

# Inadimplemento da Obrigação Tributária na Composição do Preço Predatório e sua Relação com a Livre Concorrência

Leonardo Freitas de Moraes e Castro

*Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET.*

*Pós-graduando em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito*

*Tributário - IBDT. Membro da Associação Fiscal Portuguesa de Lisboa - AFP e do*

*Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT. Advogado em São Paulo.*

## *Resumo*

A Constituição Federal dispõe que a ordem econômica será fundada nos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Sob essa ótica, analisamos o fenômeno do inadimplemento tributário *lato sensu* como elemento constitutivo do preço no livre mercado, para demonstrar sua relação na caracterização do que se intitula de “preço predatório”, e as conseqüências dessa mitigação do custo fiscal sob a atividade econômica desenvolvida na consecução de tais princípios.

## *Abstract*

The Federal Constitution establishes that the economic policy shall observe the freedom of enterprise and the free competition as principles. From this perspective, we have examined the non payment of taxes as a price component in the free market, in order to demonstrate its influence in predatory “pricing practices”, and the consequences of this fiscal mitigation on transactions’ costs concerning the achievement of such constitutional principles.

## **I. Introdução**

O presente trabalho tem por escopo analisar de que forma o inadimplemento da obrigação tributária (*lato sensu*) influencia na composição do preço predatório, e como a redução do custo através da mitigação total ou parcial do elemento tributo tem repercussões não só na esfera tributária, mediante competente lançamento tributário ou execução fiscal, mas também na consecução da livre concorrência.

Para isso, abordaremos o inadimplemento da obrigação tributária em suas duas nuances: o não-pagamento voluntário, devidamente declarado, e o não-pagamento não declarado, entendido como sonegação fiscal, e sua respectiva interação e influência na competitividade do livre mercado. Ademais, examinaremos a 3ª forma de economia fiscal, qual seja, a elisão tributária tangenciando também o seu abuso (elusão). Não somente, a análise ora apresentada busca demonstrar a influência direta dessa economia fiscal na composição do preço das mercadorias e serviços praticados no mercado.

A partir desse momento, havendo a caracterização do que se intitula “preço predatório”, caracterizada pela venda do produto ou serviço abaixo de seu preço de custo, adentraremos o exame da inter-relação da infração econômica, a exigência do crédito tributário devido e a manutenção e o restabelecimento da livre concorrência e do livre mercado, com a supressão de artificialidades na oferta desses produtos e serviços. Em outras palavras, tal preço predatório, composto por um *minus* de natureza tributária, acarretará não apenas o desencadear de medidas do Estado para obter o crédito que lhe é devido como também acarretará atividade estatal sob outra faceta, a de garantidor da livre concorrência e mantenedor de condições mínimas de concorrência leal entre os agentes econômicos.

Em suma, examinaremos de que forma e em que medida o inadimplemento tributário *lato sensu*, o preço predatório e a livre concorrência se relacionam no sistema jurídico nacional.

## II. Livre Concorrência e Ordem Econômica Nacional

Na atual conjuntura do mundo globalizado, é indiscutível que as empresas naturalmente concorram entre si na atividade empresarial por uma maior parcela de mercado (*market share*), no determinado setor em que atuam. Como salienta Nusdeo, a globalização implica a liberalização e desregulamentação dos fluxos internacionais de bens, sendo que tais fluxos apresentam uma alta participação das transferências de fatores, e não mais se limitam à movimentação de produtos acabados<sup>1</sup>.

Ao contrário do que o significado pejorativo do termo “concorrência” possa, inicialmente, preconizar, tal competitividade não só é saudável como deve ser estimulada, pois é um meio eficiente de suprir o mercado com a quantidade e qualidade de bens e serviços que ele necessita em face da demanda, servindo não raro à estipulação de preços menores para os consumidores, e fomentando o aperfeiçoamento da economia nacional e mundial.

Porém, nesse processo de concorrência entre as empresas, por vezes existem determinados desvios de conduta que culminam por ser nocivos à coletividade, razão pela qual se justifica sua repressão pelo Poder Público, aqui entendido como Administração Pública indireta, em todos seus órgãos de acordo com a competência de cada um (Secretaria da Receita Federal do Brasil, Secretaria de Direito Econômico, Secretaria de Acompanhamento Econômico, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários, etc.)

Tais desvios de conduta podem ser classificados em dois grupos<sup>2</sup>: aqueles que caracterizam concorrência desleal e os que atentam contra a liberdade de concorrência. Notadamente porque a concorrência deve ser livre e intensa, qualquer ato ou medida que procure eliminar ou reduzir, artificialmente, a liberdade ou intensidade da concorrência é considerado como antijurídico.

Nesse sentido, temos que o vocábulo “concorrer” significa, para determinados autores, “eliminar o concorrente”<sup>3</sup>, desde que sigam-se as regras do jogo apli-

<sup>1</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo, RT, 1997, p. 392.

<sup>2</sup> BARBOSA, Joaquim Simões. “Riscos da Atividade Empresarial no Âmbito Penal”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* nº 91, 1993, p. 47.

<sup>3</sup> BARBOSA, Joaquim Simões. *Op. cit.*, p. 48.

cáveis ao mercado. Assim, essa eliminação deve se dar por uma insuperável eficiência, que faz com que ocorra uma eliminação natural (e não artificial) do concorrente, impedindo que o mesmo tenha acesso ao mercado, ou a determinada fatia desse mercado. É o que se chama de monopólio natural<sup>4</sup>.

O art. 170 da Constituição de 1988 determina que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará, entre outros princípios, a livre concorrência (art. 170, IV). Imperioso, primeiramente, distinguir alguns conceitos que, apesar de inter-relacionarem-se, não são sinônimos.

Utilizamos-nos da definição de Sztajn<sup>5</sup>, para quem livre mercado e livre concorrência são conceitos distintos e inconfundíveis, sendo o primeiro entendido como regulador da entrada, permanência ou saída do mercado, ao passo que o último é princípio regulador da competição honesta, da garantia de que inexisterão barreiras ao ingresso no mercado, o que não necessariamente se relaciona com o custo desta entrada. Ao definir a concorrência no mercado, Fonseca<sup>6</sup> o faz mencionando que a mesma decorre de um conjunto de condições que permite aos agentes do mercado agir de forma a alcançar seus objetivos sem ferir de forma desarrazoada, as metas dos demais agentes.

Entre os diversos princípios previstos nos arts. 170 a 192, que compõem o título específico dedicado à ordem econômica e financeira em nossa Constituição Federal, podemos extrair entendimento de que a Constituição veicula a idéia de democratização econômica e social, elegendo a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca pela justiça social como verdadeiros limites intransponíveis de qualquer política empresarial e, mais ainda, industrial.

Na “disputa” entre tais princípios<sup>7</sup>, interessante o posicionamento de Tavares que sustenta que, em regra, o princípio da livre concorrência não poderá se sobrepor aos demais princípios, tais como o da função social da propriedade ou mesmo o da valorização do trabalho, optando o constituinte por uma política econômica incluyente<sup>8</sup>.

A livre iniciativa, positivada no art. 170 da Magna Carta, não é vista de forma ilimitada e desprovida do compromisso social, mas, ao contrário, é aceita por parte dos agentes econômicos como sujeita a limitações quanto às atividades a serem praticadas, as relações de trabalho e, especificamente no que tange o objeto do presente trabalho, a fixação dos preços a serem praticados no (livre) mercado. Nessa mesma esteira é que existe o princípio da livre concorrência, previsto no art. 173, parágrafo 4º da Carta Magna, e que dispõe que “a lei reprimirá o abuso

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> SZTAJN, Raquel. “Os Custos Provocados pelo Direito”. *Revista de Direito Mercantil* nº 112, ano XXXVI, São Paulo, p. 75-78.

<sup>6</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência. Comentários a Legislação Antitruste*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 3.

<sup>7</sup> Para um estudo sobre a evolução histórica do pensamento jurídico aplicável às regras e aos princípios, vide excelente texto de ÁVILA, Humberto. “Princípios e Regras e a Segurança Jurídica”. In: SANTI, Eurico de (coord.). *II Congresso Nacional de Estudos Tributários - IBET*. São Paulo, Noeses, 2004, p. 274.

<sup>8</sup> TAVARES, Daniela Diniz. “Reflexões Referentes à Redução de Custos Decorrentes da Informalidade na Economia Brasileira e a Prática de Preços Predatórios”. *Revista do IBRAC* nº3 vol. 12, São Paulo, 2005, p. 167.

do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Nessa ótica é de suma importância atentar para o fato de que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro não condena ou reprime a existência do poder econômico, mas sim, seu abuso. Por esta razão é que o princípio da livre concorrência contempla uma amálgama de garantia da livre concorrência de mercado com a defesa e preservação do consumidor, evitando potencial ou efetiva ameaça à concretização dos valores de inclusão e participação social que sustentam os princípios sociais e liberais presentes em nossa Constituição<sup>9</sup>.

A livre iniciativa, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, não é tomada como expressão individualista, razão pela qual sua análise encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência<sup>10</sup>, devendo ambos os princípios ser não só interpretados e aplicados em conjunto, mas também fundados na ordem econômica nacional.

Assim, a livre iniciativa possui caráter não absoluto, ou seja, só é juridicamente amparada quando legítima. E só é legítima quando o seu titular a exerce com respeito aos ditames da ordem jurídica na qual se inclui a concorrência legal e o cumprimento da função social da empresa.

Podemos afirmar, dessa forma, que a proteção da ordem econômica não constitui apenas instrumento de regulação da economia pelo Estado, mas sim, a tentativa de consagração de determinados valores considerados como essenciais à sociedade, sendo a proteção da livre concorrência verdadeiro instrumento para a consecução de outros valores, como o do equilíbrio concorrencial, e não um valor em si mesmo<sup>11</sup>.

### III. Livre Concorrência e Formação do Preço

O chamado Direito da Concorrência possui duas vertentes, como ensina Saddy<sup>12</sup>: o controle das estruturas de mercado por meio da análise dos atos de concentração e a repressão a cartéis e condutas anticoncorrenciais. Do ponto de vista legislativo, a Lei nº 8.884/94 segmentou o tratamento dessas duas vertentes distintas de forma sistemática e bem detalhada. Em primeiro lugar, tratou no art. 20 das infrações à ordem econômica, atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais, ainda que não sejam alcançados. Já no art. 21, a Lei relaciona de forma exemplificativa as condutas abusivas que caracterizam infração da ordem econômica.

Idealmente, as empresas possuem total liberdade para fixação de seus preços. Em um mercado competitivo, grandes margens de lucros representam verdadeiros

<sup>9</sup> Nesse mesmo sentido Forgioni aduz que há compatibilidade entre a atuação estatal e a livre iniciativa e livre concorrência, visto que o Estado pratica uma política pública ao disciplinar o comportamento dos agentes econômicos, bem como estabelece quais os comportamentos que resultariam em prejuízos para a sociedade (FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo, RT, 1998, p. 230, *Apud* TAVARES, Daniela... *Op. cit.*, p. 168).

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 222. FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo, RT, 1998, p. 83.

<sup>11</sup> SADDI, Jairo. “O Papel do Cade na Análise dos Atos de Concentração”. In: *Fusões e Aquisições: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. SADDI, Jairo (org.), São Paulo, IOB, 2002, pp. 355-356.

incentivos para que outras empresas direcionem seus recursos para o suprimento de produto ou serviço em questão, o que leva ao aumento da oferta e, conseqüentemente, força uma queda natural dos preços e das margens de lucros (no que, em parte, Adam Smith explicitou com a teoria da “mão invisível”).

Como se depreende, a mera aquisição de monopólio natural não constitui ilícito penal ou de qualquer natureza. Caracteriza-se como crime<sup>13</sup> a eliminação ou tentativa de eliminação da concorrência e do monopólio natural mediante o emprego de métodos espúrios, artificiais, que não se relacionam com a eficiência ou méritos empresariais.

Ao exemplificar os atos enquadrados como anticoncorrenciais e, portanto, ilícitos, Barbosa elucida a celebração de ajustes de preços ou divisão de mercado, impedimento de acesso dos concorrentes a fontes de insumos, exigência de compromissos de exclusividade de clientes e fornecedores, condicionamento da venda de produtos no mercado a outros bens ou serviços (coloquialmente conhecida como “venda casada”) e, para nós o mais importante para o estudo ora em análise, “a venda de produtos abaixo do custo para forçar a quebra de concorrentes”<sup>14</sup>.

Insta saber, no âmbito da legislação brasileira, quais seriam os limites do livre estabelecimento do preço da atividade comercial praticada pelo particular, mais especialmente no que tange a compra e venda de mercadorias. Isto porque, ultrapassado tal limite, estaríamos adentrando o campo do que a doutrina entende como “preço predatório”, que culminaria na violação de princípios constitucionais basilares de nosso ordenamento jurídico, dos quais destacamos, sobretudo, o princípio da isonomia (art. 5º, da CF) e da livre concorrência (art. 170, da CF).

Nas lições de Salomão Filho<sup>15</sup>, a coibição de práticas anticoncorrenciais reside na proteção, pelo Estado, da lealdade e da existência de concorrência, sendo a primeira a garantia das regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos, fazendo com que apenas a eficiência, conceito eminentemente econômico, importe para garantir o sucesso da empresa, e a segunda a necessidade da lei da melhor oferta para suprir a demanda.

Nesse sentido, a Lei nº 8.884/94, intitulada de “Lei Antitruste Brasileira”, logo em seu art. 1º deixa claro seus objetivos, quais sejam, a *prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*.

Ademais, no art. 21 da referida Lei encontramos rol exemplificativo das condutas consideradas como potencialmente lesivas à ordem econômica, das quais destacamos aquela que se relaciona com a prática de preço predatório, qual seja:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo

(...)”

<sup>13</sup> Cf. BARBOSA, Joaquim Simões. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - as Condutas*. Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 52-54.

Já o art. 20 esclarece quais são as infrações passíveis de violação da ordem econômica brasileira, conforme se observa:

“Art. 20. 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;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Da combinação dos dispositivos acima colacionado chama atenção a desnecessidade de intencionalidade da conduta lesiva praticada, no caso a prática de preço predatório, mas a simples possibilidade de produção dos efeitos mencionados no diploma supra. A efetiva ocorrência do resultado “prática de preço predatório”, tampouco importa, haja vista a menção legal da expressão “ainda que não sejam alcançados”.

Portanto, o ilícito que a legislação antitruste brasileira almeja coibir e punir no que concerne o preço predatório, segundo Távares<sup>16</sup>, é a prática tendente a eliminar, diminuir ou impedir a concorrência no mercado, e não o futuro abuso de preços após a prática predatória. Tal entendimento se cristaliza na medida em que de um lado, há ilícito próprio tratando do abuso de preços, previsto no art. 21, XXIV<sup>17</sup>, da Lei nº 8.884/94 e, de outro, o mencionado art. 21, XVIII, da mesma Lei traz previsão de punição para a venda injustificada de preços abaixo de seu custo.

Para melhor entendermos o conceito de preço predatório e os elementos que o compõem, devemos partir da delimitação de conceitos mínimos e irredutíveis, com o perdão do pleonismo, notadamente: preço e custo.

O vocábulo “preço”, do latim *pretium*, pode ser entendido como o valor ou a avaliação pecuniária atribuída a uma coisa, predeterminado por uma soma em dinheiro<sup>18</sup>. Corriqueiramente, no entanto, preço e custo são tidos como equivalentes. Mas, deve-se apontar que, o custo significa o preço de produção ou o valor monetário por que a coisa foi adquirida. Dessa forma, possui sentido mais estrito, porquanto preço entende-se toda avaliação monetária ou todo valor pecuniário, atribuído à coisa, sem alteração ou custo originário ou preço de custo<sup>19</sup>.

Segundo José Tadeu de Chiara, preço é “o *quantum* do pagamento em moeda que se constitui na prestação pela qual se assegura a satisfação a ser obtida pela contraprestação de natureza diversa da prestação”<sup>20</sup>. Portanto, o preço é composto, nuclearmente, por dois elementos: o custo e o lucro.

<sup>16</sup> TAVARES, Daniela Diniz. *Op. cit.*, p. 172.

<sup>17</sup> “Art. 21 (...)

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço (...).”

<sup>18</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008. pp. 1.076-1.077. *Idem*.

<sup>20</sup> CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e Ordem Jurídica*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, USP, 1986, p. 112.

Da própria definição de preço extraímos o componente custo, do latim *constare*, assim entendido como o valor ou preço de custo de um produto, serviço ou de uma mercadoria. Entende-se o seu “exato valor de produção ou de aquisição, isto é, o cálculo de seu valor segundo a base das quantias despendidas com a matéria-prima, empregados e outras despesas, quando fabricada, ou de seu preço, acrescido das quantias despendidas com o seu transporte, se adquiridas”<sup>21</sup>.

A definição e classificação dos custos encontra diversas referências na doutrina econômica. Os diversos conceitos de custo são muito bem elucidados por Forgioni<sup>22</sup>, que ao se basear em Posner<sup>23</sup> explica que:

“custo fixo é o custo que não varia e independe da quantidade de bens produzidos; custo variável, como o próprio nome diz, é aquele que varia com a alteração da produção; a soma dos custos fixos e daqueles variáveis nos dá o custo total; o custo médio é o custo total dividido pela quantidade de bens produzidos; o custo marginal é a modificação do custo total advindo do aumento da produção de um determinado bem. Em palavras bastante simples, é o aumento do custo que deriva do aumento de produção.”

Por último, simplificadamente, entende-se como lucro o valor adicionado ao custo, ressaltando que ambos os conceitos, isto é, lucro e custo, são muito mais complexos do que a presente definição quando analisados sob a ótica econômica. Todavia, adotaremos as definições simplificadas desses conceitos, uma vez que são suficientes para a compreensão do que entende por “preço predatório” no ordenamento jurídico pátrio.

A partir da definição do que consiste custo e preço, podemos passar para a conceituação do que se entende por preço predatório para o Direito Econômico.

#### IV. Preço Predatório

A definição de preço predatório é requisito essencial para o presente trabalho. Nesse sentido, segundo aduz Diniz<sup>24</sup>, o *predatory pricing* é uma prática que ocorre quando uma empresa, detentora do monopólio sobre determinado mercado, vende seu produto a preço inferior ao de custo em outro mercado onde, ainda, não tem posição monopolista. Essa venda de produto abaixo do preço de custo é uma infração a ordem econômica e deve ser punida, conforme se observou do inciso XVIII do art. 21 da Lei nº 8.884/94. Caso haja constatação dessa prática em regular processo administrativo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) imporá as sanções previstas no Título V, Capítulo III, da mesma Lei.

No âmbito do Direito Econômico, torna-se necessário não confundir preço predatório com *preço vil*, aplicável ao Direito Civil, que por sua vez significa “preço irrisório ou muito abaixo do valor do bem”<sup>25</sup>. Como tal preço não corresponde à realidade, o Direito Civil desconsidera ter havido a venda, ante a grande diferença

<sup>21</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 407.

<sup>22</sup> FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo, RT, 1998, p. 317.

<sup>23</sup> POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 684. *Apud* FORGIONI, Paula. *Op. cit.*, p. 317.

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 682.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 682.

entre o valor da coisa e o preço estipulado, e classifica a compra e venda feita mediante preço vil como verdadeira doação<sup>26</sup>.

Segundo o Glossário da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), temos a seguinte definição de preço predatório:

*“Preços Predatórios: situação em que uma firma reduz o preço de venda de seu produto, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos a longo prazo. Em muitas definições existentes na literatura microeconômica, a firma reduz o preço de seu produto abaixo de alguma medida de custo, como por exemplo, o custo marginal. Em mercados em que as firmas são idênticas (isto é, igualmente eficientes, com custos marginais parecidos), a prática de preços predatórios não é uma estratégia que deverá ser adotada, pois a ‘firma predatória’ não terá certeza se as outras realmente sairão do mercado. Já em mercados em que as firmas não são idênticas, a mais eficiente poderá ter incentivo em abaixar preço, fixando-o entre (ou até) o custo marginal dela (mais baixo) e o das outras (mais altos), pois ela terá, no máximo, lucro zero no curto prazo, enquanto as outras, se a seguirem, poderão ter grandes prejuízos.”*<sup>27</sup>

Sob a ótica normativa, a Resolução Cade nº 20 de 1999, em seu Anexo I, “A” definiu como preço predatório à “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos ao nível monopolista”<sup>28</sup>. Apesar de constituir verdadeiro ato normativo, tal Resolução extrapolou os limites impostos pelo art. 20, *caput*, da Lei nº 8.884/94, ao eleger o elemento doloso como imprescindível para a configuração da infração analisada. Se a Lei não previu a necessidade de apuração de dolo ou culpa para infração à concorrência, ato hierarquicamente inferior jamais o poderia fazer, razão pela qual entendemos que tal definição deve ser considerada inválida no sistema jurídico brasileiro.

Outro ato normativo sobre o tema é a Portaria Seae nº 70/2002, que trouxe como seu anexo o “Guia para análise econômica da prática de preços predatórios”, mas que possui alcance limitado à Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda. Da análise do conceito de Preço Predatório da Seae mencionado, os requisitos da conduta necessários à caracterização de tal preço são os seguintes: i) existência de poder de mercado/posição dominante do agente predador; ii) prática de preços baixos o suficiente para eliminar competidores e desestimular o surgimento de novos; iii) existência de perdas significativas tanto para o preda-

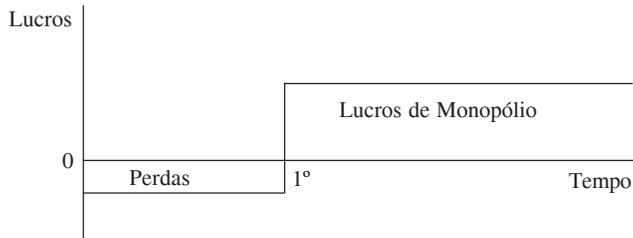
<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 682.

<sup>27</sup> [http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/glossarios/P](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios/P). Acesso em 13.09.08.

<sup>28</sup> E continua a definição ressaltando que: “O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.”

dor quanto para o concorrente; iv) expectativa de reaver ganhos no futuro, após a expulsão do concorrente.

A figura abaixo, ilustra bem a questão, representando o intervalo de tempo em que o agente econômico incorre deliberadamente em perdas para, após adquirido o monopólio do mercado, incorrer em lucros, muitas vezes inexistentes ou inferiores aos obtidos anteriormente à prática dos preços predatórios. Vejamos:



No que tange a questão da estipulação de preço predatório, é importante ressaltar que tal prática não necessita estar apenas calcada na intenção de posteriormente aumentar os preços (*recoupment* ou recuperação, que seria uma maneira de compensar o prejuízo incorrido pelo agente ao longo da prática predatória no mercado), mas também diversas outras. Dentre esses outros objetivos da prática de preço predatório, destacam-se i) a tentativa de demonstração de “hiper eficiência” no mercado, em face de prática de preços menores (*cost signaling*); ii) reputação e nicho de mercado da empresa que diminui seu preço (*reputation effect*); e iii) manutenção de parcela de mercado já conquistada, protegendo-a da concorrência crescente<sup>29</sup>.

Como se verifica, a distinção entre concorrência legítima e prática de preço predatório, no mercado competitivo do mundo globalizado, pode se tornar muito complexa. A mera prática de preços baixos pode resultar do aumento de eficiência, redução de empregados, marketing efetivo conciso, e não necessariamente de práticas ilegais através de meios artificiais de redução de custo.

Relevante apontar que o Cade deixou expresso, conforme salienta Tavares<sup>30</sup>, sua pretensão de aplicação do teste Areeda e Turner<sup>31</sup> para avaliação da prática de preços tidos como predatórios, apesar de ter ressalvado a necessidade de análise

<sup>29</sup> TAVARES, Daniela Diniz. *Op. cit.*, pp. 177-178.

<sup>30</sup> TAVARES, Daniela Diniz. *Op. cit.*, p. 173.

<sup>31</sup> O referido nome decorre do teste desenvolvido em 1975 por Phillip Areeda e Donald F. Turner para identificação dos preços predatórios, visando sua identificação por meio de um único critério objetivo. Os autores partiram da constatação de que uma empresa máxima os lucros quando o preço de venda é igual ao custo marginal, dado um contexto de concorrência perfeita. Assim, se o preço ideal se encontra com os custos marginais, a venda de produtos abaixo dessa identidade seria predatório e o agente estaria incorrendo em perdas, deliberadamente. Na medida em que o cálculo do custo marginal é de enorme dificuldade, os autores propuseram a adoção do custo variável médio, que seria compreendido como o custo total dos fatores variáveis de produção, divididos pelo número de unidades produzidas. Nesse teste, uma venda de produto por valor abaixo do custo variável seria considerada como decorrente de preço predatório (“Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”. *Harvard Law Review*, 88, 1975, p. 697, *apud* TAVARES, Daniela Diniz. *Op. cit.*, pp. 173-174.

detalhada das condições efetivas de custos e comportamento dos preços ao longo do tempo<sup>32</sup>.

Segundo o teste acima mencionado, aplicado nos Estados Unidos da América, se a comercialização do produto fosse realizada por preço inferior ao custo médio variável (*average variable total cost*) seria considerado como predatório. Saliente-se, contudo, que por força das severas críticas dos economistas sobre a aplicação e eficiência de tal método, uma vez que a determinação dos custos não só é deveras complicada como oscilante em virtude de diversas variáveis, os juízes americanos vêm há algum tempo adotando o *case by case approach* para determinar o caráter ilícito da conduta<sup>33</sup>.

Em algumas decisões administrativas, temos alguns interessantes votos em que o preço predatório é abordado, dos quais destacamos alguns. Entre estes, no voto da Conselheira-Relatora Lúcia Helena Salgado, na Averiguação Preliminar nº 08000.016380/94-60<sup>34</sup>, restou claro que inexistiu ofensa à ordem econômica na venda de produto a preço inferior ao praticado pelos concorrentes, sobretudo quando tal preço consiste com os custos de produção, mesmo nos casos de doação esporádica, isto é, não habitual de produtos, senão vejamos:

“Ementa: Concorrência Desleal. Venda de pão francês abaixo do custo. Não incidência da Lei de Defesa da Concorrência e inexistência de infração contra a concorrência. Deferimento e arquivamento dos autos.

1. Da análise das informações requeridas pela SDE à Sunab (fls. ...) e à Representada (fls. ...) fica suficientemente claro que, embora tenha sido inferior ao cobrado por outros concorrentes, o preço praticado pela Representada é coerente, considerando os custos apresentados e dada a bonificação obtida junto ao seu fornecedor de farinha de trigo (Carfepe S.A.), além do que também são equivalentes aos preços cobrados pelos supermercados da Capital que, de igual modo, possuem os meios necessários à produção de pães (...) Não cabendo, portanto, falar que os preços praticados pela Representada visam dominação de mercado, eliminando a concorrência, de modo a impor dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento das demais panificadoras.”

Em outro julgamento, evidenciou-se que somente pode ser acusado de prática de preço predatório a empresa que detenha poder de mercado. Em princípio, preço baixo é resultado da concorrência e favorece o consumidor, conforme se observa do voto do Conselheiro-Relator Antônio Fonseca<sup>35</sup>:

“As práticas definidas nos vários incisos do art. 21 da Lei n. 8.884/94 não se aperfeiçoaram se o agente não detém poder de mercado, nos termos do art. 20, parágrafo segundo da mesma lei.

2. No caso, a denúncia é de preço predatório. Em princípio, o preço baixo é resultado da concorrência e favorece ao consumidor. Para essa prática se

<sup>32</sup> Cf. Anexo I, A, da Resolução Cade nº 20/1999.

<sup>33</sup> FORGIONI, Paula. *Op. cit.*, pp. 317-318.

<sup>34</sup> Voto em 16 de outubro de 1996, Representante: Sindicato de Panificação e Confeitaria do Estado de Mato Grosso, Representante: Supermercado Big Lar de Várzea Grande. *DOU* de 24.10.96.

<sup>35</sup> Voto na Averiguação Preliminar nº 08000.018467/95-06, de 16 de julho de 1997, Representante: Hot House Indústria Metalúrgica, Representada: Metalcorp Ltda.

tornar ilegal é preciso que tenha por efeito excluir um concorrente. Quem pratica preço predatório, *i.e.*, abaixo do custo passa por um momento inicial de prejuízo que é compensado num momento futuro após a exclusão do concorrente. Somente se lança nessa aventura arriscada quem efetivamente detém poder de mercado.

3. A empresa denunciada é de pequeno porte. O mercado de lareira e churrasqueira é caracterizado pela pulverização de concorrentes. Embora mal instruídos, os autos revelam que não restou comprovado domínio de mercado. Faltando esse pressuposto, não há que se falar em prática anti-concorrencial.

4. Nego provimento ao recurso.”

Também a venda injustificável de produto abaixo do preço de custo, compensando-se o prejuízo pela margem de lucro obtida na comercialização de outro produto, constitui, em tese, infração à ordem econômica, como aponta Franceschini<sup>36</sup>. Essa prática também chamada de *underselling*, restou bem analisada no voto<sup>37</sup> abaixo transcrito:

“1. O caso em exame originara-se de representação contra a Abras, sob a alegação de que os supermercados, de um modo geral, vêm comercializando o produto pão francês abaixo do preço de custo, cuja perda resultante estaria sendo recuperada por meio de subsídio cruzado, criando assim dificuldades ao funcionamento das empresas do setor de panificação. Estaria, pois, a conduta exemplificada no inciso XVIII do art. 21 da Lei n. 8.884 de 1994.

(...)

3. Acrescente-se que das informações juntada aos autos verifica-se que os preços praticados pelos supermercados são inferiores àqueles cobrados pelas panificadoras, o que não é o bastante para ter caracterizado que tais preços estão sendo fixados abaixo do custo, como pretende a Representante (fls. ...), que os supermercados não realizam prejuízos com o preço cobrado, pois é certo que não se pode partir da hipótese de que os custos de produção do pão francês independe das diferenças existentes entre as unidades produtivas ou do porte dos estabelecimentos que os comercializa e, até mesmo, considerar se de fato o produzem, pois há várias panificadoras e/ou supermercados que apenas revendem o produto, tudo depende do estabelecimento específico que estivermos tratando.

(...)

6. Proponho ainda a esse Colegiado, pela oportunidade que ora se apresenta e dada a quantidade de denúncias similares ainda pendentes de serem julgadas, que se recomende a Abras informar aos seus associados que a venda injustificável de produtos abaixo de custo pode ser considerada lesiva à concorrência.

<sup>36</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo Cade*. São Paulo, Singular, 1998. pp. 720-721.

<sup>37</sup> Voto no Processo Administrativo nº 08000.020787/96-62, de 22 de outubro de 1997, Representante: Associação Brasileira da Indústria de Panificação, Representada: Associação Brasileira de Supermercados. *DOU* de 5.11.97.

Em conclusão, observa-se que a definição de preço predatório não é simplória, mas complexa. Nesse sentido, no Parecer ProCADE nº 213/2005<sup>38</sup> há manifestação de que as condutas capituladas como infração à ordem econômica no art. 21 da Lei nº 8.884/94 devem, para que se coadunem ao espírito da Lei, implicar eliminação da concorrência, domínio do mercado ou aumento arbitrário de lucros tal como descrito nos incisos do art. 20 da referida Lei. Assim, sua interpretação não pode ser feita de forma isolada.

Ou seja, se a conduta descrita como prática de preço predatório não produzir, mesmo potencialmente, qualquer um dos efeitos lesivos às estruturas do livre mercado indesejados pelo legislador pátrio, mesmo que represente o exercício do poder econômico, não existirá violação à Lei, isto é, ilegalidade e, portanto, não desencadeará qualquer sanção de natureza econômica.

Neste sentido o Cade já decidiu por unanimidade arquivar a Averiguação Preliminar nº 08012.002480/98-85<sup>39</sup>, *in verbis*:

“A acusação formulada pelo Representante seria de que as Representadas estariam praticando preço menor, obtido de forma irregular, e com o objetivo de eliminação da concorrência dentro dos mercados relevantes. A venda a preços abaixo da concorrência, entretanto, é uma prática que nunca foi punida pelo nosso ordenamento. Pelo contrário, a concorrência deve ser preservada justamente para se garantir preços mais baixos aos consumidores. Assim, apenas será punida a venda a preços inferiores aos preços de custo, por agente que detenha poder de mercado, e somente se provado o objetivo de eliminação da concorrência.

*Não havendo, portanto, possibilidade de limitação da concorrência, domínio do mercado e de abuso de posição dominante por parte das Representadas, não pode configurar-se nenhuma das práticas listadas no art. 20 da Lei nº 8.884/94.*

Ressalte-se, ademais, que ainda que os postos revendedores das Representadas eliminassem os concorrentes, para posterior aumento de preços para um nível monopolista, os consumidores não seriam prejudicados, pois novos agentes entrariam imediatamente no mercado, dada a inexistência de barreiras significativas à entrada nestes mercados.” (grifos nossos)

## V. Dumping e Subsídios

É importante ressaltar que conceito de preço predatório não deve ser confundido como os conceitos de *dumping* nem de subsídios, apesar de, ainda hoje, serem impropriamente tomados como sinônimos. Isto porque, o *dumping* relaciona-se ao âmbito internacional, notadamente práticas envolvendo o GATT e a OMC com relação ao comércio internacional. O *dumping* ocorre quando a exportação de uma mercadoria para outro país por um preço abaixo do “valor normal”, entendendo-

<sup>38</sup> Proferido em 30 de março de 2005, na Averiguação Preliminar nº 53500.002141/2003. Representantes: Brasil Telecom S/A. Representadas: Brasilcel B.V. e outros. Relator: Conselheiro Luiz Fernando Rigato Vasconcelos.

<sup>39</sup> Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do A.B.C.D.M.R.R.-Regran; Representados: Makro Atacadista S/A e Carrefour Comércio e Indústria Ltda.

se como tal um preço inferior ao custo de produção do produto, ou um preço inferior àquele praticado internamente no país exportador<sup>40</sup>.

Sob o ponto de vista do Direito positivo, temos a definição de *dumping* no Decreto nº 1.602 de 1995, que o define nos seguintes termos:

“Art. 4º Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de *dumping* a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob a modalidade de *drawback*, a preço de exportação inferior ao valor normal.

Art. 5º Considera-se valor normal o preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem a consumo interno no país exportador.”

No âmbito internacional, o texto original que instituiu o GATT fez alusão ao termo *dumping* em seu art. VI, porém, fora modificado por outro Acordo multilateral, o “Acordo de Implementação do Artigo VI do GATT”, conhecido como “Código Antidumping”. O art. 2º, parágrafo 1º do referido acordo define *dumping* da seguinte maneira:

“Art. 2º Determinação de *Dumping*

§ 1º Para os fins deste Acordo, um produto é objeto de *dumping*, isto é, introduzido no mercado de outro país a preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exportador.”

Cristóforo<sup>41</sup> define o *dumping* no comércio internacional como a forma de discriminação de preço de um produto mediante a qual os produtores o vendem no mercado externo a um preço mais baixo do que aquele praticado no mercado interno. Desta feita, o *dumping* é uma manifestação do sistema de preços múltiplos ou discriminados que ocorre quando as unidades de uma mesma mercadoria são vendidas contemporaneamente a preços diversos<sup>42</sup>, podendo ser classificado em i) *dumping* direto<sup>43</sup>; ii) *dumping* decorrente de diminuição do consumo no mercado interno<sup>44</sup>; e iii) *dumping* bélico<sup>45</sup>. Todavia, não obstante o esforço da doutrina em

<sup>40</sup> PINHEIRO, Tiago Jundi e RAMOS, Paloma Pestana. “O *Dumping* no Mundo Globalizado”. *Boletim Latino-americano de Concorrência*. Disponível em <http://www.austlii.edu.au/au/journals/eJTR/>. Acesso em 20.05.08.

<sup>41</sup> CRISTÓFARO, Pedro Paulo. “Comércio Exterior Brasileiro: ‘Antidumping’ Mercosul”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* nº 91, 1993, p. 58.

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> Considera-se *dumping* direto, aquele que decorre da Lei da produtividade crescente, verificando-se na medida em que ao aumentar a produção com a finalidade de reduzir o custo unitário, não se modificam as condições de venda no mercado interno por se presumir que uma diferença no preço não implicará necessariamente um expansão adequada da demanda interna. Neste caso, o excedente da produção interna poderá ser exportado por preço inferior ao custo unitário visto que as perdas nas vendas externas será inferior ao acréscimo do lucro apurado no mercado interno em virtude da diminuição do custo de produção (CRISTÓFARO, Pedro Paulo. *Op. cit.*, pp. 58-59).

<sup>44</sup> O *dumping* decorrente de diminuição do consumo no mercado interno baseia-se na possibilidade de separar, no que se refere à irredutibilidade de determinadas despesas, os custos do produto destinado ao mercado externo. Assim, quando há queda considerável na demanda do consumo interno, o produtor, considerando a diferença entre o custo de produção para o mercado interno e para o externo, pode vender no exterior tal produto a preço menor do que o custo unitário do produto destinado ao mercado interno (CRISTÓFARO, Pedro Paulo. *Op. cit.*, pp. 58-59).

<sup>45</sup> O *dumping* bélico é aquele efetuado com prejuízo do produtor, e tem como único propósito o de eliminar a concorrência e conquistar o mercado externo (CRISTÓFARO, Pedro Paulo. *Op. cit.*, p. 59).

classificar o *dumping* de acordo com o motivo da venda no mercado externo inferior ao valor normal dos produtos no mercado interno, a definição de *dumping* no comércio internacional não considera tal fator em sua definição.

Já subsídio pode ser entendido como “todo auxílio oficial”, que pode ser de diversas naturezas (financeira, cambial, comercial ou fiscal) concedido direta ou indiretamente ao exportador, com o fim de estimular a exportação de determinado produto<sup>46</sup>.

No que tange aos subsídios, Tôrres<sup>47</sup> distingue tal conceito do conceito de *dumping* ao afirmar que, apesar de ambos consistem em interferência nos preços das mercadorias no sistema de comércio multilateral de trocas transnacionais, com a finalidade de prejudicar a concorrência no destino de tais mercadorias, a diferença reside no fato de que tais afetações no preço podem ser decorrentes de atividades de particulares contra concorrentes específicos (*dumping*) ou sob mediante práticas e esforços governamentais (subvenções ou subsídios).

Para Barral<sup>48</sup> os subsídios e o *dumping* diferenciam-se na medida em que os subsídios são ocasionados por um ato estatal, ao passo que o *dumping* constitui uma prática privada de conquista de mercado.

Cabe ressaltar que o Cade não tem competência para julgar casos de *dumping* nem de subsídios, mas a tem para julgar os casos de preço predatório. Sobre a incompetência do Cade para julgar os casos de *dumping* e subsídios, temos dispositivo expresso no art. 91 da Lei nº 8.884 de 1994<sup>49</sup>.

## VI. Tributo como Custo na Formação do Preço

Após definidos os conceitos basilares do presente trabalho, isto é, custo e preço predatório, passamos à análise do como o tributo influencia a prática do preço predatório no livre mercado, para depois analisarmos como tal prática influencia a livre concorrência. É inegável que qualquer tributo constitui custo e, uma vez que custo é um dos elementos integrantes do preço, os tributos influenciam no preço de determinada mercadoria ou serviço no âmbito econômico. Portanto, é importante apontar que o Direito Tributário influencia *qualquer*<sup>50</sup> atividade econômica,

<sup>46</sup> PIRES, Adilson Rodrigues. “Práticas Abusivas no Comércio Internacional”. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 203, *apud* TAVOLARO, Agostinho Toffoli. “OMC: Subsídios Tributários”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e ALTAMIRANO, Alejandro C. (coord.). *Direito Tributário - VII Colóquio Internacional de Direito Tributário*. IOB, São Paulo, 2005, p. 50.

<sup>47</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. “O Acordo de Subsídios no GATT e a Devolução de Créditos de Exportação no Direito Brasileiro”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e ALTAMIRANO, Alejandro C. (coord.). *Direito Tributário - VII Colóquio Internacional de Direito Tributário*. IOB, São Paulo, 2005, p. 16.

<sup>48</sup> BARRAL, Welber. “Subsídios e Medidas Compensatórias na OMC”. *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo, LTr, 1998, p. 371. *Apud* TAVOLARO, Agostinho Toffoli. “OMC: Subsídios Tributários”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e ALTAMIRANO, Alejandro C. (coord.). *Direito Tributário - VII Colóquio Internacional de Direito Tributário*. IOB, São Paulo, 2005, p. 49.

<sup>49</sup> “Art. 91. O disposto nesta lei não se aplica aos casos de dumping e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos nº 93.941 e nº 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente.”

<sup>50</sup> TIPKE, Klaus. LANG, Joachim. *Direito Tributário*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 51.

na medida em que as atividades praticadas pelo cidadão, isto é, atividade de investir, poupar ou consumir é onerada por múltiplas incidência tributárias.

Na medida em que pessoas e ocorrências econômicas são diversamente oneradas por tributos, os cidadãos buscam meios, nem sempre lícitos, de planejar o desenvolvimento e exercício da atividade econômica para reduzir ao máximo as cargas tributárias que oneram tais atividades. Nem sempre, contudo, o objetivo da redução de custos decorrente do pagamento de menos tributos tem o escopo direto de aumentar o lucro, como já aduzido (consolidação de reputação econômica; marketing ativo de eficiência; aquisição de novos mercados; manutenção de *market share*; objetivo de prejudicar a concorrência para tirá-la do mercado, etc.)

De um lado o tributo é um custo para os agentes econômicos e esses, por uma tendência natural de suas atuações no mercado, procurarão reduzi-lo ou mesmo aniquilá-lo. Entretanto, o tributo tem a função precípua de obter receitas públicas para fazer face às despesas públicas, que advém da concretização dos direitos fundamentais que a sociedade almeja<sup>51</sup>.

Assim é que a tributação é a participação do Estado na propriedade privada, ou seja, na economia privada. Tikpe<sup>52</sup> aponta que os tributos não são necessários se ao Estado tudo já pertence e se a economia é exercitada pelo Estado sozinho, como almejavam os defensores das sociedades comunistas e socialistas, em certa medida. Se nas sociedades em que o Estado não exerce o monopólio da economia a propriedade privada é um pressuposto inafastável<sup>53</sup>, a instituição da tributação para utilização dessa propriedade privada e da economia é uma necessidade indubitável. Surge nesse ponto a necessidade de um Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços.

Nesse sentido é que afirma que os tributos são o preço da proteção do Estado para a segurança institucional, que é necessária para a economia privada<sup>54</sup>, cujo pagamento se embasa na necessidade financeira institucional de cada Estado.

Contudo, o ponto nevrálgico dessa segregação entre contribuição do cidadão à sociedade e usurpação da propriedade privada, que consubstancia-se na capacidade contributiva e solidariedade fiscal, de um lado, contrapondo-se ao confisco, de outro, reside em saber quanto a coletividade liberalmente concebida pode reivindicar do lucro privado. Uma vez que este não é objeto do presente trabalho, apenas o tomamos como premissa para afirmar que, da discordância do quanto determinado cidadão deve contribuir ao Estado em prol da coletividade é que nasce a intenção do contribuinte na minimização dos custos fiscais na produção dos bens ou na prestação dos serviços, que poderá ser feita por meio de atos lícitos ou ilícitos.

Sobre ser inegável que os tributos têm papel extremamente importante na composição do custo e, portanto, no preço dos produtos no mercado, tem-se o

<sup>51</sup> PAULA, Daniel Giotti de. "A Constitucionalização da Neutralidade Concorrencial dos Tributos". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 153, p. 24.

<sup>52</sup> TIPKE, Klaus. LANG, Joachim. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>53</sup> Constituição Federal do Brasil, art. 170, II.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 54.

exemplo bastante ilustrativo do custo do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na composição do preço do cigarro<sup>55</sup>. Ninguém discute que o cigarro é um produto altamente tributado, sobretudo pela elevada alíquota de IPI e ICMS.

Em conseqüência, por ser um produto em que grande parte do custo consiste em tributos, isso faz com que a evasão fiscal sobre ele incidida seja economicamente significativa<sup>56</sup>. Para se ter idéia do impacto significativo do IPI sobre os cigarros e sua relação com o inadimplemento tributário *lato sensu*, sobretudo no que tange a queda da arrecadação propiciada por tal imposto, o IPI sobre o cigarro nos anos 80 contribuía com 0,4% do PIB nacional brasileiro, ao passo que nos anos 90 sua participação reduziu para 0,28% do mesmo, segundo Verdi<sup>57</sup>.

Confirmando a relevância dos tributos na composição do preço<sup>58</sup> o Ministro Cezar Peluso, em voto proferido nos autos da Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, em 24.05.07, afirma que “esse poderoso impacto dos tributos na estrutura de custos e preços da produção, não menos que no lucro do produtor, é incontestável realidade matemática”<sup>59</sup>.

Nesse sentido, se um agente econômico obtém sucesso no não-pagamento ou redução no *quantum* a ser pago como tributo tal agente consegue, em verdade, estar em situação privilegiada, pois reduz o valor de venda de seu produto ou serviço e, com isso, obtém parcela mais relevante do mercado até atingir posição dominante, por exemplo.

A partir dessa tomada de decisão pelo cidadão, de não arcar com a obrigação tributária que lhe é imputada pela prática de ato ou acontecimento de fato previsto no Direito Positivo como ensejador da cobrança desse tributo, é que teremos três hipóteses possíveis de comportamento por parte desse cidadão: i) o simples inadimplemento tributário; ii) a sonegação fiscal ou evasão fiscal; e iii) a elisão tributária.

## VII. As Formas de Mitigação do Custo Tributário: Inadimplemento Tributário *Stricto Sensu*, Sonegação Fiscal e Elisão Tributária

Com o pensamento de que justos são os tributos que são pagos pelos outros<sup>60</sup>, o esforço do cidadão de manter a menor carga tributária possível à sua atividade,

<sup>55</sup> Para um estudo estatístico mais aprofundado do papel do ICMS e do IPI na composição do preço do cigarro e seu papel no desenvolvimento da livre concorrência no mercado tabagista, vide LAGRECA, Rodrigo Holtermann. “O Papel da Atuação Governamental nas Relações de Consumo e Concorrenciais: Quem Protege a Ética? uma Visão a partir da Presença no Mercado Ilegal na Indústria de Cigarros”. *Revista do IBRAC* nº 3, volume 12, São Paulo, 2005, p. 210.

<sup>56</sup> LAGRECA, Rodrigo Holtermann. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>57</sup> VERDI, M. F. “Repercussão do Comércio Ilegal de Cigarros na Economia Nacional”. SIFSC, Anais... Brasília, Escola de Administração Fazendária. 14-16 ago 2001, pp. 110-119, *apud* LAGRECA, Rodrigo Holtermann. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>58</sup> SCAFF salienta que, economicamente, o cálculo da diferença que o não recolhimento (0%) de ICMS por um contribuinte comparativamente ao recolhimento de outro sob a alíquota de 18% causaria na apuração do lucro na indústria de sabonetes, aponta uma variação de 388%, que repercutiria em um aumento do lucro de 2,71% para 13,21% (SCAFF, Fernando Facury. “Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre Concorrência”. *Revista de Direito Público da Economia* nº 13, Belo Horizonte, ano 4, jan-mar/2006, p. 151).

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 55.

torna necessárias certas medidas por parte do legislador, tanto na esfera tributária, como na penal, econômica e civil, através das mais diversas sanções.

Partindo dessa premissa, para uma redução no preço, visando maior competitividade no mercado, o agente econômico tem a seguinte opção: reduzir os custos ou reduzir os lucros. A redução da margem de lucro é sempre a menos desejada, por motivos óbvios. Entretanto, a diminuição da margem de custo nem sempre é possível, uma vez que existem custos fixos que não podem ser alterados no processo produtivo de uma empresa.

Todavia, existem certos custos que podem ser reduzidos, inclusive mediante a prática de ato ilícito, ou seja, violação de norma cogente. Na maioria das vezes, o agente econômico reduz deliberadamente seus custos de produção por meio do não-cumprimento, total ou parcial, durante determinado período de tempo, de suas obrigações legais. Essas obrigações podem ter diversas naturezas: civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, por exemplo.

No âmbito tributário, para cada forma de mitigação desse ônus haverá distinta medida sancionatória pelo Estado, sendo de suma importância a distinção dessas modalidades de economia fiscal.

A primeira, e mais evidente, é o simples inadimplemento tributário (*stricto sensu*), assim entendida a prática do contribuinte de declarar devidamente seus débitos tributários, reconhecendo suas dívidas, mas não recolher as quantias por ele ou pelo Estado apuradas como devidas. Estamos diante da mora declarada do devedor tributário, em que não há o fluxo de caixa para os cofres públicos, mas há o reconhecimento da dívida.

A essa primeira forma de economia fiscal, a medida estatal cabível, em regra, é o lançamento tributário, quando cabível, seguido da inscrição em dívida ativa, e posterior execução fiscal. O regramento positivado dessas medidas coercitivas para obtenção do crédito tributário se encontra no Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) e na Lei de Execuções Fiscais - LEF (Lei nº 6.830/80), sendo vedadas outras práticas de meios coercitivos para tal cobrança, tal como as sanções políticas<sup>61</sup>.

A segunda modalidade de economia fiscal possível seria a sonegação fiscal ou evasão fiscal que, ao contrário do mero não-pagamento devidamente declarado pelo contribuinte, constitui além de ilícito tributário, também um ilícito penal.

Atualmente, o crime de sonegação fiscal é tratado pela Lei nº 8.137/90, que o tipifica da seguinte forma:

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

<sup>61</sup> Superior Tribunal Federal decidiu que são inconstitucionais as sanções políticas, conforme dispõe a Súmula nº 70 do STF que diz que é “inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”, bem como a Súmula nº 323 que menciona que “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo”, e a Súmula nº 547 que estabelece que “não é ilícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.”

Importante ressaltar que, o art. 18 do Decreto-lei nº 157/67 estabeleceu que se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, isto porque, a consumação dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/90, que são considerados materiais ou de resultado, depende do lançamento definitivo do crédito tributário.

Assim, a ausência do lançamento do crédito fiscal pela Administração Pública, em virtude da fluência do prazo decadencial, verificado pelo transcurso de mais de cinco anos do fato gerador do tributo (art. 150, parágrafo 4º, do CTN), obsta condenação pela prática do delito de sonegação fiscal.

Finalmente, a terceira modalidade de economia fiscal possível de ser adotada pelo contribuinte é a chamada “elisão fiscal”. A doutrina tem há muito tempo debatido sobre os conceitos de *elisão*<sup>62</sup> e *evasão*<sup>63</sup> para aplicá-los ao planejamento

<sup>62</sup> “Elisão”, advinda do latim *elisione*, significa “ato ou efeito de elidir”, “eliminação, supressão”. A elisão fiscal, portanto, é a redução tributária legal, lícita, pois a mesma elide o surgimento do fato jurídico tributário, eliminando a ocorrência do respectivo fato gerador; ou ainda, reduz o impacto tributário (PEIXOTO, Marcelo Magalhães. “Considerações sobre o Planejamento Tributário”. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Planejamento Tributário*. São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 73).

<sup>63</sup> “Evasão”, cuja etimologia remete ao latim *evasio*, significa “ato de evadir-se”, “fuga”. Assim, a expressão “evasão fiscal” trata de uma forma de não-pagamento do tributo, após ocorrido o fato

tributário (lícito), o que demonstra a suma importância de tais definições para a análise do presente trabalho. Segundo preconizou Sousa haveria

“um roteiro simples e seguro para aplicar a solução a cada caso concreto: (a) se os atos praticados desde que, como foi dito, sejam objetivamente lícitos, são anteriores à ocorrência do fato gerador, a hipótese é de elisão; ao contrário: (b) se os atos praticados, ainda que objetivamente lícitos, são posteriores à ocorrência do fato gerador, a hipótese é de evasão, ou seja, o resultado (obtido ou não) de evitar, reduzir ou diferir o imposto, ainda que por atos objetivamente lícitos, será ilegítimo”<sup>64</sup>.

Nesse aspecto, a elisão tributária seria entendida como o planejamento tributário lícito, realizado pelo contribuinte, em que o não-pagamento do tributo decorre de inoção do fato previsto como hipótese de incidência do tributo objeto do planejamento<sup>65</sup>.

Todavia, com o desenvolvimento do planejamento tributário mais agressivo, emergiu um novo conceito que, somado ao conceito de evasão e elisão fiscal, vem sendo propagado pela doutrina pátria nos últimos anos baseando-se, sobretudo, na doutrina estrangeira. Tal conceito é o de elusão<sup>66</sup> tributária ou fiscal que, segundo Tórres, seria o uso

“de negócios jurídicos atípicos ou indiretos desprovidos de ‘causa’ ou organizados como simulação ou fraude à lei, com a finalidade de evitar a incidência de norma tributária impositiva, enquadrar-se em regime fiscalmente mais favorável ou obter alguma vantagem fiscal específica”<sup>67</sup>.

No combate a essa terceira modalidade, isto é, elisão tributária, não há sanção lícita para o Estado, na medida em que o comportamento adotado pelo contribuinte não viola norma jurídica. Contudo, nos casos de elusão, a sanção têm sido a cobrança dos valores economizados, acrescidos de juros e multa punitiva.

A importância de identificar a modalidade de mitigação do impacto do tributo nos bens e serviços do contribuinte é de suma relevância para o Direito Tributário e para o Direito Penal. Contudo, para o Direito Econômico, isto é, para a caracterização da prática do preço predatório e ofensa à livre concorrência, a forma pela qual se reduziu o custo não é de nada relevante, conforme abordaremos em tópico próprio, mais adiante.

jurídico tributário (ou, como também chamado na doutrina e na legislação, *fato gerador*), neste caso, por meio de simulação, dolo ou fraude (PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Op. cit.*, p. 73).

<sup>64</sup> SOUSA, Rubens Gomes de. *Pareceres 3. Imposto de Renda*. Póstuma, São Paulo, Resenha Tributária, 1976.

<sup>65</sup> Sobre o tema imprescindível a leitura de DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. 2ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1977.

<sup>66</sup> Etimologicamente, “eludir”, do latim *eludere*, significa evitar ou esquivar-se com destreza; furtar-se com habilidade ou astúcia, ao poder ou influência de outrem. Elusivo é aquele que tende a escapar, que se mostra arisco, evasivo (TÓRRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado: Autonomia Privada, Simulação, Elisão Tributária*. São Paulo, RT, 2003, pp. 188-189).

<sup>67</sup> TÓRRES, Heleno. *Op. cit.*, pp. 188-189.

### VIII. As Manifestações do Cade sobre Mitigação do Custo Tributário por Sonegação Fiscal

Em processo administrativo em que a Sociedade dos Mineradores de Areia no Rio Jacuí Ltda. - “Smarja”<sup>68</sup> era parte representada, o Cade foi chamado para se manifestar sobre a acusação de prática de sonegação fiscal por meio de pessoas jurídicas ligadas a seus sócios, para redução do preço praticado ao consumidor final. A Smarja estava sendo, portanto, acusada por conluio com as empresas dos sócios, sonegação fiscal e prática de preços predatórios.

Neste caso, diante da evidente incompetência para julgar questões de ordem tributária e penal, o Cade terminou por votar pela inexistência de tal infração, bem como pela remessa dos autos ao Ministério Público para apuração de crime de conluio. No entanto, afirmou em sua decisão que o não cumprimento da legislação tributária constitui verdadeira concorrência desleal, conforme se observa:

“Referimo-nos à alegação de que a Smarja *estaria praticando sonegação fiscal*, em benefício exclusivo das empresas ligadas a seus sócios. Tal sonegação, desta forma, estaria sendo usada como instrumento para a viabilização de uma melhor oferta de preços ao consumidor final. Trata-se de conduta que, obviamente, viola o direito à concorrência por via reflexa, posto que alcança melhores preços mediante burla à legislação tributária e constitui, além de crime contra a ordem tributária, verdadeira prática de concorrência desleal.”

Em outro caso, desta vez envolvendo cooperativas<sup>69</sup>, o Cade foi provocado a emitir juízo sobre a utilização indevida dos benefícios fiscais por parte dos cooperados para prática de preços abaixo do mercado. Neste caso, como o mercado era pulverizado e a cooperativa não possuía participação relevante no mercado, a decisão foi no sentido da inexistência de possibilidade da redução de custos (supostamente decorrente do não recolhimento de impostos e não cumprimento de deveres instrumentais, também chamados de *compliance costs*) ocasionar algum dos efeitos previstos no art. 20 da Lei nº 8.884/94. O caso foi decidido com base na “inexistência de efeito anticoncorrencial”.

Esses dois precedentes administrativos demonstram claramente que, nas hipóteses de suposta prática de preço predatório, em que o preço se encontra acima dos custos, mas os custos são incompreensivelmente baixos, há grande probabilidade de uma redução artificial e, portanto, ilegal desses custos ser a causa do preço predatório. Contudo, não cabe ao Cade se manifestar sobre a existência de sonegação fiscal nesses casos, por patente incompetência deste órgão.

Já é notório que o Direito Tributário é um direito de *superposição*, isto é, a lei tributária, na maioria das vezes, utiliza-se de fatos já qualificados por outros ramos do Direito para que o fenômeno da incidência se efetive. Um exemplo deveras conhecido é o de “imposto sobre a propriedade”, o qual se deve socorrer da definição do vocábulo “propriedade” no Direito Civil para sua legítima incidência.

<sup>68</sup> Processo Administrativo nº 08012.000208/99-79, pp. 1.453-1.454, *apud* TAVARES, Daniela Diniz. *Op. cit.*, p. 186.

<sup>69</sup> Processo Administrativo nº 08012.007818/98-77.

Contudo, como muito bem salienta Carrazza<sup>70</sup>, no chamado Direito Penal Tributário, a sistemática é precisamente inversa, isto é, a lei penal necessita da prévia qualificação do Direito Tributário para incidir, sendo o ilícito penal tributário condicionado à tipicidade tributária. Em outras palavras, significa que a Lei penal não incide diretamente sobre comportamentos ou fatos, mas sim sobre comportamentos ou fatos regulados, anteriormente, pelo Direito Tributário. A subsunção tributária precede a subsunção penal, sendo aquela Lei de *subposição* desta, e não de superposição.

Portanto, para a prática do ilícito ser tipificada como sonegação fiscal, a mesma só pode ser assim considerada após esgotamento da esfera administrativa tributária sem pagamento do tributo, conforme jurisprudência cediça nos tribunais brasileiros<sup>71</sup>.

No que concerne à sonegação fiscal é interessante ressaltar a extinção da punibilidade se o pagamento do tributo objeto do ilícito for feito antes de iniciado o procedimento administrativo para a cobrança do débito, conforme veio a dispor o art. 34 da Lei nº 9.249/95<sup>72</sup>. Não somente antes do início do procedimento administrativo, bem como também não pode ser iniciada ação penal baseada em sonegação fiscal sem antes, na esfera administrativa, ser apurado mediante trânsito em julgado da decisão administrativa competente, que de fato existiu o débito tributário.

Nesse ponto, andou bem o Cade em apenas supor a existência de sonegação fiscal sem, contudo, afirmar sua existência nos casos julgados.

### **IX. Indiferença da Forma de Mitigação do Custo Tributário para a Caracterização do Preço Predatório**

A hipótese em que se o Cade poderá utilizar o argumento de que a sonegação fiscal ou o não-pagamento de tributo por livre e espontânea vontade serviu para a composição de preço predatório no mercado somente deve ser aceita no caso de já existir o débito inscrito em dívida ativa antes de iniciado processo administrativo junto a este órgão. Ademais, deve haver identidade entre período em que se alega a prática de preços predatórios e o período em que se verificou ter ocorrido tal inadimplemento.

Isto porque, o Cade não pode embasar a alegação de inadimplemento da obrigação tributária (*lato sensu*), que enseja sanções por parte do Estado, tais como já apontadas, em meros indícios<sup>73</sup> ou presunções<sup>74</sup>. Compete ao Cade simplesmente

<sup>70</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. "ICMS - O Delito Capitulado no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90. Problemas Conexos. Cadernos de Direito Tributário". *Revista de Direito Tributário* nº 66. São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 65-66.

<sup>71</sup> Vide, entre diversos julgados, HC 69.998/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26.06.07, *DJ* 06.08.07 p. 701; e RHC 16.738/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06.09.05, *DJ* 03.10.05 p. 285.

<sup>72</sup> "Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

<sup>73</sup> "Sob o prisma da certeza ou convencimento, o indício nunca leva a uma conclusão absolutamente segura. De fato, a mais alta probabilidade de certeza não exclui possa haver o erro (...) Por isso, é

apontar se o preço praticado pelo agente econômico está de acordo com os custos envolvidos em tal bem ou serviço. O motivo de tal redução de custos não só é irrelevante para fins de Direito Econômico e aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.884/94, como se decorrentes de inadimplemento tributário, também não é de competência desse órgão.

É dizer que qualquer manifestação do Cade sobre o motivo fiscal que ensejou a prática de preço predatório, não é meio hábil e suficiente de prova para qualquer exigência de suposto crédito fiscal, sendo necessário que os procedimentos previstos no CTN e na LEF sejam devidamente seguidos, notadamente preexistência de regular lançamento tributário, inscrição em dívida ativa e posterior execução fiscal dentro do prazo de cinco anos do lançamento tributário.

Deve-se lembrar que ao Poder Público não cabe fazer alegações que imputem em sanções ao cidadão desde que não estejam as mesmas devidamente motivadas, juridicamente, e comprovadas sob o ponto de vista probatório. Dessa forma, as alegações de inadimplemento tributário *lato sensu* devem ser devidamente comprovadas, inclusive sob pena de eventual responsabilização deste órgão por danos morais em face de dano decorrente de alegações posteriormente verificadas como não verídicas, eventualmente sofridos inclusive por pessoa jurídica<sup>75</sup>.

Como se percebe, para fins de condenação por prática de ilícito econômico, é indiferente que o custo tenha sido artificialmente reduzido por força de sonegação fiscal (ilícito penal), mero não pagamento de tributos (e não-cumprimento de deveres instrumentais), elusão fiscal ou mesmo planejamento tributário lícito (elisão tributária).

A condenação por prática de preço predatório junto ao Cade independe do fato de ter havido ou não ilícito tributário ou penal, mas apenas da verificação de prática de preço economicamente inferior ao custo de sua produção. Por exemplo, a prática de preços predatórios em face de descumprimento de contrato de trabalho ou descumprimento de obrigação comercial com fornecedores seria suficiente para demonstrar que, ao praticar preço abaixo do custo fixo o preço seria, ainda que potencialmente, predatório e, portanto, sujeito à punição administrativa imposta pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - Seae, caso tal prática tendesse a atingir algum dos objetivos repelidos no *caput* do art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Em outras palavras, a condenação por prática de preço predatório no mercado independe do fator mitigador do custo. Esse fator pode ser de natureza fiscal, trabalhista, civil, comercial etc. O que importa, para a caracterização de tal infração, é que a mitigação dos custos repercute de tal forma na composição do preço

próprio do indício não concluir certamente, mas apenas inferir, conjecturar. Ele sempre deixa no ar um clima de incerteza.” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 417)

<sup>74</sup> “A presunção é figura da metodologia exegética que permite, nas suas duas modalidades, em face de determinados comportamentos conhecidos, seja considerado ocorrido comportamento final desconhecido. Se a lei determinar que tal processo de condução hermenêutica não admite prova em contrário, será absoluta. Se não, será relativa.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Presunções no Direito Tributário”. *Caderno de Pesquisas Tributárias* nº 9, São Paulo: Resenha Tributária, 1984, p. 42).

<sup>75</sup> Súmula do STJ nº 227 - “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

praticado pelo agente econômico como sendo abaixo do custo de tal mercadoria ou serviço e que tal prática almeje 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; ou iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

## X. Conclusão

Restou comprovado que a livre concorrência, enquanto verdadeiro valor constitucional, não é ilimitada. Por essa razão, o Estado estipulou também determinados princípios-limites que servem como verdadeiras regulações para a busca de tal valor. Assim, o estabelecimento do preço a ser praticado no mercado nacional não está ao livre alvedrio do industrial ou empresário, mas sim, deve guardar consonância com o preço “normal”, a ser determinado pelo próprio livre mercado.

Quando estamos diante de preço abaixo do custo do agente econômico, seja preço de mercadoria ou de serviço, preço esse que viola a livre concorrência e prejudica esse livre mercado, estamos tratando do chamado “preço predatório”.

Uma vez que a tributação influencia diretamente nos custos de produção, resta claro que a mitigação desse oneroso componente na precificação do produto ou do serviço influenciará diretamente o mercado.

Nesse sentido, qualquer das modalidades de mitigação do custo tributário, notadamente o inadimplemento declarado (mero não-pagamento), a sonegação fiscal (evasão) ou o planejamento tributário lícito (elisão) ou abusivo (elusão), será verdadeiro fator de redução desse custo, sendo desnecessário saber qual dessas modalidades ensejou tal redução na formação do preço predatório. O que importa, no campo do direito econômico, é o resultado produzido por tal prática, e não a razão pela qual se obteve tal resultado.

Importa mencionar que, para fins de condenação por infração à ordem econômica, o Cade não possui competência para se manifestar sobre eventual inadimplemento tributário *lato sensu*, ou seja, não cabe a este órgão alegar descumprimento de obrigação tributária, salvo nos casos em que existam provas lícitas para embasar tal alegação. Poderá fazê-lo desde que, e somente se, existir decisão transitada em julgado que assim ateste. Se a alegação de prática de inadimplemento tributário for mero indício ou presunção, a pessoa jurídica poderá, inclusive, pleitear na justiça dano moral à reputação da empresa, desde que haja de fato dano.

Portanto, resta consagrado em nosso ordenamento jurídico que a condenação por infração à ordem econômica por prática de preço predatório independe de qualquer aspecto fiscal, seja ele qual for. Apenas é necessário que, somada à constatação de prática de preço inferior ao custo incorrido pelo agente econômico, mais um requisito esteja presente, qual seja: que tal prática predatória tenha por escopo a potencial ou efetiva lesão à livre iniciativa e à livre concorrência, princípios constitucionalmente consagrados pela Carta Política de 1988, demonstrando a importância de tais valores no Direito brasileiro.