

O DEVEDOR CONTUMAZ E A LIVRE-CONCORRÊNCIA

*Daniel Moreti*¹

Introdução

Neste artigo abordaremos as sanções aplicadas pela Administração Pública como meio coercitivo para a cobrança de tributos (sanções políticas) e exporemos a estrutura básica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, para, ao final, analisarmos a (i) legitimidade das sanções políticas, como meio de repressão ao devedor contumaz de tributos, o que tem sido praticado com base na defesa da livre-concorrência.

1. Infrações tributárias e as Espécies de Sanções Previstas no Consequente da Norma Sancionadora

Infrações tributárias podem ser definidas como toda ação ou omissão que, direta ou indiretamente, represente o

1. Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor de Direito Tributário e Processo Tributário em cursos de Graduação e Pós-Graduação em diversas instituições de ensino. Autor de diversas obras e artigos jurídicos de Direito Tributário. Advogado. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo.

descumprimento dos deveres estatuídos em leis fiscais, implicando na aplicação de uma sanção pela Administração Pública, sem a presença do Estado-jurisdição.

As normas tributárias sancionadoras², dentre outras classificações adotadas pela doutrina, podem ser classificadas em sanções tributárias de caráter pecuniário (multas) e sanções tributárias não pecuniárias (sanções restritivas de direitos ou interventivas).³

As sanções de caráter pecuniário correspondem a toda e qualquer multa aplicada pela prática de infrações tributárias.

As sanções não pecuniárias, todavia, experimentam várias formas de aplicação, dentre as quais podemos citar os seguintes exemplos: perdimento de bens na importação, apreensão de mercadorias, indeferimento da expedição de certidão de regularidade fiscal, agravamento de deveres instrumentais, aplicação de regimes especiais de controle e fiscalização etc.

É nessa segunda categoria que rotineiramente nos deparamos com sanções restritivas de direitos ou interventivas aplicadas diretamente pelos órgãos da Administração Tributária, sem a presença do Estado-juiz, muitas vezes em ofensa a princípios e garantias constitucionais. Trata-se das chamadas *sanções políticas*.

Há de se destacar, ainda, que as sanções aplicadas pela própria Administração Pública sempre serão aquelas de cunho administrativo, todavia, as consequências das infrações tributárias por vezes podem extrapolar o campo tributário,

2. A norma sancionadora de que tratamos aqui é a norma primária, entendida como aquela aplicada pelo próprio sujeito ativo da relação jurídica tributária (Administração Tributária), sem a presença do Estado-juiz.

Conforme explica Paulo de Barros Carvalho, essas normas adjetivam-se como primárias "(...) por faltar-lhes a presença da atividade jurisdicional na exigência coativa da prestação, traço decisivo na sua identificação normativa." (Direito tributário: linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 852).

Serão normas secundárias, dessa forma, apenas aquelas que preveem uma consequência de caráter coercitivo, imposto pelo Estado-jurisdição.

3. PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. *As sanções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 213.

por ofenderem também preceitos de outras áreas, como o direito penal e o direito concorrencial.

2. Sanções políticas e o devedor contumaz

Em direito tributário, *sanção política* corresponde à imposição de penalidades de natureza não pecuniária pela Administração Tributária, mediante o emprego de meios coercitivos, consubstanciados em restrições, vedações ou condicionamentos à fruição de direitos essenciais dos contribuintes, como forma indireta de obrigá-los ao pagamento de tributos.

Rotineiramente, o Fisco se vale de medidas dessa natureza, constringendo o contribuinte para forçá-lo ao pagamento do crédito tributário, passando, muitas vezes, ao largo de direitos fundamentais. Ocorre que tais medidas ignoram garantias e princípios constitucionais sob a justificativa de se estabelecer meios mais eficientes de arrecadação, violando o devido processo legal nas suas duas vertentes: adjetiva (formal) e substantiva.

Violam o devido processo legal adjetivo na medida em que desrespeitam as garantias processuais, afastando-se da forma que deve ser observada no desenvolvimento do processo, além de violar as garantias do contraditório e a ampla defesa.

Tais condutas do Fisco implicam na utilização de meios que visam obrigar o contribuinte, por vias transversas, a recolher a exação tributária, sem a tutela do Poder Judiciário.

Conforme lição de Roque Antonio Carrazza:

Em boa verdade científica, o Poder Público, para receber seu crédito, não pode agir “*manu militari*”, mas, pelo contrário, deve valer-se exclusivamente dos meios em direito admitidos (basicamente os constantes do processo de execução fiscal, disciplinado na Lei nº 6.830/1980).⁴

4. CARRAZZA, Roque Antonio. Reflexões sobre a obrigação tributária. São Paulo: Noeses, 2010, p. 219.

As sanções políticas violam também o devido processo legal substantivo⁵, no qual se funda o princípio da razoabilidade, nas suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. São esses três critérios de aferição da razoabilidade que asseguram, respectivamente, que os atos praticados pela Administração Pública devem conter o equilíbrio entre meios e fins, a utilização da medida menos gravosa ao administrado e que as vantagens dela oriundas se deem em maior grau do que os prejuízos decorrentes.

Essas medidas - de cobrança coercitiva de tributos por via oblíqua - violam ainda preceitos como o livre exercício da atividade econômica.

De fato, em inúmeras e reiteradas situações, o Poder Público ignora o devido processo legal, nos aspectos adjetivo e substantivo, e outras garantias constitucionais, como o livre exercício da atividade econômica, e intenta contra o contribuinte por meios oblíquos, não admitidos pela ordem constitucional, coagindo-o ao pagamento do crédito tributário (com o qual o contribuinte muitas vezes não concorda) em evidente atentado a garantias constitucionais.

As sanções políticas caracterizam um desvio da potestade tributária e punitiva da Administração Pública, situando-se fora dos limites estabelecidos pela ordem jurídica ao agente administrativo no exercício dos atos de arrecadação e fiscalização tributária.

As sanções políticas, ademais, são medidas afrontadoras do Estado Democrático de Direito e consubstanciam verdadeira *execução administrativa* por parte da Fazenda Pública, medidas inadmissíveis e incompatíveis com a ordem jurídica.

5. No aspecto substantivo ou material, o devido processo legal (*substantive due process of law*) corresponde à proteção material dos bens e da liberdade em sentido amplo. Com o devido processo legal substantivo, ganha relevo a necessidade de o julgador decidir de acordo com os valores materiais garantidos pela ordem jurídica, não se limitando apenas aos meios e mecanismos do devido processo legal adjetivo, ou seja, não basta seguir o formalismo processual, eis que as garantias materiais devem ser respeitadas.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

No campo jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal possui três antigas súmulas⁶, muito utilizadas em decisões judiciais e obras doutrinárias para fundamentar a inconstitucionalidade das sanções políticas aplicadas pelo Fisco.

Merecem relevo algumas decisões da Suprema Corte⁷ acerca das restrições à liberdade do exercício da atividade econômica, as quais reconhecem a inconstitucionalidade de exigências, sanções e condicionamentos impostos pela legislação e pela Administração Tributária que não passam pelo filtro da razoabilidade, em razão de seu descompasso com a ordem jurídica, uma vez que nesses casos caracterizaram sanções políticas.

Tal posicionamento da Corte, acertadamente, confere primazia ao princípio da razoabilidade, que além de figurar como baliza para aferição da constitucionalidade dos atos praticados pelo aplicador do direito, transparece também como guia à atividade legislativa, devendo ser aniquilado pelo Poder Judiciário qualquer ato que se demonstre não razoável ou desproporcional.

Sem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas em caráter informativo, podemos mencionar outros exemplos de medidas aplicadas pela Administração Tributária que, na atualidade, no nosso entender, caracterizam sanções políticas.

- Apresentação de Certidão Negativa Tributária como Condição para a Concessão da Recuperação Judicial (art. 53 da Lei nº 11.101/2005);

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

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

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

7. Vide RE: 666405 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, J. 16/08/2012 e RE 550769, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julg. em 22/05/2013.

- Adesão ao parcelamento especial para empresas em recuperação judicial condicionado à inclusão de todos os débitos federais no mesmo parcelamento, inscritos ou não em dívida ativa, inclusive débitos previdenciários; e a desistência de ações ou recursos administrativos (Lei, 13.043/2014);
- Cancelamento de registro e interdição de estabelecimento.
- Regularidade fiscal como condição para liberação do registro no CNPJ.
- Condicionamento da inscrição em cadastro de contribuintes à demonstração da capacidade econômica dos sócios.
- Registro de empresa condicionado à regularidade fiscal dos sócios.
- Registro condicionado à regularidade fiscal de empresa com sócio comum.
- Suspensão da autorização para emissão de Nota Fiscal Eletrônica para contribuintes inadimplentes em relação ao recolhimento de tributos.

Todavia, as sanções políticas vêm ganhando novos contornos semânticos na interpretação da Corte Suprema e cada vez mais têm sido utilizadas como instrumentos de cobrança de tributos.

É o que se verifica no julgamento da ADI 5135 (Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016). Neste caso, o STF declarou a constitucionalidade de um instrumento jurídico completamente estranho à relação tributária, transformando-o em *novo* meio de cobrança de tributos, a saber: o protesto da certidão de dívida ativa tributária.

No julgamento foi fixada a seguinte tese: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.”

Eis aqui uma *homologação* de novo meio de cobrança de tributos, que caracteriza verdadeira consequência da aplicação da norma sancionadora pelo próprio sujeito ativo da relação jurídica tributária, sem a presença do Estado-juiz.

Com efeito, inúmeros atos legislativos têm sido produzidos com o objetivo de atribuir maior eficiência à arrecadação tributária, buscando coibir contribuintes caracterizados como *devedores contumazes* ao cumprimento de suas obrigações tributárias, em nome da defesa da livre-concorrência.

Isso porque, o devedor contumaz, entendido como aquele contribuinte que, de forma reiterada, sistemática e estruturada deixa de cumprir com o objeto da obrigação tributária principal (pagamento do crédito tributário), tem, em tese, no não pagamento dos tributos uma medida de *redução* de custos que gera vantagens competitivas em face de seus concorrentes, gerando prejuízos ao erário e aos demais agentes econômicos dos respectivos setores.

É exatamente na esteira de combate aos chamados devedores contumazes que vêm sendo instituídas leis que preveem sanções restritivas de direitos, tal qual o faz a Lei Complementar paulista nº 1.320/2018, que institui o chamado Programa de Estímulo à Conformidade Tributária –Nos Conformes.⁸

8. A aludida lei complementar paulista possui como um de seus princípios exatamente a concorrência leal entre os agentes econômicos:

Artigo 1º - Esta lei complementar cria condições para a construção contínua e crescente de um ambiente de confiança recíproca entre os contribuintes e a Administração Tributária, mediante a implementação de medidas concretas inspiradas nos seguintes princípios:

I - simplificação do sistema tributário estadual;

II - boa-fé e previsibilidade de condutas;

III - segurança jurídica pela objetividade e coerência na aplicação da legislação tributária;

IV - publicidade e transparência na divulgação de dados e informações;

V - concorrência leal entre os agentes econômicos.

Parágrafo único - Os princípios estabelecidos no “caput” deste artigo deverão orientar todas as políticas, as ações e os programas que venham a ser adotados pela

Os artigos 19 e 20 da aludida lei complementar fixam os critérios para caracterização do devedor contumaz, determinando que será caracterizado como tal o contribuinte que:

- Possuir débito de ICMS declarado e não pago, inscrito ou não em dívida ativa, relativamente a seis períodos de apuração, consecutivos ou não, nos doze meses anteriores; ou
- Possuir débitos de ICMS inscritos em dívida ativa, que totalizem valor superior a 40.000 UFESPs e correspondam a mais de 30% de seu patrimônio líquido, ou a mais de 25% do valor total das operações de saídas e prestações de serviços realizadas nos 12 meses anteriores.

De acordo com tais regras, o contribuinte caracterizado como *devedor contumaz* estará sujeito ao regime especial para cumprimento de suas obrigações tributárias, que consistirá na aplicação de medidas coercitivas e que implicam no agravamento de suas obrigações, tais como: necessidade de autorização prévia e individual para emissão e escrituração de documentos fiscais; impedimento à utilização de benefícios ou incentivos fiscais relativamente ao ICMS; exigência de comprovação da entrada da mercadoria ou bem, ou do recebimento do serviço para a apropriação do respectivo crédito; cassação de credenciamentos, habilitações e regimes especiais etc.

Muito embora, no nosso sentir, as sanções restritivas de direitos ou interventivas, implementadas diretamente pelo Fisco em face dos contribuintes caracterizados como devedores contumazes (regimes especiais de controle e fiscalização), atentem contra o princípio da razoabilidade⁹ e, dessa forma, caracterizem verdadeiras sanções políticas, inúmeras leis e decisões judiciais têm invocado a defesa da livre-concorrência como fator determinante para a viabilizar a aplicação de

Administração Tributária. (*Destacamos*)

9. MORETI, Daniel. Regime especial de controle e fiscalização de tributos e a livre-concorrência. São Paulo: Noeses, 2017, p. 202.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

tais medidas, o que demonstra uma total deturpação acerca das regras de defesa da concorrência no Brasil.

No julgamento da ADI 3952, ainda não concluído, a maioria dos Ministros do STF reconhece a possibilidade de cassação de registro especial concedido a empresas fabricantes de cigarros consideradas devedoras contumazes de tributos. Sem o aludido registro especial, as empresas estão impedidas de operar. O cancelamento do registro é disciplinado pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 1.593/77, com redação dada pela Lei nº 9.822/99.

Esse julgamento segue a mesma linha do conhecido caso *American Virginia*, no qual o STF, ao apreciar a Ação Cautelar 1657-RJ (AC 1657 MC, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2007), entendeu pela constitucionalidade do cancelamento do registro especial do devedor contumaz sob o fundamento de que o descumprimento reiterado e sistemático da obrigação de pagar o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI viola o princípio da livre concorrência, principalmente levando-se em consideração que aproximadamente 70% do valor do produto industrializado corresponde à sua carga tributária, de modo que o não pagamento do tributo acarretaria vantagem competitiva irregular para o contribuinte inadimplente.⁷

3. A disciplina jurídica da defesa da livre-concorrência

A defesa da livre-concorrência fundamenta-se na função interventiva do Estado *sobre o domínio econômico*¹⁰, a fim de corrigir as falhas de mercado¹¹ e regular o livre mercado para garantir

10. A intervenção estatal pode ser *no* domínio econômico ou *sobre o* domínio econômico.

A intervenção *no* domínio econômico se dá quando o Estado assume a posição de agente econômico, atuando direta e internamente nos mercados (art. 173 da Constituição). Já na intervenção *sobre o* domínio econômico, sem ostentar a posição de agente econômico e sem atuar direta e internamente nos mercados, o Estado atua como agente normativo e regulador (art. 174 da Constituição).

11. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*: introdução ao direito econômico. 9. ed. São

a existência digna e a justiça social, e dispõe de disciplina constitucional e legal, além de instrumentos próprios de atuação.

Nesse sentido, a Constituição da República, no art. 173, § 4º, combinado com o art. 24, I, atribui à União a competência para, por meio do Congresso Nacional, estabelecer normas gerais para disciplinar a repressão do abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, sem prejuízo da competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal, conforme previsto no próprio artigo 24 da Carta Magna.

Cumprindo tal mister, atualmente vigora a Lei nº 12.529/2011, que figura como norma geral em matéria de direito econômico, campo no qual se insere a defesa da livre-concorrência.

A aludida lei disciplina o controle e os limites à prática de atos de concentração econômica, dispõe sobre as condutas consideradas anticompetitivas e prevê sanções para a sua repressão, além de estruturar o Sistema Nacional de Defesa da Concorrência – SBDC, atribuindo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE a competência para atuar na prevenção de atos de concentração econômica (controle *ex ante*) e na repressão de atos anticoncorrenciais (controle *ex post*).

A esta ordem jurídica parcial, cujo perfil, critérios e competências são delineados pela própria Constituição, é que cabe a função de reprimir as violações ao direito da livre-concorrência, mesmo quando tais ilícitos decorram de condutas dos agentes econômicos praticados no campo tributário.

Pois bem. É certo que o agente econômico/contribuinte que, de forma reiterada, sistemática e estruturada, deixa de realizar o pagamento dos créditos tributários por ele devidos (devedor contumaz), estará em situação desigual e vantajosa em face daquele que se mostra regular cumpridor de suas

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

obrigações fiscais, obtendo vantagem concorrencial e prejudicando, assim, a livre-concorrência.

Esse tipo de conduta se subsume ao art. 36 da lei antitruste brasileira que, em seu art. 36, *caput* e incisos, estabelece os critérios para caracterização de atos anticoncorrenciais:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

No parágrafo terceiro, a lei antitruste estabelece um rol exemplificativo de condutas que, por se adequarem aos critérios do *caput*, caracterizam-se como atos anticompetitivos:

Art. 36. (...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Conquanto não exista dispositivo específico no rol do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, capitulando como ilícitos em matéria concorrencial atos oriundos de infrações tributárias, é assegurada a possibilidade de tal caracterização e a aplicação das sanções previstas na própria lei antitruste, visto que o próprio dispositivo prevê que são ilícitas em matéria concorrencial as condutas ali descritas, além de outras que acarretem ou possam acarretar os efeitos mencionados.

Portanto, a conduta do devedor contumaz, que se vale do inadimplemento reiterado, sistemático e estruturado de suas obrigações tributárias para obter vantagem competitiva, pode caracterizar prejuízo à livre-concorrência (art. 36, inciso I da Lei nº 12.529/2011), sujeitando-se à incidência da aludida lei antitruste e devendo ser coibida na forma determinada por esta ordem jurídica parcial, que dispõe de conjunto normativo, constitucional e infraconstitucional, além de estrutura institucional apta para a aplicação de tais regras.

Quanto às penalidades previstas pela lei 12.529/2011, estas correspondem a sanções de caráter pecuniário (multas), além de outras que podem caracterizar-se como restritivas de direitos, por exemplo, a proibição para contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação pública e a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até cinco anos. Ou ainda, aquelas que vão apenar o agente econômico em sua

honra e reputação, por exemplo, a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

A lei estabelece também, nos termos do art. 38, inciso IV, alínea b que, dentre as penalidades que podem ser aplicadas pelo CADE, está a recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

Dessa forma, é nítido que a Constituição da República e a legislação infraconstitucional contêm extensa e estruturada disciplina para defesa da concorrência, a fim de suprir as falhas de mercado, por meio de atuação do Estado como agente normativo e regulador do domínio econômico.

4. Da impossibilidade de se fundamentar o regime especial aplicado em face do devedor contumaz na livre-concorrência

Não obstante o nosso entendimento acima exposto no sentido de que os regimes especiais de controle e fiscalização de tributos caracterizarem sanção política por violação ao princípio da razoabilidade, estamos certos de que o fundamento da defesa da livre-concorrência não pode alterar essa conclusão.

É certo que a conduta do devedor contumaz é grave e deve ser coibida, todavia, a competência tributária, conferida pela Constituição aos entes federativos, não autoriza a atuação no campo concorrencial.

A defesa da livre-concorrência está devidamente disciplinada pela ordem jurídica brasileira e não há autorização para que as leis fiscais imponham sanções políticas com fundamento na livre-concorrência, já que há regras jurídicas específicas para a defesa concorrencial.¹²

12. Nem mesmo o art. 146-A da Constituição autoriza a instituição de lei complementar com este escopo, conforme discorremos na obra “Regime especial de controle e

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Cumpra ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, através do CADE, com fundamento nos artigos 24 e 173, §4º da Constituição, bem como na Lei nº 12.529/2011, exercer a função de investigar os efeitos da conduta do agente econômico no campo do direito concorrencial, aplicando, se entender pela prática de conduta violadora da ordem econômica, as sanções cabíveis.

Nesse sentido, o CADE é o órgão técnico dotado de competência para aferir os distúrbios concorrenciais causados pelos efeitos (efetivos ou potenciais) de condutas praticadas por um determinado agente econômico, e a este é que cabe averiguar e, eventualmente, aplicar as sanções em face das infrações à ordem econômica decorrentes de condutas praticadas pelos agentes econômicos.

Se a conduta do agente econômico, potencialmente nociva à livre-concorrência, decorre do reiterado não pagamento de tributos, tal fato não altera o *layout* normativo instituído pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

Ou seja, mesmo que a conduta anticompetitiva caracterize-se ou possa ser caracterizada pelo inadimplemento de obrigações tributárias, deve ser exercida, neste caso, a competência para defesa da livre-concorrência, a qual atualmente é conferida ao CADE.

A legislação tributária que disponha sobre sanções para os casos de práticas consideradas anticoncorrenciais estará invadindo a competência reservada à ordem jurídica parcial de defesa da concorrência e ferindo, dessa forma, a Carta Magna.

O Estado, no exercício de sua competência tributária, dispõe de meios alternativos e legítimos, eficientes e menos gravosos para aplicar as sanções cabíveis e exercer as medidas de rigor para exigência do crédito tributário, com todas as garantias e privilégios que lhe são assegurados.

fiscalização de tributos e a livre-concorrências”, São Paulo: Noeses, 2017, p. 118. Destaca-se acerca do tema a tramitação, no Senado, do PLS nº 284/2017, o qual, segundo pensamos, extrapola os limites autorizados pelo art. 146-A da Carta Magna.

Admitir a “invasão”, pelo Estado, no exercício da sua competência tributária, da ordem jurídica parcial que disciplina a livre-concorrência, significa admitir, da mesma forma e por analogia, a invasão da área penal nos casos em que há sonegação fiscal e vice-versa.

Esclareça-se que a averiguação do CADE não está vinculada a eventual infração à legislação tributária ou penal tributária, já que a apuração de infração à ordem econômica reclama a existência de efeitos lesivos à concorrência, independentemente das consequências tributárias e penais que possa causar.

Há casos em que a infração à legislação tributária, em razão da sua gravidade, também caracteriza ou pode caracterizar uma conduta criminosa, a qual deve ser tratada nos termos da lei penal, com a regular expedição da Representação Fiscal para Fins Penais.

Mas, para o direito concorrencial, é indiferente que a infração seja apenas à lei tributária, ou que caracterize também crime contra a ordem tributária, pois os pressupostos de incidência das normas sancionadoras no direito tributário, das normas de direito penal e das normas sancionadoras na disciplina concorrencial são distintos, dispondo, nesse sentido, o art. 35 da Lei nº 12.529/2011 que “A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei”.

Assim, a infração tributária pode consistir no mero inadimplemento do tributo de forma contumaz, o que podemos chamar de infração tributária não delituosa, ou pode consistir na prática de atos de sonegação fiscal (infração tributária delituosa). Em qualquer dos casos, se presentes os elementos previstos na Lei nº 12.529/2011, estaremos diante de uma infração em matéria concorrencial.

Seja como for, os regimes especiais de controle e fiscalização de tributos constituem verdadeiras sanções políticas, já que não podem ser *constitucionalizados* com a suposta defesa da livre-concorrência, o que não significa defender a existência de um *salvo conduto* para que o inadimplente tributário

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

continue operando sem pagar seus tributos, de forma sistemática, ou que o sonegador continue a agir na ilicitude.

Mas não é só. A aplicação do regime especial em face do devedor contumaz, com base na defesa da livre-concorrência, deixa ainda mais evidente tratar-se de meio desproporcional para a cobrança de tributos ao ignorar critérios específicos para a análise concorrencial.

Nesse sentido, para que o inadimplemento das obrigações tributárias possa ser tido como ato violador da livre-concorrência, é necessário que se determine critérios técnicos, de caráter econômico, que darão conta da caracterização ou não do ato anticoncorrencial.

Para tanto, deve-se comprovar, no mínimo, o nexo de causalidade entre o inadimplemento reiterado e sistemático e o aumento da participação do agente econômico naquele segmento de mercado e os danos à concorrência em determinado mercado relevante.¹³

13. A análise concorrencial deve partir de critérios técnicos da área econômica e concorrencial. Cite-se, como exemplo, o Guia Para Análise Econômica de Prática de Preços Predatórios, aprovado pela Portaria SEAE/MF (Secretaria de Acompanhamento Econômico/Ministério da Fazenda) nº 70, de 12 de dezembro de 2002. De acordo com tal ato, as etapas para investigação da prática de preço predatório, conforme a Portaria SEAE/MF nº 70/2012, são as seguintes: a) determinação do mercado relevante afetado, que abrange a dimensão do produto/serviço e a dimensão geográfica; b) determinação das condições de entrada no mercado relevante afetado, investigando-se a facilidade ou dificuldade de ingresso no mercado relevante afetado; c) a análise da condição da oferta da empresa investigada, a fim de se averiguar se a empresa possui capacidade produtiva (condição de oferta) para atender a demanda. Nessa etapa, se a empresa predadora possui uma capacidade ociosa capaz de atender o incremento da demanda ou há possibilidade de uma expansão da capacidade produtiva, de maneira rápida e economicamente viável, a investigação deverá proceder para a etapa seguinte, dado que há elementos que viabilizam uma estratégia de preço predatório. Caso contrário, será decidida pela sua inviabilidade, arquivando o processo; d) a avaliação da capacidade de financiamento, etapa na qual o CADE verifica a plausibilidade da prática de preço predatório, eis que esta requer que o agente econômico incorra prejuízo no curto prazo devido à manutenção do preço abaixo do custo e, além disso, caso precise investimentos para a ampliação da capacidade instalada. Dessa forma, a plausibilidade desta estratégia está necessariamente relacionada à capacidade de financiamento dessa firma; e) a comparação entre o preço praticado e o custo, procedimento que requer o estabelecimento de um padrão de comparação.

Sem essa demonstração técnica e específica acerca da violação à livre-concorrência, estaremos diante de uma presunção de que o inadimplemento tributário viola a ordem econômica e, sem qualquer aferição técnica e mais concreta, aplica-se sanção grave e intensa como é o regime especial de controle e fiscalização do devedor contumaz.

Assim, o Estado, enquanto ente tributante, ainda que no exercício pleno da competência tributária (instituição, arrecadação e fiscalização de tributos), não pode invadir a competência para a defesa da livre-concorrência, pois tal função deve ser desenvolvida nos moldes delineados pelos arts. 173, § 4º e 24, I da Constituição e na Lei nº 12.529/2011.

Sem prejuízo de tais conclusões, reconhece-se a necessidade de uma articulação, em termos legislativos e institucionais, das funções de arrecadação e fiscalização tributária e a defesa da livre-concorrência, sem que isso viole a moldura constitucional e infraconstitucional estabelecida pela ordem jurídica, além de preservar os direitos fundamentais dos contribuintes.

Poderia advir dessa articulação a instituição de *Representação Fiscal para fins de Defesa da Concorrência*, destinada aos órgãos de defesa da concorrência para que apurem os atos supostamente ilícitos comunicados pelo Fisco, sem atentar contra as regras e princípios constitucionais, assegurando que a defesa da livre-concorrência se dê da forma garantida pela ordem jurídica.¹⁴

Note que medidas de articulação e integração como essas não são novidades em nossa ordem jurídica, eis que são praticadas em setores regulados, que policiam a defesa da concorrência nos respectivos mercados, respeitando a competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Nesse sentido a Lei nº 9.472/97 e a Resolução da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL nº 195/99, que

14. Registre-se a possibilidade, no cenário atual, do oferecimento de denúncia ou representação ao CADE, por parte de qualquer agente econômico que se vê prejudicado pelas condutas de seus concorrentes no campo tributário, o que pode ser feito também por associações ou entidades representativas de quaisquer segmentos de mercado ou mesmo pelos órgãos da Administração Tributária (art. 66, §1º da Lei nº 12.529/2011).

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

aprova a norma nº 7/99, estabelecem que cabe à ANATEL a etapa preliminar de controle de condutas que possam constituir infrações à ordem econômica pelos agentes regulados, estabelecendo que tal órgão deverá remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica.

Aperfeiçoando o tema, a recente Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, assim estabelece:

Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

Art. 27. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

Art. 28. Sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais. (*Destacamos*)

Dessa forma, reconhece-se que a competência para aplicar as sanções cabíveis em razão de infrações à ordem econômica é do CADE, cabendo às agências reguladoras comunicar o órgão de defesa da concorrência acerca da suposta prática de ato anticoncorrencial, para que este adote as providências cabíveis.

Assim é que o devedor contumaz que supostamente prejudica a livre-concorrência deve ser submetido ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, respeitando-se as regras postas.

Portanto, inegavelmente é excessiva e abusiva a autorização legislativa, bem como são excessivos e abusivos os atos da Administração Tributária de impor o regime especial de controle e fiscalização ao devedor contumaz com fundamento da defesa da livre-concorrência, já que tal medida, além de caracterizar sanção política por violação ao princípio da razoabilidade, não se coaduna com o estrutura jurídica vigente para a defesa da livre-concorrência.

Considerações finais

O devedor contumaz é o agente econômico que faz do não pagamento reiterado, sistemático e estruturado de tributos o meio de obtenção de vantagem concorrencial para sua atuação no mercado.

Os regimes especiais de controle e fiscalização de tributos são mecanismos utilizados pela Administração Tributária, no exercício da capacidade tributária ativa, como sanção restritiva de direitos dos contribuintes, imposta ao devedor contumaz de tributos.

Os regimes especiais de controle e fiscalização de tributos impostos em face do devedor contumaz violam o devido processo legal substantivo (princípio da razoabilidade), nas suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). São estas três dimensões ou critérios da razoabilidade que asseguram que os atos praticados pelo

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Estado devem conter, respectivamente, equilíbrio entre meios e fins, a utilização da medida menos gravosa ao administrado e que as vantagens dela oriundas se deem em maior grau do que os prejuízos decorrentes.

A defesa da livre-concorrência, disciplinada pelos art. 24 e 173, §4º da Constituição e pela Lei nº 12.529/2011, não atribui fundamento jurídico para a aplicação de tais medidas pelo Fisco, devendo-se observar o sistema próprio de defesa concorrencial para a repressão da prática de atos anticompetitivos, ainda que estes decorram de condutas praticadas no campo tributário.

Por mais reprovável que seja a conduta do contribuinte que se mostre reiteradamente inadimplente quanto à obrigação tributária ou que pratique outros atos que se mostrem desleais sob o prisma da livre concorrência, é certo que uma ilicitude não justifica a prática de outra, mormente se a prática do *ilícito* é perpetrada pelo Estado.

Ao Fisco, no exercício da capacidade tributária ativa, cabe aplicar as sanções previstas na própria legislação tributária para punir as infrações tributárias e promover as medidas adequadas para exigência do crédito tributário.

Quando presente uma suspeita de prática de sonegação fiscal, a Administração Tributária deve comunicar às autoridades competentes, por meio da Representação Fiscal para fins Penais, para que instaurem os procedimentos de rigor.

Nesse mesmo sentido, quando a Administração Tributária identificar a prática de atos dos agentes econômicos no campo tributário passíveis de violação à livre concorrência, deve proceder à comunicação do órgão competente, por meio da expedição de uma espécie de *Representação Fiscal para fins de Defesa da Concorrência*, a fim de que este órgão execute as medidas previstas na Lei nº 12.529/2011 para defesa da concorrência, independentemente do resultado oriundo da cobrança e/o eventual questionamento do crédito tributário pelo sujeito passivo.

Assim, espera-se que o legislador institua instrumentos que articulem a competência tributária e a competência para defesa da livre-concorrência, respeitando o *layout* já fixado pela Constituição Federal, tal qual foi feito pela n° 13.848/2019, ao dispor sobre a relação das agências reguladoras com os órgãos de defesa da livre-concorrência.

Da mesma forma, espera-se que o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, coíba a prática de se aplicar sanções políticas a fim de combater o devedor contumaz com base na defesa da livre-concorrência, já que, se agir de outra forma, a própria Corte Suprema estará, no mínimo, interpretando a Carta Magna de forma deturpada e submetendo os contribuintes, mais uma vez, à insegurança jurídica.