

A Interferência de Condutas Tributárias na Concorrência: O Caso dos Concentrados para Refrigerantes Produzidos na Zona Franca de Manaus

Alecia Barros^{a,†}

^aInstituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brazil • [†]Autor correspondente: aleciabarros@gmail.com

INFORMAÇÕES DO ARTIGO

Palavras-chave:

Infrações à ordem econômica
Infrações tributárias
Zona Franca de Manaus
Mercado de refrigerantes
Mapeamento de processos

RESUMO

A temática sobre tributação e concorrência se torna cada vez mais recorrente. Ocorre que, nem sempre o problema concorrencial decorre das políticas públicas tributárias, existem causas diversas como o comportamento dos agentes econômicos envolvidos. Nesse sentido, o trabalho investiga a possibilidade das infrações tributárias adotadas pelas indústrias de refrigerantes beneficiárias de incentivos fiscais provenientes da ZFM prejudicarem não só o erário, mas também a livre concorrência. A abordagem utilizada foi o método de rastreamento de processos, que através de pesquisa documental examinou manifestações do Carf quanto às infrações tributárias, além de ter buscado uma equivalência com práticas anticompetitivas mediante os princípios da atividade econômica. Conclui-se que há evidências suficientes de que as práticas tributárias possam ser enquadradas como infrações antitruste, merecendo apreciação das entidades do SBDC. Os resultados da pesquisa contribuem para a literatura, formuladores de políticas públicas tributárias e concorrenciais, além de especialistas nessas áreas.

1. Introdução

Em 1967 foi criada a Zona Franca de Manaus (ZFM), uma política pública de desenvolvimento regional no Brasil com o objetivo povoar a Amazônia brasileira e promover crescimento econômico local por meio de incentivos fiscais especiais ao setor fabril com intuito de substituir importações (Possebom, 2017).

Para fazer jus aos incentivos, as indústrias devem apresentar Projeto Técnico-Econômico (PTE) junto à Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa), autarquia que administra a ZFM, para aprovação. O PTE indica as expectativas de produção para determinado bem, amparando-se nas especificações técnicas do produto para atendimento do Processo Produtivo Básico (PPB); além de adotar a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) que distinguirá as alíquotas tributárias do bem industrializado (Sena and Magno, 2022). Os autores evidenciam que é no PPB, fixado por Portaria Interministerial, que se encontram as contrapartidas para usufruto da isenção/redução tributária.

Por meio da política de atração de investimentos, as maiores indústrias de refrigerantes alteram seu planejamento tributário e transferem suas plantas produtivas de concentrados, insumo básico na produção de refrigerantes, para a Região Amazônica em busca de redução de sua carga tributária.

Seguindo a cadeia produtiva desse setor, as engarrafadoras adquirem esses concentrados com isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e recebem como crédito presumido o equivalente à alíquota em vigor desse tributo sobre o preço pago na aquisição. Desta forma, a ZFM apresenta uma natureza singular, onde quanto maior é a alíquota do IPI, maiores serão os ganhos das indústrias de refrigerantes ali localizadas, além da isenção do imposto.

O ponto inicial da investigação partiu da observação de relatórios da Receita Federal do Brasil (RFB) indicando que fabricantes de concentrados não cumpriam duas contrapartidas para usufruto do incentivo. A primeira condição descumprida se tratava da classificação dos concentrados para refrigerantes que dão origem ao crédito. A prática adotada pelas indústrias consistia em comercializar insumos menos completos, os quais a maioria eram isentos e não continham as características necessárias para compor as mercadorias classificadas como concentrados, conforme a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI). A segunda condição não realizada refere-se à ausência de extrato vegetal regional durante o processo de elaboração dos insumos que geram créditos do imposto.

Ademais, a RFB identificou como planejamento tributário abusivo o comportamento dos mesmos fabricantes ao inflacionar o preço dos concentrados, a fim de dissimular componentes do preço do produto comercializado aos engarrafadores.

Em vista disso, o estudo busca investigar a possibilidade de ilícitos tributários praticados pelas indústrias de refrigerantes acarretarem infrações à ordem econômica. Não se pretende questionar os legítimos incentivos concedidos na ZFM ou julgar as práticas tributárias apresentadas; o objetivo em questão limita-se a demonstrar que, por vezes, condutas tributárias interferem na concorrência provocando desequilíbrios econômicos.

A interação entre tributação e concorrência ainda é pouco explorada e, gradativamente, vem ganhando espaço não só na seara antitruste, como também nas discussões jurídicas, legislativas e acadêmicas. Nesse sentido, os resultados

encontrados contribuem para a literatura científica que investiga condutas anticompetitivas e para o desenho e avaliação de políticas públicas ao possibilitar melhor compreensão dos procedimentos a serem adotados em casos de investigação de práticas tributárias que possam levar a condutas anticompetitivas.

O presente trabalho está estruturado em mais quatro seções, além desta introdução. A segunda seção é destinada ao referencial teórico, onde será contextualizado o mercado de refrigerantes, o modelo Zona Franca de Manaus e o cenário da isenção do IPI na ZFM. A terceira seção aborda o enquadramento metodológico utilizado na pesquisa. Os resultados são apresentados na quarta seção, em que são apresentadas a estrutura do mercado relevante de refrigerantes; as manifestações do Carf em relação ao não cumprimento dos requisitos legalmente previstos para a apropriação dos créditos do IPI ao adquirir concentrados provenientes da ZFM. Em seguida, busca-se correspondência entre os ilícitos tributários e possíveis condutas anticoncorrenciais por meio das proposições que constituem infrações à ordem econômica segundo a Lei de Defesa da Concorrência (LDC). Por fim, a quinta seção conclui demonstrando os possíveis efeitos na sociedade derivados do comportamento dos industriais, bem como as considerações finais do trabalho.

2. Referencial Teórico

O Brasil é um dos maiores produtores mundiais no mercado de refrigerantes. [Gonçalves \(2012\)](#) apresenta que na década de 80, o mercado de refrigerantes era formado por aproximadamente 150 empresas. O setor era caracterizado por uma concorrência não tão acirrada e com fabricantes de refrigerantes regionais sem participação significativa no mercado nacional.

A partir dos anos 90, com o advento de uma embalagem plástica flexível, um novo padrão de concorrência foi estabelecido na indústria de refrigerantes. O polietileno tereftalato (PET), componente básico das embalagens, é um material reciclável, de custo relativamente baixo, permitindo uma drástica redução do capital de giro das empresas, assim diminuindo o montante mínimo de investimento necessário para instalação de uma linha de produção ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 1999](#)). Além disso, os custos logísticos decorrentes da eliminação de atividades de transporte de retorno e estocagem das embalagens de vidro utilizadas à época também foram reduzidos; por conseguinte, através da redução dos custos operacionais os pequenos industriais puderam aumentar suas participações de mercado em 344,4% entre os anos de 1988 a 1999 ([Santos and Azevedo, 2000](#)).

Compreendendo a desconcentração do mercado e os incentivos fiscais oferecidos às empresas instaladas na ZFM, as grandes indústrias de refrigerantes identificaram a possibilidade de industrializar na região a produção de sua principal matéria-prima, o concentrado, alterando assim seu planejamento tributário. Nos ensinamentos de [Schoueri \(2010\)](#), o planejamento tributário pressupõe que o contribuinte, ao estruturar seu negócio, busca economia fiscal, intencionando evitar, minimizar, ou retardar a incidência de tributos ou fruir de benefícios fiscais que reduzam a carga tributária. Em síntese, o exercício do planejamento tributário trata-se de elisão fiscal, em outros termos, economia lícita de tributos.

Ressalta-se que durante a década de 90 foi instalada a Recofarma na Zona Franca de Manaus, atualmente a terceira maior fábrica de concentrados da Coca-Cola no mundo. Essa indústria produz aproximadamente 50 mil toneladas do insumo por ano, gerando mais de 12 bilhões de litros de refrigerantes para o Brasil e a América Latina ([Coca-Cola Brasil, 2021](#)).

A ZFM engloba três polos econômicos: comercial, agropecuário e industrial ([Cardoso Júnior and Rey, 2019](#)). De forma sintética, os autores apresentam que o PIM oferece incentivos federais e estaduais administrados por três entidades diferentes. A Suframa administra a isenção do IPI; a concessão da redução de até 88% do Imposto de Importação sobre os insumos destinados à industrialização; isenções para contribuições federais em operações internas na ZFM; além de incentivos à Lei de Informática na ZFM. Por sua vez, a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia administra a concessão da redução de 75% do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e, por fim, o Governo do Amazonas concede a redução de 55% a 100% sobre o ICMS para empresas constituídas no PIM.

O IPI geralmente é utilizado nas políticas de extrafiscalidade, uma vez que é um imposto destinado às necessidades da produção industrial e, consequentemente, opera como agente de intervenção na economia e na livre concorrência ([Coêlho, 2016](#)). Conforme apresentado por [Machado \(2001\)](#), as alíquotas do IPI devem estar voltadas às necessidades do consumidor final, ou seja, quanto mais supérfluo for considerado determinado produto, maior será sua alíquota. Outra característica relevante apresentada pelo autor é a exigência da não cumulatividade do imposto por toda sua cadeia produtiva, impossibilitando assim que sua incidência plurifásica majore em demasia o valor final do bem industrializado. A não cumulatividade move-se pela utilização dos créditos relativos ao IPI cobrado na etapa anterior sobre os insumos, quais sejam, matéria-prima, produtos intermediários ou materiais de embalagens no processo produtivo do bem industrializado. Destaca-se que a fruição de uma isenção deve ser condicionada a uma contraprestação por parte do beneficiário, seja um ônus ou uma contrapartida ativamente exigida, cabendo ao favorecido validar se é ou não interessante executar tais pressupostos para gozar da benesse ([Carvalho, 2021](#)).

O Decreto-Lei n.º 1.435/1975 assinado por Ernesto Geisel estabelece que ficam isentos do IPI os produtos elaborados com matérias-primas agrícolas e extrativas vegetais de produção regional, produzidos por estabelecimentos industriais cujos projetos tenham sido aprovados pela Suframa. Os produtos gerarão crédito do IPI, calculado como se devido fosse, sempre que empregados como matérias-primas, produtos intermediários ou materiais de embalagem na industrialização, em qualquer ponto do território nacional, de produtos sujeitos ao pagamento do referido imposto.

Com igualdade, os concentrados produzidos na ZFM são isentos em razão do critério territorial da hipótese de incidência e possuem direito ao crédito de não cumulatividade que é calculado pela aplicação da alíquota correspondente a sua classificação fiscal (equivalente a 20% até abril de 2018), como se devido fosse.

Como condição para o usufruto dos incentivos oferecidos pela ZFM, as indústrias têm de possuir um projeto produtivo básico para cada produto fabricado na região. [Domingues and Lochagin \(2017\)](#) explicam que o PPB é um conjunto mínimo de operações que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto. As etapas e diretrizes do PPB são estabelecidas por meio de Portarias Interministeriais entre o Ministério da Economia e o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações.

A Suframa reconhece como matéria-prima regional aquela que seja resultante de extração, coleta, cultivo ou criação animal na região da Amazônia Ocidental (AMOC) e esquadriha os critérios para o reconhecimento da predominância de matéria-prima de origem regional que devem atender pelo menos um dos seguintes atributos: volume; quantidade; peso; ou importância, tendo em vista a utilização no produto final. Caso não sejam satisfeitas as exigências que condicionam a isenção, o imposto tornar-se-á exigível, acrescido de multa e juros.

Em seus planos de fiscalização, a RFB ([Secretaria Especial da Receita Federal, 2020, 2019, 2018, 2017](#)) apresenta que fabricantes de refrigerantes na ZFM por vezes não cumprem duas contrapartidas para a utilização do incentivo e, desta maneira, aproveitam-se indevidamente dos créditos presumidos do IPI. A primeira refere-se à classificação dos insumos que dão origem aos créditos do IPI. Segundo a classificação na TIPI ([Receita Federal do Brasil, 2022](#)), os concentrados são preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados) para elaboração de refrigerantes, com capacidade de diluição superior a 10 partes da bebida para cada parte do concentrado. A prática adotada pelas indústrias consistia em comercializar insumos menos completos, os quais não contêm todos os extratos e aditivos que devem compor as mercadorias classificadas como concentrados. A segunda contrapartida não obedecida consiste na ausência de emprego direto de extrato vegetal regional durante o processo de elaboração dos insumos que geram os créditos incentivados.

Nos mesmos relatórios, a RFB identifica como planejamento tributário abusivo a prática de aumentar artificialmente os concentrados de bebidas, contabilizados pelos fabricantes dos concentrados como vendas de produtos, com o propósito de dissimular royalties e colaborações financeiras de marketing, elementos relevantes que constituem o preço da matéria-prima comercializada aos engarrafadores. O órgão fiscal conclui que o comportamento das indústrias desse setor traz prejuízos não só à fazenda pública, como também ao ambiente concorrencial.

A política da concorrência é essencial para o desenvolvimento econômico, resumida como sendo a reunião de medidas estipuladas pelo Estado com o fim de escudar a competitividade entre os entes e desincentivando práticas que possam prejudicar a livre concorrência e, com isso, manter e até mesmo aumentar a produtividade no mercado ([Pondé et al., 1997](#)).

Como referência, a LDC preceitua o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sistematizando os órgãos de controle, quais sejam o Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Atribui-se ao Cade a incumbência de caucionar a livre concorrência, e que, além de exercer a tarefa repressiva e preventiva de condutas lesivas no âmbito concorrencial, traduz em suas decisões o caráter educativo do órgão. Em se tratando da defesa da livre concorrência, tem-se que o intento do poder de intervenção do Estado está correlacionado com a imprescindibilidade de se coibir e evitar condutas que atinjam a ordem econômica, sendo descritas na LDC, debruçada sobre valores fundamentais, tais como a livre iniciativa e a livre concorrência.

A SEAE, por sua vez, é um órgão de assessoramento que visa promover a concorrência em órgãos públicos, sobretudo produzindo estudos que indiquem as condições concorrenciais no país, além de sugerir a revisão de leis, bem como regulamentos que possam produzir efeitos negativos à concorrência no país.

No âmbito do controle repressivo, as práticas antitruste são convencionalmente caracterizadas segundo suas principais manifestações: (i) acordos, que podem ser horizontais ou verticais; (ii) concentrações; e (iii) abuso de posição dominante. Segundo a legislação antitruste, não importa a forma de como se confere o ato examinado, dado que se limita a determinar a vedação de atos, sendo estes sob qualquer forma manifestados. Para que seja concebido como contrário à ordem econômica, basta que vise ou acarrete um entre os seguintes resultados tipificados na LDC: (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.

[Forgioni \(2020\)](#) sintetiza que nem toda restrição à livre iniciativa ou à livre concorrência se classifica como domínio de mercado ou abuso de posição dominante, contudo não há domínio de mercado ou abuso de posição dominante sem restrição a esses princípios ou que dê lugar a aumento arbitrário de lucros.

Para o cálculo do poder econômico, faz-se necessário estimar as participações de mercado das empresas envolvidas na análise. Em seguida, pode-se aplicar alguns indicadores de concentração do mercado; os índices mais usualmente empregados são: os índices “Ci” e o Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) ([Pavic et al., 2016](#)).

A razão de concentração “Ci” mede a participação percentual das “i” maiores empresas no mercado relevante. Por sua vez, o IHH é calculado pela soma dos quadrados das participações de mercado de cada uma das firmas da indústria, levando em consideração o tamanho relativo e a distribuição das firmas no mercado. O índice se aproxima de zero quando o mercado é fragmentado e pode chegar até 10.000 pontos, valor no qual há um monopólio ([Pavic et al., 2016](#)). O índice demonstra que os mercados são: (i) não concentrados quando o IHH estiver abaixo de 1.500 pontos; (ii) moderadamente concentrado quando o índice estiver entre 1.500 e 2.500 pontos; e (iii) altamente concentrados quando o IHH medir acima de 2.500 ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016b](#)).

No que concerne às infrações à ordem econômica propriamente ditas, [Salop \(2006\)](#) desenvolve duas categorias de condutas anticompetitivas, sendo de colusão e de exclusão. Da mesma forma [Baker \(2010\)](#) infere que a chamada conduta de colusão influencia de forma direta a concorrência, implicando em ações sistemáticas que propagam comportamentos entre os concorrentes em um mesmo mercado, fazendo com que repitam a mesma conduta de um monopolista, sendo

a tática mais comum consistente em aumentar os valores e restringir as ofertas aos consumidores. Uma amostra fiel é a tática dos cartéis de fixação de preços. Relativamente à conduta de exclusão, neste sistema os custos dos rivais são elevados com o intuito de dificultar o acesso a insumos fundamentais ou restringir o acesso aos centros de distribuição. A influência gerada com o efeito da exclusão pode partir de atos unilaterais ou multilaterais, considerando que os efeitos serão indiretos independente da forma. Em harmonia, [Motta and de Streel \(2003\)](#) externalizam que ambas as categorias de condutas anticompetitivas possuem a capacidade de reforçar poder de mercado a um agente econômico ou seu grupo.

A análise da conduta tipificada como ilícito concorrencial é atestada colocando em atividade o mecanismo da regra *per se* ou a regra da razão; considerando que esta primeira gera redução de custos por sua aplicação não considerar o cenário, tampouco as condições em que se é praticada a conduta e, de maneira geral, averigua-se o objeto com presunção de injuridicidade. Por outro lado, a regra da razão é aplicada com a direta presunção de juridicidade, no sentido de que há ponderação sobre o que está elencado na legislação e o que demonstra a conduta, podendo ser discutido se houve ou não o dolo de causar prejuízos concorrenciais ([Amorim, 2017](#)).

Em rigor, não há que se falar em danos à concorrência se não houver evidências suficientes que manifestem o risco, potencial ou direto, de causar infrações à ordem econômica. Ao averiguar a legalidade da conduta, assim como o alcance de seus efeitos, é examinada a definição do referido mercado, tanto do ponto de vista geográfico quanto material, atendendo ao domínio que aquele agente exerce em tal mercado, sendo fator essencial para validar a legalidade de seus atos.

Assim, o presente trabalho busca contribuir com a literatura ao trazer evidências empíricas acerca de como tais práticas tributárias podem afetar a concorrência no mercado de refrigerantes.

3. Metodologia

A pesquisa teve como opção metodológica a técnica de mapeamento de processos, também conhecido como rastreamento de processo causal, *causal process tracing* (CPT). Esse procedimento surgiu como uma importante abordagem de inferência causal em pesquisas que empregam de alguma forma o estudo de caso ([Kay and Baker, 2015](#), *apud* [Bennett and Checkel, 2015](#)).

A utilização do CPT é bastante proveitosa no estudo de políticas públicas, podendo ser utilizado para a sua identificação e descrição, além de elaborar um único ou múltiplos caminhos pelos quais a política se sucede servindo-se de métricas e padrões disponíveis ([Kay and Baker, 2015](#)). As evidências possibilitam uma visão completa dos eventos; no caso em questão, as condutas tributárias descritas nos relatórios da Receita Federal ([Secretaria Especial da Receita Federal, 2017, 2018, 2019, 2020](#)) e de 68 julgados do Carf, estes no período de 2019 a 2021.

A seleção dos acórdãos do Carf baseou-se em pesquisa de jurisprudência no site do Conselho Fiscal, utilizando a ferramenta de pesquisa de acórdãos. Selecionou-se as recentes sessões de julgamento referentes aos anos de 2019, 2020 e 2021, um por vez, e buscou-se as seguintes palavras-chave: “ipi”, “concentrados para refrigerantes”, “kits” e “Zona Franca de Manaus”, sendo as palavras-chave selecionadas conjuntamente. Foi encontrado lista exaustiva contendo 68 processos que tratavam do tema (acórdãos do Carf utilizados no trabalho podem ser verificados no Anexo I). A partir dessas decisões, busca-se identificar as empresas que aproveitaram indevidamente os créditos do IPI decorrentes de aquisições realizadas em indústrias de concentrados para refrigerantes localizadas na ZFM.

Por sua vez, em relação à investigação de infrações à ordem econômica precedentes do Cade, foi consultado o site institucional do Cade, operando o painel estatístico Cade em Números no período de 2015 a 2021. O filtro utilizado sistematizou em uma planilha de Excel os seguintes dados: total de processos administrativos julgados, conduta, ano, mês, número do processo, representado e representante. Já em relação aos atos de concentração julgados pelo Cade, também se utilizou o painel Cade em Números no mesmo período referido anteriormente, porém o filtro utilizado contou com as informações a seguir: total de processos atos de concentração julgados, ano, mês, número do processo e requerente.

Para suprir a lacuna do período anterior a 2015, foi examinado no sítio Cade, Pesquisa Processual e no campo Pesquisa Livre rastreou-se pelos nomes dos principais concorrentes no mercado de refrigerantes: Ambev, Brasil Kirin, Coca-Cola, Heineken e Pepsi. Foram utilizados apenas os que possuíam encadeamento com o desenvolvimento do trabalho, como processos que versavam sobre definições da estrutura do mercado de refrigerantes; e investigações referentes a possíveis práticas anticoncorrenciais.

Apoiando-se nas evidências, será observado quais fatores podem ter aspecto de contribuição para a causalidade da temática em questão, ou seja, quais comportamentos tributários seriam capazes de distorcer o ambiente concorrencial. As variáveis apresentadas são os critérios básicos utilizados pelas autoridades antitruste brasileira na análise de condutas unilaterais, quais sejam: caracterização da conduta restritiva à concorrência; delimitação do mercado relevante; análise de posição dominante; análise das condições concorrenciais efetivas e potenciais; e avaliação dos potenciais danos anticoncorrenciais da conduta.

4. Resultados

4.1. Análise da estrutura do mercado de refrigerantes

Em precedente acerca do mercado de concentrados para bebidas, [Conselho Administrativo de Defesa Econômica \(2015\)](#) identificou que esse insumo encontra maior aplicação nos segmentos de refrigerantes e sucos. A preparação da bebida consiste na diluição dos extratos concentrados em água ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2015](#)).

O mercado de refrigerantes possui características de competição monopolística, compartilhando referências de competição e de monopólio ao mesmo tempo. Nesse setor há um grande número de empresas que produzem bens semelhantes, apresentando ligeiras diferenças e que são substitutos próximos entre si. A SEAE ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 1999](#)), ao analisar a criação da Ambev, acolheu os estudos da Comissão Federal de Comércio americana e da Comissão de Concorrência e Consumo da Austrália sobre a proposta de aquisição da Dr. Pepper pela Coca-Cola. Tais estudos indicaram a existência de uma baixa elasticidade-cruzada entre refrigerantes e outras bebidas como (água, sucos, leite, café) e alta elasticidade-cruzada entre refrigerantes carbonatados, indicando que quaisquer dos sabores de refrigerantes são bons substitutos entre si.

Santos and Azevedo (2000) entenderam ser pertinente a segmentação do mercado nacional de refrigerantes em dois grupos estratégicos distintos. O primeiro grupo é composto por empresas regionais, formando um grande número de pequenos e médios produtores que possuem uma reduzida parcela de mercado. A atuação dessas empresas estende-se sobre um público de menor renda e, em função disso, concorrem basicamente por preço. Integram esse grupo os fabricantes das chamadas tubaínas e sua representação é feita pela Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (Afrebras). O segundo grupo, por outro lado, consiste em um reduzido número de grandes empresas que detêm mais de 70% de participação de mercado, como Ambev, Coca-Cola e Heineken, sendo representados pela Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas não Alcoólicas (Abir). As empresas que compõem essa associação atuam em âmbito nacional e internacional, produzem em larga escala, possuem forte esquema de distribuição, investem altas quantias em propaganda e marketing para reforçarem o processo de diferenciação de produto e voltam-se a um público de maior renda.

Do mesmo modo, as comissões internacionais, no ato de concentração de criação da Ambev ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 1999](#)), indicaram a possibilidade de segmentação do mercado de refrigerantes em dois mercados distintos e depreenderam que seria possível que mesmo após pequenas oscilações de preço (de, por exemplo, 10%) os consumidores de refrigerantes mais conhecidos mantivessem a mesma demanda. Apesar de levar em consideração a possível divisão do mercado de refrigerantes, a SEAE ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 1999](#)) concluiu que este mercado deve ser delimitado como mercado único.

A definição corrente do mercado de refrigerantes pode ser notada no ato de concentração envolvendo a Coca-Cola e a Unilever ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016a](#)), em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica delimitou o mercado na dimensão produto como mercado de bebidas alcoólicas e não alcoólicas (carbonatadas ou não). Em alguns precedentes, o mercado foi segmentado de uma forma mais restrita, tais como refrigerantes, sucos, energéticos, entre outros.

No tocante ao mercado relevante geográfico, o Cade ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016a](#)) tem firmado o entendimento no sentido de que o transporte de bebidas seria economicamente viável somente em uma área compreendida em um raio de distância de 500 quilômetros a partir da localização das plantas produtivas. Por vezes, o Conselho também delimitou o mercado geográfico de produção de bebidas como nacional e como regional, conforme o alcance da rede de distribuição da operação ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019](#)).

No Processo Administrativo n.º 08012.003805/2004-10, o Cade definiu os canais de distribuição em canais de consumo, a seguir: bar (e.g. bares, restaurantes e discotecas), tradicional (e.g. padarias e mercearias) e autosserviço (e.g. supermercados e atacadistas). Ademais, foi tratado que as empresas fabricantes de bebidas necessitam realizar um maior investimento nos pontos de vendas dos canais bar e parte do tradicional, constituídos em gastos com merchandising e propaganda, envolvendo a oferta de freezers, refrigeradores, mesas, cadeiras etc.

Santos and Azevedo (2000) pontuam que a presença de economias de escala em propaganda e marketing, além de elevados custos logísticos conduzem a indústria de refrigerantes a uma estrutura multi-planta, auxiliando no escoamento da produção e contribuindo para reduzir os custos logísticos. À vista disso, é comum às grandes empresas do setor adotarem o sistema de franquias para agilizar o escoamento de sua produção.

No Ato de Concentração n.º 08700.001283/2021-64, em que se tratou do Grupo Coca-Cola e seu Sistema de Distribuição Coca-Cola, constatou-se que o gerenciamento da distribuição é considerado não convencional, porquanto não representa expressividade no tocante à administração, sendo que o grupo não possui o controle integral de nenhum dos fabricantes nacionais, operando principalmente no segmento de controle de qualidade e comercialização para o distribuidor e, conjuntamente, na produção de parabases para os líquidos. Sua notoriedade está atada à realização e prospecção do marketing; cabendo ao distribuidor tanto a fabricação quanto a venda do produto. Em 2021, no Brasil, o sistema de distribuição Coca-Cola integrava nove distribuidores divididos por territórios geográficos. Todos os distribuidores do Grupo Coca-Cola trabalham próximos aos seus clientes supermercados, mercearias, restaurantes, vendedores de rua, lojas de conveniência, cinemas e parques de diversão, entre outros, com a finalidade de executar estratégias locais desenvolvidas em parceria com o Grupo Coca-Cola. Além disso, cada distribuidor possui um território exclusivo para sua operação ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021](#)).

Embora não haja dados públicos da oferta no mercado de refrigerantes, é possível aventar de forma superficial as parcelas detidas pelos maiores agentes econômicos entre os anos de 1998 a 2015. No ano de 1998, Santos and Azevedo (2000) apresentaram que o mercado estava dividido da seguinte forma: Coca-Cola (47,7%); Brahma/Pepsi (13,1%); Antártica (11,9%); e demais empresas (27,3%). Em 2011, Gonçalves (2012) indicou as seguintes participações: Coca-Cola (56%); Ambev (17%); Schincariol (3%); e demais empresas (24%). Já em 2015, Associação dos Fabricantes de Bebidas no Brasil (2018) apresentou a seguinte divisão de mercado: Coca-Cola (61%); Ambev (19%); Heineken (7%); e empresas regionais (13%). Ressalta-se que não há conhecimento sobre as métricas adotadas para as estimativas descritas.

A partir dessa conjectura, pode-se mensurar o grau de concentração de mercado utilizando-se os índices Ci e IHH.

Tratando-se apenas do ano de 2015, o C3 seria de 93%. Em outros termos, o C3 reflete que Coca-Cola, Ambev e Heineken possuem 93% do mercado em relação ao total. Por sua vez, ao se calcular o IHH, tendo como referência também o ano de 2015, o mercado pode ser considerado extremamente concentrado, já que as três maiores competidoras contabilizaram 4.131 pontos. Mais uma vez, salienta-se que não há conhecimento sobre as *proxys* utilizadas nas publicações, o que torna os dados pouco robustos.

De maneira hipotética, as estimativas da estrutura da oferta, apresentadas no período de 1998 a 2015, indicam que as participações das maiores indústrias de refrigerantes mantiveram-se superiores ao patamar de 20%, percentual mínimo necessário para que se possa presumir possibilidade de exercício de posição dominante ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2022b](#)).

Ainda assim, essa condição não é suficiente para comprovação absoluta de posição dominante. Faz-se fundamental a observação de outras circunstâncias, como a análise da existência de barreiras à entrada de novos concorrentes e a análise de rivalidade entre as multinacionais e os demais produtores de refrigerantes.

Em relação à estrutura tecnológica de fabricação de refrigerantes, [Santos and Azevedo \(2000\)](#) afirmam que o processo é acessível aos pequenos produtores, viabilizando a fabricação de refrigerantes de qualidade a baixo custo. Da mesma maneira, os insumos básicos se apresentam como matérias-primas de custos não elevados, como água, açúcar, suco de frutas, extratos, acidulantes, ácido cítrico, xarope, corantes, entre outros.

Ao analisarem o mercado de refrigerantes, [Pindyck and Rubinfeld \(2013\)](#) e [Varian \(2021\)](#) deduziram que os consumidores veem a marca de cada empresa como algo distinto; logo, existe a necessidade permanente de apresentar algum grau de diferenciação em seus produtos que aparentemente são homogêneos.

[Attayde \(2021\)](#) aborda que o poder de portfólio pode provocar dois tipos de efeitos. O primeiro é a possibilidade de redução de custos de transação dos compradores quando ele negocia com uma empresa que possui diversos tipos de produtos e marcas, ao invés de vários pequenos fornecedores. O segundo é referente ao aumento da dificuldade de contestação de rivais, em especial, pequenos fabricantes e novos entrantes.

No Brasil, o Grupo Coca-Cola conta com uma linha de 260 produtos distribuídos em 25 marcas ([Coca-Cola Brasil, 2022](#)). Por sua vez, a Ambev detém robusto poder de portfólio reconhecido pela autoridade antitruste no mercado nacional de bebidas como um todo ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019](#)). Apesar de sua atividade principal ser o mercado de cervejas, a multinacional conta com marcas consolidadas como o Guaraná Antarctica e por intermédio da parceria com a PepsiCo, viabiliza maior vantagem competitiva via economias de escopo.

Em suma, a acessibilidade e os custos de entrada no processo de produção não demonstram serem elevados, seja na aquisição de insumos ou na tecnologia aplicada no processo. Entretanto, gastos com fixação da marca e capacidade de distribuição (promoção, publicidade e formação de rede de distribuidores) configuram-se como custos irrecuperáveis elevados.

A seguir serão analisadas evidências empíricas das infrações tributárias dos mais representativos agentes no mercado de refrigerantes e seus potenciais efeitos anticompetitivos.

4.2. Análise das potenciais condutas

No que concerne a relação entre concorrência e tributação, estas se incluem em um contexto de problemas concebidos em mercados relevantes de produtos, sujeitos a ampla incidência de sonegação de impostos, falsificação e adulteração de produtos e/ou utilização de instrumentos judiciais na forma de ostensiva litigância de má-fé, ou ainda a prática de planejamento tributário por meio de simulação, fraude à lei e abuso de direito ([Ferraz Júnior, 2006](#)).

[Silveira \(2011\)](#) sustenta que, para que o planejamento tributário seja válido, é fundamental que não haja abuso de direito, abuso de forma e fraude à lei. O autor apresenta em termos genéricos, parâmetros para comprovação ou não de atos ou negócios simulados, dentre eles: implementação operacional e a compatibilidade com os fins declarados; adoção de condições negociais de mercado, quando a operação se der entre partes relacionadas ou vinculadas; e verificação de propósito negocial, ou seja, a existência de razões outras que não meramente a economia de tributos.

Os autores [Carvalho and Mattiuzzo \(2021\)](#) corroboram com o entendimento de que há uma ligação intrínseca entre infrações de ordem tributária e de ordem concorrencial, indicando um padrão que, para que se possa relacionar um ilícito ao outro, tais condutas exigiriam contínua prática desleal; alta taxa de tributação acompanhada de lucro irrisório em determinado mercado; crescimento relevante da participação de mercado de tal empresa; correspondência entre a prática ardilosa e o aumento da participação de mercado; e, por fim, quando constatado dano fundado à concorrência.

Além das potenciais condutas descritas a seguir, convém mencionar que há comportamentos típicos em companhias de bebidas nos quais as autoridades antitruste enquadram como infrações à ordem econômica, tendo como exemplo, os acordos de exclusividade de vendas. Embora estes não sejam considerados ilícitos *per se*, necessitam ser vistos com cautela pela autoridade concorrencial por serem inclinados a: (i) provocar fechamento de mercado; (ii) aumentar barreiras à entrada; (iii) elevar os custos dos rivais ao restringir sua atuação naquele mercado ou relegá-los a fornecedores, distribuidores ou revendedores mais caros ou menos eficientes; e (iv) facilitar a coordenação de cartéis ([Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2022a](#)).

Nesse contexto, o estudo detalha as condutas tributárias e a possível correspondência com práticas restritivas à concorrência.

4.2.1. Não pagamento do IPI e aproveitamento de créditos tributários indevidos

A potencial infração à ordem econômica foi observada na decisão n.º 3402-009.784 do [Conselho Administrativo de Recursos Fiscais \(2021b\)](#), no julgamento de processo administrativo decorrente do auto de infração efetuado por ter sido considerada a apropriação pela Heineken BR Bebidas LTDA (HNK) de créditos indevidos do IPI provenientes da aquisição de concentrados não oriundos de matérias-primas agrícolas e extrativas vegetais produzidas na Amazônia Ocidental, quais sejam: corante caramelo, álcool neutro, álcool etílico hidratado, semente de guaraná e extrato de guaraná (2,4%); e extrato de semente de guaraná (30%) semente. O período de apuração ocorreu entre 02.2012 a 12.2014, para constituição de crédito tributário no valor total de R\$ 30.958.804,06, compondo-se do montante de R\$ 14.278.555,94, exigido a título de IPI, acrescido de R\$ 5.971.331,29, a título de juros de mora calculados até 01.2017, e R\$ 10.708.916,83, a título de multa proporcional ao valor do imposto.

No termo de verificação fiscal (TVF) lavrado pela RFB consta que o corante caramelo, álcool neutro e o álcool etílico hidratado são produzidos a partir do açúcar e sacarose, matérias-primas agrícolas extrativas vegetais. Todavia, não são insumos de produção regional.

A Fiscalização menciona que o corante caramelo, o álcool neutro e o álcool etílico hidratado adquiridos eram provenientes do estado de Mato Grosso, localizado fora da região incentivada. Na ocasião, a Autoridade Fiscal constatou que o corante caramelo foi obtido da indústria DD Williamson do Brasil Ltda. (DD Williamson), que, por sua vez, adquiriu quase todo o açúcar da Usinas Itamarati S/A, localizada no estado de Mato Grosso; já essa usina adquiriu a cana-de-açúcar de produtores rurais e de outras empresas também localizadas no mesmo estado. Em relação ao álcool neutro, a compra desse químico se deu através da empresa Magama Industrial Ltda, que obteve o álcool hidratado de uma destilaria, cujos principais fornecedores de bagaço de cana-de-açúcar também estavam localizados em Mato Grosso.

A HNK elaborou defesa e seus dois principais argumentos são elencados a seguir. A justificativa inicial defende que os insumos adquiridos contêm matérias-primas provenientes da AMOC; logo, faz jus à isenção e ao crédito presumido do IPI. Já na segunda contestação feita, a indústria entende que, independente do preenchimento de qualquer requisito, o direito deve ser preservado, sob pena de violar o princípio da não cumulatividade do imposto.

Em virtude da necessidade de correta apuração dos fatos, o Colegiado converteu o julgamento do recurso em diligência, requerendo comprovação da utilização do corante caramelo, álcool neutro e álcool etílico hidratado como matérias-primas na industrialização dos concentrados adquiridos pela HNK, listados a seguir: concentrado cola 1; concentrado cola 2; concentrado de laranja; concentrado de limão; concentrado de uva; concentrado de corante de uva; concentrado de maçã; e concentrado de citrus.

Como resultado, a Fiscalização afastou as glosas efetuadas sobre os créditos do IPI oriundos dos concentrados laranja, limão, uva, maçã, citrus e Cola 1 (foi atestado que o açúcar para compor este produto foi adquirido no Acre a partir de maio de 2013). Em relação aos concentrados Cola 1 (adquiridos antes de maio de 2013), Cola 2 e corante de uva, sequer foram contestados pela defesa; assim, o Carf decidiu por manter o impedimento da manutenção do crédito presumido pelo contribuinte. Sucedeu que o concentrado de guaraná, onde foram utilizados o extrato da semente da fruta, atendeu ao requisito.

No julgamento de processo administrativo do [Conselho Administrativo de Recursos Fiscais \(2021a\)](#) n.º 10880.734782/2019-98, em decorrência do auto de infração efetuado contra a Ambev, o fisco negou a apropriação de créditos incentivados ou fictos, calculados sobre os concentrados isentos adquiridos da indústria Arosuco Aromas e Sucos, indicando que somente é admitido o crédito se houver alíquota positiva do IPI para o insumo adquirido. A autuação não teve fundamento na falta de conferência da classificação fiscal adotada pela recorrente, assim como nenhuma multa regulamentar foi aplicada por não cumprimento desta exigência, mas tão somente a multa de ofício pelo não recolhimento do IPI devido. O período de apuração transcorreu nos meses de maio e junho de 2017 e não foram informados os valores contestados pela Ambev.

O fisco apresenta que os concentrados adquiridos pelas engarrafadoras autuadas se apresentavam em forma de kits constituídos de dois ou mais componentes, cada um embalado individualmente, cujo conteúdo pode ser líquido ou sólido, sem capacidade de diluição a nenhum componente para fabricação de refrigerantes, ou seja, não apresentam as características essenciais do xarope completo ou acabado conforme a TIPI. Desta forma, as matérias-primas e produtos intermediários só se tornam efetivamente uma preparação composta para a elaboração de bebidas após nova etapa de industrialização ocorrida no estabelecimento do adquirente.

O Conselho Fiscal interpreta que a elaboração do kit difere da produção do xarope. Por sua vez, o xarope difere do refrigerante, o produto final. Assim, faz-se necessário a distinção da classificação fiscal de cada item do kit, não adotando apenas uma, já que não se trata de um composto. O Carf sustenta que esse entendimento está em conformidade com o método internacional de classificação de mercadorias, o Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias. Ademais, o órgão também se apoia no juízo da Organização Mundial das Alfândegas (OMA) ao analisar a classificação fiscal de bens com características semelhantes às dos kits no mercado mundial de produção de bebidas. Nessa ocasião, a OMA decidiu que os componentes individuais de bases para fabricação de bebidas devem ser classificados separadamente. Com os componentes classificados de forma isolada, não há valor a ser aproveitado do imposto, já que a maior parte desses componentes é tributada à alíquota zero.

O Fisco ressalta que, sem embargo à autorização do projeto dada pela Suframa, é competência da RFB conferir se os produtos angariados estão em conformidade com a Nomenclatura Comum do Mercosul empregada na TIPI, bem como é responsável por verificar a conformidade dos créditos percebidos pelo contribuinte em sua apresentação fiscal.

O Carf salienta que a competência de conceder permissão para projetos de empresas que busquem gozar dos benefícios tributários é privativa da Suframa. Por seu turno, é competência da RFB conferir se os produtos angariados

estão em conformidade com a Nomenclatura Comum do Mercosul empregada na TIPI, bem como é responsável por verificar a conformidade dos créditos percebidos pelo contribuinte em sua apresentação fiscal.

Devido à limitação do trabalho, não se pode afirmar que há uma sistematização das operações das indústrias ao comercializar o insumo menos completo ao invés do concentrado ou da falta de conferência ao não observar a classificação fiscal na nota de entrada pelas engarrafadoras autuadas. Não obstante, pode-se aventar possível infração à ordem econômica como a recusa de fornecer ou recusa de negociar, conduta unilateral que ocorre quando um agente econômico está disposto a fornecer seu produto em circunstâncias que não são consideradas aceitáveis a outro agente.

Em sua obra, [Silveira \(2011\)](#) relaciona possíveis causas tributárias com infrações à ordem econômica. O autor interpreta que, ao determinar a prática de ato contrário à legislação tributária (sonegação fiscal) ou expor terceiros a risco por ação de responsabilização tributária em consequência do não recolhimento do tributo, mesmo quando amparado por causa suspensiva de exigibilidade, pode estar relacionada a conduta descrita na LDC, em seu art. 36, §3º, inciso 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”.

Por sua vez, a prática de condicionar a venda à aceitação de sonegação fiscal pode estar ligada ao art. 36, §3º, inciso XI, “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”; e inciso 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” da LDC ([Silveira, 2011](#)).

Ao observar o art. 36, §3º, da LDC, a recusa de fornecer também está suscetível aos enquadramentos de infrações à ordem econômica nos incisos 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”.

Embora não haja incentivos para fechamento de mercado, os concentrados são insumos essenciais na produção do refrigerante, assim, permitindo à indústria de concentrados, com poder econômico à montante, impor a seu agente à jusante condições comerciais injustificáveis.

Certo é que a conduta unilateral descrita se enquadra como ilícito tributário, tendo ainda o potencial de promover efeitos anticompetitivos. Por conseguinte, também merece ser analisada conjuntamente pelos órgãos de defesa da concorrência e pelos órgãos fiscais o abuso do direito de petição com fins anticompetitivos entendendo o encontro do direito de petição e do direito à livre concorrência, além de suas limitações.

4.2.2. Exercício abusivo de direito de petição

Na tese discorrida, foram apuradas 68 decisões do Carf somente no período de 2019 a 2021, que tratavam de recursos sobre os créditos de IPI apurados por indústrias do segmento de refrigerantes por incorreta classificação fiscal ou por falta de matéria-prima regional nos concentrados.

Ao apreciar o relatório referente ao ano de 2017, [Secretaria Especial da Receita Federal \(2018\)](#) divulgou que entre agosto de 2016 e janeiro de 2018, foram lavrados 45 autos de infração com valor total de R\$ 4,2 bilhões. Naquele momento, estavam em andamento 26 procedimentos de fiscalização do IPI em engarrafadoras de bebidas que adquirem os insumos na ZFM, sendo encerradas 45 diligências, enquanto outras 14 estavam em andamento.

Em se tratando dos resultados de 2018, [Secretaria Especial da Receita Federal \(2019\)](#) indicou que o valor lançado nos autos de infração lavrados em fabricantes de bebidas dispersos em todo o território nacional, resultantes da falta de direito a créditos incentivados e do erro de classificação fiscal, foi de R\$ 2,2 bilhões e, além disso, foram encerrados 22 procedimentos de fiscalização em fabricantes de bebidas.

Foi destacado que, desde 2016, o valor total lançado de ofício foi de R\$ 6,9 bilhões; foram encerrados 59 procedimentos de fiscalização com resultado em fabricantes de bebidas; e até o fim de 2017, foram favoráveis à Fazenda todos os julgamentos administrativos de primeira e de segunda instância que examinaram lançamentos de ofício decorrentes da glosa de créditos incentivados proveniente dos concentrados.

Na conclusão sobre o planejamento tributário abusivo no setor de bebidas, o relatório indica que, na alçada da Equipe Especial de Fiscalização, em 2018, encerraram-se fiscalizações com lançamentos de créditos tributários totalizando R\$ 5,8 bilhões.

Já nos resultados do ano de 2019, estavam em andamento 17 procedimentos de fiscalização, cujo objeto era a classificação dos kits de concentrados e glosa de valores inseridos como crédito da Zona Franca de Manaus, em estabelecimentos do setor de bebidas. No período referido, foram finalizadas 97 diligências e os resultados dos lançamentos do setor alcançaram o montante de R\$ 16,1 bilhões ([Secretaria Especial da Receita Federal, 2020](#)).

Por fim, o último relatório publicado pela Receita Federal com os resultados de 2020 ([Secretaria Especial da Receita Federal, 2021](#)) indicou que estavam em andamento 14 procedimentos de fiscalização em estabelecimentos do setor de bebidas e 5 procedimentos de diligência, com saldo de 19 fiscalizações encerradas e 11 diligências naquele ano. O resultado dos lançamentos desse segmento em 2020 alcançou a importância de R\$ 7,7 bilhões.

Pode-se sugerir que as ações descritas guardam semelhança com condutas anticoncorrenciais de abuso de direito de petição. [Eiras \(2019\)](#) apresenta que o abuso de procedimento judicial com a finalidade antitruste apresenta as seguintes

características: conduta consistente no exercício de direito de petição; lesão ou potencial lesão à concorrência como instituição; e nexo de causalidade entre o exercício de direito de petição e o dano ou dano potencial.

Embora o abuso de vias processuais não se mostre explicitamente na LDC, essa conduta pode ser enquadrada em seu art. 36, §3º, incisos 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”, e V “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

A Corte Europeia, ao tratar do caso seminal *Promedia e ITT*, considerou que, a princípio, a proposição do direito fundamental de acesso à petição não pode ser caracterizado como abuso, a menos que uma empresa em posição dominante interponha uma ação que não possa ser considerada como uma tentativa de estabelecer seus direitos e, portanto, só pode servir para assediar a parte contrária; além disso, essa ação deve ser concebida no âmbito de uma estratégia cujo objetivo seja eliminar a concorrência (*Lianos and Regibeau, 2017*).

Em precedentes, o Cade já reconheceu a possibilidade de condutas abusivas de direito de petição, avaliando alguns critérios, como a razoabilidade do direito invocado, a veracidade das informações, a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso do pedido (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003*).

Rememora-se que as empresas autuadas não teriam direito à isenção e ao crédito presumido do IPI por não ter havido utilização de matérias-primas regionais e pela incorreta classificação fiscal dos kits como um único produto. Nessa circunstância, somente o fato das empresas impetrarem recurso ao Carf solicitando direito ao benefício fiscal já poderia ser considerado como abuso de direito com potencial ofensivo. À vista disso, supõe-se que o intuito das indústrias é engajar-se no abuso das vias processuais em si para obter maiores retornos financeiros, ou seja, utilizar-se do processo para o alcance de um objetivo supostamente ilegal.

Nessa perspectiva, é possível que as práticas tributárias sejam congruentes com o abuso de direito de petição; e resta claro o nexo de causalidade ao observar os valores lançados pela RFB, impossibilitando, assim, que outros concorrentes possam competir em condições de igualdade.

4.2.3. Preços abusivos e/ou abuso de propriedade intelectual

Conforme já visto, a RFB (*Secretaria Especial da Receita Federal, 2017, 2018, 2019, 2020*) compreendeu como planejamento tributário abusivo a sobrevalorização acentuada dos preços dos concentrados de bebidas pelas indústrias localizadas na ZFM com o propósito de dissimular os seguintes elementos: royalties provenientes da permissão conferida aos fabricantes para uso da marca; e contribuições financeiras para uso em programas de marketing.

Associação dos Fabricantes de Bebidas no Brasil (2018) critica que o preço do concentrado produzido pelo PIM pode alcançar 45 vezes mais do que o preço médio do concentrado no restante do Brasil e que este tipo de feito não poderia ocorrer, uma vez que o custo de produção na ZFM é menor devido aos incentivos fiscais. A Associação avalia que o preço de venda do concentrado produzido no PIM pela Ambev, Brasil Kirin (atualmente HKN) e Coca-Cola é de R\$ 85,28/kg quando exportado. Por sua vez, o preço praticado no mercado nacional é equivalente a R\$ 415,68/kg, valor muito acima do preço de venda do concentrado de outros estados, como em São Paulo, que é estimado em R\$ 9,21/kg.

No contrato associativo entre a Pepsico e a Ambev analisado pelo Cade no Ato de Concentração n.º 08700.000540/2015-01, as Partes informaram que o preço dos concentrados para refrigerantes era de responsabilidade da Pepsico, localizada à época na ZFM, enquanto cabia à Ambev o engarrafamento, distribuição, marketing e venda dos produtos que fazem parte do portfólio do Grupo Pepsico.

A LDC não incluiu expressamente a prática de preços excessivos em seu rol exemplificativo de infrações à ordem econômica; não obstante, a repressão a essa conduta encontra embasamento em seu artigo 36, incisos 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”, 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” e XIX “exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca”, da LDC.

Um caso frequentemente mencionado como exemplificativo de preços abusivos é o da empresa United Brands que procedia à discriminação de preços ao fornecer bananas a diferentes distribuidores localizados em países no norte da Europa. A Comissão Europeia (CE) considerou os preços abusivos, entre outras razões, devido aos preços praticados na Alemanha, Holanda e Dinamarca serem, pelo menos, 100% mais caros do que os praticados na Irlanda. A CE, no entanto, julgou que não havia prova suficiente da excessividade do preço praticado, abrindo a possibilidade de uma série de comparações para essa controvérsia (*Akman and Garrod, 2011*).

Para *Faull and Nikpay (2007)*, não basta a existência de elevada margem de lucro; a princípio deve-se investigar a desproporção excessiva entre os custos e os preços, em seguida verificar se o preço deve ou não ser considerado excessivo, por meio de análise do próprio produto ou uma análise comparativa com produtos concorrentes. De acordo com a explicação de *Ragazzo (2011)*, há três linhas de argumentos que justificam a ausência de intervenção na hipótese de preços excessivos: (i) convicção na autocorreção do preço excessivo; (ii) risco de desincentivo à inovação; e (iii) complexidade na mensuração de um preço competitivo e, em consequência, de um preço excessivo.

Na jurisprudência do Cade sobre abuso de direito de propriedade intelectual, foi acolhida a perspectiva de um direito ser legítimo e validamente alcançado; nada obstante, ao mesmo tempo, ser exercido de forma abusiva, discordando dos

princípios constitucionais do interesse social; desenvolvimento tecnológico e econômico do país (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2007).

Nesse contexto, nota-se a importância de aprofundar a investigação da potencial conduta de preços abusivos e/ou abuso de propriedade intelectual pelas indústrias de concentrados para refrigerantes na ZFM. Contudo, a análise deve dar atenção não só aos potenciais prejuízos à livre concorrência, mas também à liberdade contratual entre empresas, baseada no princípio da livre iniciativa.

5. Considerações Finais

O presente trabalho buscou investigar a possibilidade das condutas tributárias realizadas pelas indústrias de concentrados de refrigerantes localizadas na ZFM causarem danos ao ambiente concorrencial. O Carf e a RFB expuseram que, por vezes, essas indústrias não cumpriam requisitos obrigatórios para a aquisição dos créditos presumidos do IPI em produtos fabricados na ZFM. A RFB também sinalizou que ocorria inflacionamento do preço do concentrado para a obtenção de maiores repasses em royalties e marketing por parte das engarrafadoras. Além de examinar os achados dos órgãos fiscais, o trabalho também identificou a possibilidade de haver infração à ordem econômica decorrente do abuso de direito de petição.

A apropriação dos créditos de IPI apurados por essas indústrias mediante a incorreta classificação fiscal ou por falta de matéria-prima regional nos concentrados a serem suportados pelo erário foram estimados pela RFB em aproximadamente 30 bilhões de reais no período de 2016 a 2020. A partir dessa informação é possível aventar que a motivação dos agentes aos atos praticados seja a busca de maiores excedentes de riqueza e aumento de poder econômico não gerados por meio de suas eficiências econômicas.

Diante da relação vertical entre as indústrias de concentrados para refrigerantes e as engarrafadoras, que normalmente são franqueadas ou pertencentes ao mesmo grupo econômico dos fabricantes de concentrados, pode-se sugerir que as potenciais condutas observadas sejam autônomas de natureza exploratória, já que não há racionalidade econômica em condutas exclusionárias que visem a retirada de agente à jusante no campo de atuação do mesmo grupo econômico.

Caso sejam comprovadas, as condutas trarão preocupações concorrenciais significativas ao mercado de refrigerantes como um todo, visto que, com o aumento das receitas das indústrias de concentrados de forma não natural, esses agentes terão um diferencial competitivo que poderá ser empregado na redução dos seus custos de produção, na diferenciação de seus produtos, na maior integração de suas cadeias produtivas, e nos gastos com o fortalecimento de suas marcas; em outros termos, serão levantadas maiores barreiras à entrada de novos concorrentes, além de prejudicar os agentes econômicos já estabelecidos e, conseqüentemente, agravando a concentração no setor.

Ademais, as práticas têm potencial para serem descritas como comportamento oportunista das empresas, resultando em efeito de seleção adversa, em função de que as indústrias de concentrados sinalizam ao mercado que as condutas tributárias adotadas podem gerar lucros extraordinários, atraindo, desta forma, indústrias interessadas nos mesmos comportamentos.

Por consequência, prejudicam as indústrias de refrigerantes que cumprem suas obrigações tributárias; afetam a produtividade e as eficiências dinâmicas; impedem que o mercado nacional de refrigerantes se desenvolva e gerem ineficiências que repercutirão em toda cadeia produtiva do setor até nos consumidores finais. Assim, considera-se haver indícios de efeitos líquidos negativos ao bem-estar dos consumidores, que poderão ser lesados pela redução de seu bem-estar na forma de aumento de preços ou redução da oferta dos produtos. Nesse contexto, as potenciais condutas merecem ser analisadas pelos órgãos do SBDC; além disso, deve haver maior articulação entre os órgãos envolvidos (SBDC, Suframa, RFB e Carf) frente ao modo de operação das indústrias.

Por todo o exposto, o presente estudo conclui que, caso sejam confirmadas, as condutas apresentam efeitos difusos, seja ao erário, que deverá suportar o peso dos créditos apropriados indevidamente, seja ao ambiente concorrencial, além de afetar negativamente o bem-estar do consumidor e da sociedade em geral, uma vez que todos são afetados pela evasão ao erário.

O trabalho mostra-se relevante à literatura e aos órgãos envolvidos, visto que é um assunto em evidência nas discussões acadêmicas, embora ainda pouco discutido conjuntamente entre os órgãos tributários e concorrenciais. Como sugestão para pesquisas futuras, pode-se propor estudos sobre a possibilidade de essas práticas apresentadas influenciarem a adoção de conduta comercial uniforme.

References

- Akman, P. and Garrod, L. (2011). When are excessive prices unfair? *Journal of Competition Law & Economics*, 7(2):403–426.
- Amorim, F. (2017). A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, 5(2):75–102.
- Associação dos Fabricantes de Bebidas no Brasil (2018). Por trás do rótulo: créditos de IPI quebram o setor de bebidas. Acesso em: 01 mai. 2022.
- Attayde, M. C. d. S. L. (2021). Efeitos conglomerados na jurisprudência do Cade. *Revista de Defesa da Concorrência*, 9(2):159–187.
- Baker, J. B. (2010). Preserving a political bargain: The political economy of the non-interventionist challenge to monopolization enforcement. *Antitrust Law Journal*, 76(3):605–652.
- Bennett, A. and Checkel, J. T., editors (2015). *Process Tracing: From Metaphor to Analytic Tool*. Cambridge University Press.

- Cardoso Júnior, J. C. P. and Rey, K. M. M. (2019). A Zona Franca de Manaus pós Constituição Federal de 1988: 30 anos de desafios para a reinvenção do modelo de desenvolvimento da Amazônia. *Ciência & Trópico*, 43(especial).
- Carvalho, P. d. B. (2021). *Direito tributário, linguagem e método*. Noeses.
- Carvalho, V. M. and Mattiuzzo, M. (2021). Tributação e concorrência: uma análise da evasão fiscal como ilícito concorrencial. *Revista de Defesa da Concorrência*, 9(2):51–74.
- Coca-Cola Brasil (2021). O sistema Coca-Cola Brasil e o Amazonas: uma parceria de mais de 30 anos. Acesso em: 13 jun. 2022.
- Coca-Cola Brasil (2022). Sistema Coca-Cola Brasil. Acesso em: 17 set. 2022.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (1999). Parecer SEAE n.º 188/99/SEAE/COGSE/GOGDC. ato de concentração n.º 08012.005846/1999-12 (Companhia Antarctica Paulista e Companhia Cervejaria Brahma).
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2003). Inquérito administrativo n.º 08012.006076/2003-72 (Baterias Moura).
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2007). Processo administrativo n.º 08012.002673/2007-51 (Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças e Volkswagen do Brasil).
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2015). Ato de concentração n.º 08700.011105/2015-01 (ADM do Brasil Ltda. e Amazon Flavors Concentrados e Corantes para Bebidas Ltda.).
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016a). Ato de concentração n.º 08700.006015/2016-71 (Coca-Cola Indústrias Ltda., SPAL Indústria Brasileira de Bebidas S.A. e Unilever PLC.).
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016b). Guia para análise de atos de concentração horizontal.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2019). Ato de concentração n.º 08700.002074/2019-13 (Ambev S.A. e Red Bull do Brasil Ltda.).
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2021). Ato de concentração n.º 08700.001283/2021-64 (Coca-Cola Indústrias Ltda. e HNK BR Indústria de Bebidas Ltda.).
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2022a). Inquérito administrativo n.º 08700.001992/2022-21 (HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. e Ambev S.A.).
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2022b). Resolução Cade n.º 33, de 14 de abril de 2022.
- Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (2021a). Recurso voluntário n.º 10880.734782/2019-98. recorrente: Ambev S.A. acórdão n.º 3302-012.740. Sessão de 16 dez. 2021.
- Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (2021b). Recurso voluntário n.º 15563.720289/2016-54. recorrente: Heineken BR Bebidas Ltda. acórdão n.º 3402-009.784. Sessão de 14 dez. 2021.
- Coêlho, S. C. N. (2016). *Curso de direito tributário brasileiro*. Forense, 15 edition.
- Domingues, J. O. and Lochagin, G. L. (2017). A ZFM à luz dos princípios da OMC: o processo produtivo básico visto como uma política necessária ao desenvolvimento regional. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, 3(1):1–18.
- Eiras, L. (2019). Sham litigation: requisitos para sua configuração. *Revista de Defesa da Concorrência*, 7(2):53–75.
- Faull, J. and Nikpay, A. (2007). *Faull and Nikpay: The EC Law of Competition*. Oxford University Press.
- Ferraz Júnior, T. S. (2006). Práticas tributárias e abuso de poder econômico. *Revista de Direito da Concorrência*, 9(1):1–6.
- Forgioni, P. A. (2020). *Os fundamentos do antitruste*. Editora Revista dos Tribunais, 11 edition.
- Gonçalves, O. O. (2012). Os incentivos tributários na Zona Franca de Manaus e o desequilíbrio concorrencial no setor de refrigerantes. *Economic Analysis Law Review*, 3(1):72–94.
- Kay, A. and Baker, P. (2015). What can causal process tracing offer to policy studies? A pragmatic perspective. In Bennett, A. and Checkel, J. T., editors, *Process Tracing: From Metaphor to Analytic Tool*. Cambridge University Press.
- Lianos, I. and Regibeau, P. (2017). “Sham” litigation: When can it arise and how can it be reduced? *The Antitrust Bulletin*, 62(4):643–689.
- Machado, H. d. B. (2001). *Curso de direito tributário*. Malheiros.
- Motta, M. and de Streel, A. (2003). Exploitative and exclusionary excessive prices in EU law. Trabalho apresentado na 8th Annual European Union Competition Workshop, Florença.
- Pavic, I., Galetic, F., and Piplica, D. (2016). Similarities and differences between the CR and HHI as an indicator of market concentration and market power. *British Journal of Economics, Management & Trade*, 13(1):1–8.
- Pindyck, R. S. and Rubinfeld, D. L. (2013). *Microeconomia*. Pearson, São Paulo, 8 edition.
- Pondé, J. L., Fagundes, J., and Possas, M. (1997). Custos de transação e política de defesa da concorrência. *Revista de Economia Contemporânea*, 1(2).
- Possebom, V. (2017). Free trade zone of Manaus: An impact evaluation using the synthetic control method. *Revista Brasileira de Economia*, 71:217–231.
- Ragazzo, C. E. J. (2011). A eficácia jurídica da norma de preço abusivo. Selected Works, p. 199.
- Receita Federal do Brasil (2022). Tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados – TIPI. Acesso em: 16 jun. 2022.
- Salop, S. C. (2006). Exclusionary conduct, effect on consumers, and the flawed profit-sacrifice standard. *Antitrust Law Journal*, 73(2):311–374.
- Santos, S. R. S. and Azevedo, P. F. d. (2000). Concorrência no mercado de refrigerantes: impactos das novas embalagens. In *Anais XX Encontro Nacional de Engenharia da Produção – ENEGEP*, São Paulo.
- Schoueri, L. E. (2010). Planejamento tributário: limites à norma antiabuso. *Revista Direito Tributário Atual*, 24:345–370.
- Secretaria Especial da Receita Federal (2017). Relatório anual da fiscalização da Receita Federal do Brasil – resultados de 2016 e plano

- para 2017. Acesso em: 15 jun. 2022.
- Secretaria Especial da Receita Federal (2018). Relatório anual da fiscalização da Receita Federal do Brasil – resultados de 2017 e plano para 2018. Acesso em: 15 jun. 2022.
- Secretaria Especial da Receita Federal (2019). Relatório anual da fiscalização da Receita Federal do Brasil – resultados de 2018 e plano para 2019. Acesso em: 15 jun. 2022.
- Secretaria Especial da Receita Federal (2020). Relatório anual da fiscalização da Receita Federal do Brasil – resultados de 2019 e plano para 2020. Acesso em: 15 jun. 2022.
- Secretaria Especial da Receita Federal (2021). Relatório anual da fiscalização da Receita Federal do Brasil – resultados de 2020 e plano para 2021. Acesso em: 16 jun. 2022.
- Sena, J. R. C. and Magno, R. N. O. (2022). Indicadores de alcance das expectativas do projeto industrial na Zona Franca de Manaus a partir do processo de acompanhamento das contrapartidas obrigatórias. *Research, Society and Development*, 11(6).
- Silveira, R. M. d. (2011). *Tributação e concorrência*. Série Doutrina Tributária Vol. IV. Quartier Latin, São Paulo.
- Varian, H. (2021). *Microeconomia*. Elsevier Brasil.