa ser enquadrado como uma prática anticoncorrencial que fere os dispositivos da Lei nº 8.884/1994.

Tanto no caso de comportamentos que constituem descumprimento de obrigações tributárias principais ou obrigações acessórias, como no caso de planejamento econômico com desvio de finalidade, o prejuízo à concorrência merece, pois, uma análise mais detida, à luz da lei de regência.

4. PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS E A LEI Nº 8.884/1994

A desobediência à lei como meio indevido de obtenção de vantagens competitivas merece uma consideração mais detalhada. Trata-se do que se poderia chamar de concorrência proibida.

A legislação brasileira vigente (Lei nº 8.884/1994) é um cadinho de influências norte-americanas e européias. Do direito americano, em cujas origens há uma nítida preocupação com problemas estruturais do mercado, a questão da formação de monopólios (Sherman Act), sobretudo na forma dos trustees. Já da tradição européia, mormente no direito alemão, a preocupação com a lealdade na competição. No Brasil, o sistema do direito concorrencial ocupa-se, pois, tanto com a liberdade quanto com a lealdade, isto é, tanto com a restrição ao número de competidores, quanto com os comportamentos considerados desleais.

A proteção da liberdade, nesses termos, tem a ver, basicamente, com o poder de mercado e seus abusos, isto é, com ilícitos que conduzam a uma exacerbação do poder (na lei e na Constituição chamada de dominação de mercados). Já a proteção da lealdade tem a ver com comportamentos que não decorrem diretamente do grau de poder de mercado, mas da utilização de certos artifícios (por exemplo, a utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros ou comportamentos que iludem o consumidor sobre a qualidade do produto ou se valem de meios artificiosos para distorcer o preço efetivamente praticado conferindo ao agente econômico uma vantagem competitiva, ou, então, condutas que ferem diretamente a lei, como o contrabando e a sonegação, obtendo com isso indevidas vantagens concorrenciais). Na base da proteção à lealdade competitiva está, pois, a obediência genérica à lei enquanto padrão mínimo da competitividade (cf. Calixto Salomão Filho, Direito Concorrencial - as estruturas, São Paulo, 1998, p. 71).

Uma das formas de quebra de lealdade como base da concorrência está justamente na utilização de práticas ilícitas (concorrência proibida) para obter uma vantagem concorrencial irreversível.

A noção de concorrência proibida não se confunde, necessariamente, com a de ilícito per se. Conforme a estrutura da infração por abuso de poder econômico, como decorre tanto da norma constitucional (Constituição Federal, art. 173, IV) como da norma legal (Lei nº 8.884/1994, arts. 20 e 21), o abuso do poder não está nas práticas empresariais, comerciais, industriais em si, mas nos seus efeitos sobre o mercado concorrencial. Ou seja, a lei brasileira não pune os agentes econômicos por condutas em si anticoncorrenciais, mas por efeitos anticoncorrenciais de condutas concorrenciais. O tipo infrativo não está, pois, na conduta, mas no efeito anticompetitivo que ela provoca sobre a livre concorrência e sobre a livre iniciativa (eliminação de concorrência, dominação de mercados, abuso de posição dominante, aumento arbitrário de lucros).

Mas nada obsta, obviamente, que o abuso ocorra também com base em prática ilícita. E aí entra a noção de concorrência proibida: o abuso de poder econômico é, então, caracterizado por ter por base uma conduta ilícita per se que produz ou vise a produzir efeitos anticoncorrenciais ainda que não alcançados.

Distingue-se entre concorrência proibida absoluta e relativa. A primeira consiste na possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais mediante uma conduta que viola uma vedação jurídica de prática de determinada atividade considerada antijurídica. Por exemplo, sonegar tributos, praticar contrabando, falsificar produtos, combinar preços numa licitação pública. Nesse caso, o agente pode ser punido, por ter cometido basicamente uma infração por conduta per se ilegal, podendo também ser punido pela mesma prática por seu efeito anticoncorrencial. A relativa surge quando a atividade deve obedecer determinados requisitos, mas esses, sendo contornados mediante artifícios, podem gerar um efeito anticoncorrencial. Nesse caso, os atos praticados podem ser punidos como infração à concorrência, se deles puder resultar a eliminação de concorrência, a dominação de mercados, o exercício abusivo de posição dominante, ainda que os efeitos não sejam atingidos.

Além desses efeitos, na concorrência proibida mediante práticas tributárias, merece especial destaque o outro importante efeito, nos termos do art. 20, III, da Lei nº 8.884/1994: o aumento arbitrário de lucros.

Calixto Salomão (op. cit., p. 86) mostra que o aumento arbitrário de lucros não significa necessariamente lucro excessivo, até porque a empresa pode ser ineficiente, embora monopolista e não ter lucro ou, do ponto de vista prático, pode eliminar altos lucros por meio de técnicas de planejamento fiscal.

Ora, aumento arbitrário de lucros refere-se não apenas ao lucro objetivado (ainda que escamoteado) por meios artificiais que não os das leis de mercado (lucro monopolista), mas também o que se dá por violação da lei (concorrência proibida). Se a lei é condição mínima da lealdade concorrencial, os atos que visam a lucros, obtidos com violação da lei, configuram uma arbitrariedade. E desta trata também o inciso III do art. 20 da Lei nº 8.884/1994. Neste caso (mas não no de monopólio ou de posição dominante), o caráter abusivo da prática se desvincula da comprovação de lucro no balanço da empresa. Basta provar a existência de indícios fortes de evasão fiscal e que, por meio da concorrência proibida, uma vantagem competitiva foi alcançada. Tratando a lei concorrencial de infrações por atos que provoquem ou possam provocar certos efeitos, independentemente de culpa, a estratégia competitiva de agentes que visam a lucro e que se baseia em concorrência proibida caracterizam objetiva e presuntivamente o aumento arbitrário de lucros.

Mencione-se, por sua relevância, um caso *sui generis* de concorrência proibida, localizada no possível efeito anticompetitivo de certa prática tributária, a despeito de reiteradas autuações, por força do não-recolhimento de tributo considerado como devido pelo Fisco.

Obviamente a desobediência à lei não elide a possibilidade de sua contestação judicial. Por exemplo, uma lei tributária pode ser afastada liminarmente por uma decisão judicial. Mas, mesmo nesse caso, é preciso ficar atento à possibilidade de, por meio disto, caracterizar-se uma prática que visa apenas, ostensivamente, a conferir ao autor uma eventual vantagem competitiva em face de outros concorrentes. Assim, até uma alegação da inconstitucionalidade da lei com base numa declaração incidental, por sua repercussão direta na concorrência, exige um cuidado especial, qual seja, a demonstração de que a impugnação da norma em determinadas condições não vise, ostensivamente, a afetar a capacidade competitiva dos agentes do mercado, desequilibrando a concorrência.

No caso, podemos estar às voltas com forma artificiosa de composição de preços, baseada em entendimento diverso do restante do mercado relevante e do próprio fisco (portanto, com forte indício de comportamento irregular em face da legislação), com o objetivo preponderante de obter um efeito concorrencial (eliminar concorrentes, por exemplo, em licitações públicas, o que provoca ostensivo desequilíbrio na competição).

Trata-se da chamada concorrência proibida relativa, isto é, da possibilidade de o agente econômico se valer de seu direito de interpretar a lei e enquadrar sua conduta num entendimento que lhe é mais favorável, com a intenção precípua (maliciosa ou meramente de fato) de obter uma vantagem concorrencial.

Pode-se falar, nesse sentido, em abuso de direito, enquanto um desvio de finalidade no exercício de um direito, sem caracterização necessária de culpa subjetiva (donde a noção de culpa social imputada ao agente) ou exercício de um direito com preponderante sentido emulativo (exercício do direito com o objetivo único ou principal de causar prejuízo a outrem). Nesse sentido, dispõe o novo Código Civil, seu art 187: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

O art. 187 do CC/2002 aponta para diferentes situações: exercício de um direito contra os bons costumes, contrário à boa-fé, contrário ao fim econômico e social. O que conduz a diferentes formas oficiais de apreciação (do ponto de vista civilista, cf. José de Oliveira Ascensão: A desconstrução do abuso de direito, in III Jornada de Direito Civil, org. Min. Ruy Rosado, Brasília, 2005, p. 31 ss.). A competência para julgá-lo e puni-lo pode ser conferida à autoridade administrativa, como é o caso das infrações contra a concorrência (Lei nº 8.884/1994).

Na verdade, a concorrência proibida relativa, em caso de abuso de direito, pode ser também caracterizada pela mencionada conduta anticompetitiva, mediante interpretação da lei para a prática de atos cuja licitude (tributária) é ostensivamente questionável e, por isso, condenada pelo Fisco, por meio de autuações reiteradas, mas constituindo conduta que dá ao agente uma vantagem competitiva por um certo tempo ou para certos objetivos específicos (como a participação em licitação pública). Alia-se, aqui, o abuso de direito por conduta contrária ao fim econômico e social, a violação da boa-fé. Este seria o caso de abuso de direito no sentido emulativo, em que transparece a intenção de prejudicar terceiro, para além de exercitar direito próprio.

Distingam-se aqui dois diferentes momentos: de um lado, a utilização lícita de interpretação favorável da lei; de outro, a ilicitude presumida da conduta, reconhecida em autuações reiteradas. Não se põe, pois, em questão o direito de interpretar e observar a lei conforme essa interpretação, mas sim os efeitos anticompetitivos que ela provoca sobre o mercado. Mormente quando se constata que o objetivo do agente econômico é ganhar tempo ou uma vantagem em situações específicas, em vista de um objetivo concorrencial, fiando-se, por exemplo, nas possibilidades recursais do processo administrativo, na ineficiência da burocracia, e, por último, na morosidade da Justiça.

Nesse último caso, pode-se imaginar a hipótese de que um agente econômico, podendo suportar o custo de ações judiciais e até custos irrecuperáveis (*sunk costs*), busque a obtenção de medidas de amparo judicial, fiando-se na morosidade da Justiça, para obter uma vantagem competitiva sobre outros concorrentes que, no seus cálculos prospectivos, não têm como suportá-los ou que,ientes da provisoriedade das medidas judiciais (irremediavelmente cassadas em tribunais superiores), deixam de propô-las. O efeito cumulativo desta vantagem pode levá-los a retirar-se do mercado ou a perderem drasticamente eficiência competitiva quando, por exemplo, o custo de aquisição de uma máquina ou sua adaptação para produzir e comercializar um bem, por meio de atos de caracterizada ilicitude, é para eles excessivo (cf. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice*, St. Paul, 1994, p. 472). E mesmo para grandes competidores, ainda que, para o consumidor, seja relativamente pequena a diferença de custo, mas sendo grande o desgaste referente à reputação da empresa concorrente (uso da concorrência proibida) que por isso não compete, o efeito para o mercado, afetando, por exemplo, a lealdade aos produtos, pode ser extremamente prejudicial.

Obviamente, tanto uma conduta (adoção de interpretação contra a posição reiterada do Fisco) como a outra (ganho de tempo na manutenção de liminares obtidas com o objetivo apenas de ganhar uma vantagem concorrencial) requerem o exame metucioso de cada caso. Não há um padrão a priori de deslealdade. Em cada caso, o que deve ser examinado, como sempre, é o efeito anticoncorrencial sobre o mercado relevante. Afinal, não se impugna o uso do recurso interpretativo nem o pedido de liminares. Não é essa prerrogativa que está em questão, mas o efeito anticoncorrencial sobre o mercado da conduta baseada naquela interpretação e naquele pedido de liminar. Como de resto se faz, aliás, no exame de qualquer prática legal que, não obstante, pode ter sentido abusivo do ponto de vista da lei antitruste.

Afinal, as condutas enumeradas exemplificativamente no art. 21 da Lei nº 8.884/1994 são, na maior parte, atos usuais de comércio que, porém, por produzirem ou poderem produzir um dos efeitos mencionados no art. 20, caracterizam a infração contra a ordem econômica e contra a livre iniciativa. A ilicitude concorrencial está na conjugação da conduta (ainda que lícita) com o efeito, independentemente da intenção do agente (o caput do art. 20 fala em "independentemente de culpa", assinalando, destarte, a infração como um desvio de finalidade no uso - mesmo por práticas normais - do poder econômico).

Em síntese, em face dos instrumentos da Lei nº 8.884/1994, cujo rol de práticas que podem produzir os efeitos anticoncorrenciais é exemplificativo, nada obsta que ali se incluam práticas caracterizadoras de concorrência proibida, absoluta e relativa, mediante práticas tributárias. O que é fortalecido pelo art. 146-A da Constituição Federal, em cujo escopo a relação entre tributação e concorrência, em termos de desequilíbrios concorrenciais, é ostensivamente afirmada.

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Professor titular da Faculdade de Direito da USP