

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 8 | n. 1 | janeiro/abril 2017 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Atuação do CADE no controle da guerra fiscal

CADE 's performance in control of fiscal war

José Luis Andrea Júnior*

Universidade de Marília (Brasil)
jr.andreaadv@gmail.com

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin**

Universidade de Marília (Brasil)
luyosh@hotmail.com

Maria de Fátima Ribeiro***

Universidade de Marília (Brasil)
mariadefatimaribeiro@uol.com.br

Recebido: 02/11/2016
Received: 11/02/2016

Aprovado: 16/11/2016
Approved: 11/16/2016

Como citar este artigo/How to cite this article: JÚNIOR, Luis Andrea; ZANIN, Luciana Yoshihara Arcangelo; RIBEIRO, Maria de Fátima. Atuação do CADE no controle da Guerra Fiscal. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 182-199, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17670.

* Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR (Marília-SP, Brasil). Pós-Graduado (lato sensu) em Direito Civil e Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogado. E-mail: jr.andreaadv@gmail.com.

** Mestranda em Direito Econômico pela Universidade de Marília (Marília-SP, Brasil). Especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2005), especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Superior da Advocacia ESA/SP (2010), especialização em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina UEL/PR (2011). MBA em Gestão Tributária pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo (2013). Membro Efetivo da Comissão do Contencioso Administrativo Tributário da OAB/SP. Advogada licenciada. E-mail: luyosh@hotmail.com.

*** Professora titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Marília (Marília-SP, Brasil). Pós-Doutorado em Direito Fiscal/Tributário na Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Ciências Jurídicas Empresarias pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Integra a Diretoria do Instituto de Direito Tributário de Londrina (mandato 2016-2018). Professora convidada da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: mariadefatimaribeiro@uol.com.br.

Resumo

O presente artigo analisa a questão gerada em decorrência dos incentivos fiscais dados por parte dos Estados que causam a chamada guerra fiscal. Aborda a possível lesão à livre concorrência protegida constitucionalmente, bem como a atuação do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica em prol da manutenção da concorrência no mercado. Para tanto, trata do conceito da "guerra fiscal" e da análise das pendências, judiciais e legislativas, existentes acerca do tema. Por outro lado, destaca também a efetiva atuação do CADE diante das concessões dos benefícios fiscais, bem como as possibilidades dispostas legalmente para que o referido Conselho atue visando à manutenção da Concorrência. Diante deste panorama, discute-se a possibilidade de intervenção do CADE, analisando e julgando os atos que, em razão da concessão de incentivos fiscais pelos membros da federação, possam lesionar a livre concorrência.

Palavras-chave: CADE; Guerra fiscal; Livre Concorrência; Incentivos fiscais; Intervenção.

Abstract

This article analyzes the issue generated as a result of tax incentives given by the States that cause the so-called fiscal war. It addresses the possible injury to free competition constitutionally protected as well as the performance of the CADE - Administrative Council for Economic Defense in favor of maintaining market competition. To this end, it deals with the concept of "fiscal war" and the analysis of disputes, judicial and legislative, existing on the subject. On the other hand, it also highlights the activeness of CADE before the concession of tax benefits as well as the possibilities legally arranged so that the said Council to act in order to maintain the Competition. Faced with this panorama, we discuss the possibility of CADE's intervention, analyzing and judging the acts that, due to the granting of tax incentives by the members of the federation, can injure free competition.

Keywords: CADE; Fiscal war; Free competition; Tax breaks; Intervention.

1. Introdução

O artigo tem por objetivo analisar a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica diante das concessões de incentivos fiscais por parte dos Estados.

Ao concederem benefícios fiscais de qualquer ordem aos seus contribuintes, à revelia da Lei Complementar nº 24/75, que, por sua vez, veda a concessão de quaisquer benefícios fiscais em matéria relacionada ao ICMS, de forma unilateral, em outras palavras, sem que sejam concedidos

através de Convênios editados pelo Conselho de Política Fazendária – CONFAZ.

Deste modo, os entes estatais geram um desequilíbrio concorrencial decorrente dos incentivos fiscais concedidos, contrariando à política de concorrência que deve permear o mercado.

Por sua vez, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sendo uma autarquia federal, vinculada ao Ministério de Justiça tem por finalidade controlar, em todo território nacional, a Livre Concorrência disposta no artigo 170, IV, da Constituição Federal.

Questionará, no presente artigo, a seguinte hipótese: há efetivamente um prejuízo à Livre Concorrência em decorrência dos incentivos fiscais dados pelos Estados?

Iniciaremos o trabalho abordando as questões atinentes à Guerra Fiscal, explanando as formas de incentivos, pendências legislativas e judiciais, até chegarmos nas influencias dos preços em razão dos incentivos. Na sequência, serão abordados os temas atinentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sua origem e funções, dando ênfase especial para a atuação visando à manutenção da Livre Concorrência, mormente no que tange os atos de Guerra Fiscal.

2. Guerra fiscal

Entende-se por guerra fiscal a disputa entre os Estados em conceder incentivos fiscais para atrair investimentos. Esses incentivos são dados no âmbito do ICMS, imposto estadual que tributa a circulação de mercadorias e alguns serviços. Esta prática se dá via concessões de benefícios fiscais, financeiros e de infraestrutura para as empresas interessadas em investir ou transferir seus investimentos para o Estado concesso do benefício. Benefícios estes que podem ocorrer na forma de diferimento, financiamento do ICMS devido, redução do ICMS financiado, crédito presumido, sob fundamento no art. 155, incisos XII, alínea “g”, CF/88.

Justamente dessa concorrência tributária travada entre os entes federados que advém os desequilíbrios econômicos, pois cada um, a seu modo, visa atrair para seus respectivos territórios determinados empreendimentos econômicos, através de oferta de vantagens tributárias ou de infraestrutura.

Ocorre que para o contribuinte pouco deveria importar a batalha fiscal travada entre os Estados da Federação em razão do princípio da

neutralidade tributária, contudo não é desta maneira que o mercado tem se comportado, daí o interesse na análise sobre as possibilidades de atuação do CADE sobre o problema da Guerra Fiscal.

3. CONFAZ - Conselho nacional de política fazendária

Conforme Lei Complementar 24/75, o Conselho Nacional De Política Fazendária é competente para promover a celebração de convênios de incentivos e benefícios fiscais no que tange aos ICMS. Tal conselho é composto por Secretários de Estado da Fazenda de cada unidade federativa.

A Lei Complementar nº 24 de 7 de janeiro de 1975 exige a aprovação unânime do CONFAZ para a concessão de benéficos fiscais¹. Ocorre que, é muito difícil se obter a unanimidade, isso porque, na maioria das vezes um (ou mais) Estado alegará prejuízos em razão do benefício oferecido pelo outro.

Por este motivo, os Estados fazem uso de seu direito de legislar e concedem os benefícios em prol do desenvolvimento regional e arrecadação estadual sem a devida aprovação do conselho nacional de política fazendária, promovendo, assim, a chamada guerra fiscal entre os Estados.

4. Pendências no STF

Importante destacarmos que o Supremo Tribunal Federal possui algumas pendências acerca do tema. Entre as pendências podemos destacar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 189, em tramite no Supremo Tribunal Federal desde 2009, de iniciativa do Governador do Distrito Federal, questionando os artigos 2º § 2º e 4º da Lei Complementar nº 24/75, sob a alegação de que esta viola frontalmente o artigo 1º da Constituição Federal, tendo em vista que o quórum de aprovação do CONFAZ é superior ao previsto para alterar a própria Constituição.

Por outro norte, em razão das diversas leis tidas por inconstitucionais por concederem benefícios sem a devida aprovação do

¹ Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal. § 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

CONFAZ, foi apresentada a proposta de Súmula Vinculante 69, cuja seu texto dispõe o seguinte:

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.

Caso haja a aprovação do referido projeto de súmula vinculante, os incentivos fiscais que forem concedidos sem a devida aprovação do CONFAZ serão considerados inconstitucionais, o que tem gerando grande insegurança e prejuízo ao fomento de um ambiente de negócios sadio e próspero no país, daí a necessidade de intervenção do CADE.

5. Do dever pagar tributos e sua relação com a economia e as finanças

A respeito da problemática fiscal, a primeira consideração que se faz é sobre o dever de pagar tributos e a ideia de que ele provém do contrato (ou pacto) social surgido quando as pessoas optaram por organizar-se na forma de estado para manter a ordem social, submetendo-se a um político e/ou governante, que assegurasse a preservação das liberdades, direitos e garantias fundamentais de cada um dos indivíduos pertencentes à comunidade entendida como estado.

Por conseguinte, o contrato social enquanto suporte da comunidade organizada em estado, tornou cada indivíduo solitário em indivíduo solidário, não sendo possível garantir direitos e liberdades fundamentais sem que houvesse a respectiva exigência dos deveres comunitários, ou seja, a existência da comunidade estadual implicou na responsabilidade daqueles que a elegeram para sua proteção, de arcarem com os custos financeiros de sua realização, materializados na forma de tributos.

Sobre o ônus do contrato social:

[...] como se expressou Olivier Wendell Holmes <<os impostos são o que pagamos por uma sociedade civilizada>>. O que significa que os atuais impostos são um preço: preço que todos enquanto integrantes de uma dada comunidade na forma de estado, pagamos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na idéia de liberdade, de um lado, e na idéia de um mínimo de

solidariedade de outro lado. Por isso, não pode ser um preço qualquer, mormente um preço de montante muito elevado, pois a ser assim, não vemos como possa preservar a liberdade que esse preço é suposto servir. Na verdade, apenas perante um estado fiscal, cujo preço seja aceitável, podemos conceber os impostos como um indeclinável dever de cidadania, cujo cumprimento a todos deve honrar. (NABAIS 2012, p.255).

Suscintamente, pagamos os tributos em troca de uma sociedade civilizada, convicta na ideia de liberdade e solidariedade.

6. Influência da carga tributária na formação de preços

Visto que os tributos são o preço que se paga por uma sociedade civilizada, que implicam na renúncia de uma parcela da propriedade individual em favor do estado para que ele possa fazer frente aos gastos para garantia das liberdades e direitos fundamentais e vistos os valores que tem sido pagos pela existência desse estado.

Tratando-se a empresa de um fenômeno econômico, que compreende a organização dos chamados fatores de produção: natureza, capital, trabalho e tecnologia, voltada para obtenção de lucro que remunere e mantenha a própria organização.

Por certo que a administração da incidência dos tributos sobre as receitas e o lucro da atividade empresária, representa fator determinante na formação de preço dos produtos e serviços ao consumidor, até porque, toda a receita obtida pela atividade empresária terá que ser suficiente para produzir lucro suficiente à remunerar o governo, à organização e seus sócios.

Refletindo sobre a importância das estratégias de formação de preços voltadas ao alcance de lucro suficiente e satisfatório MARION (2009, p. 121) observa:

Algumas empresas trabalham com o conceito de mark-up, que é o montante que a empresa adiciona ao custo do produto/mercadoria, a fim de estabelecer o preço de venda a ser cobrado do cliente. Com o mark-up, determina-se a margem do lucro bruto. Podemos dizer que o mark-up é um poderoso instrumento para dar preços aos produtos.

Assim, na formação do preço do produto ou do serviço, relevante o cômputo da incidência tributária, já que parte da receita obtida com a venda

deles será destinada ao governo, na forma de tributos que incidirão sobre a venda (indiretos) ou sobre o lucro/resultado (diretos).

Observado que, tributos incidentes sobre a venda (IPI, ICMS, ISS, IE, PIS e COFINS), não representam uma receita real, pois uma vez cobrados do comprador, a empresa vendedora ou prestadora de serviços, depois de determinado prazo, os recolherá ao governo, sendo mera depositária.

Diferentemente dos tributos incidentes sobre o resultado, ou lucro (IR e CSLL), que incidem sobre a receita real da empresa após a exclusão dos tributos incidentes sobre a venda, que engordam a receita, mas são recursos que pertencem ao governo.

Uma vez demonstrado o reflexo da questão tributária na formação de preços, a ela deve ser dada toda uma atenção especial enquanto fator macro ambiental de geração ou não de vantagem competitiva das organizações, pelo aspecto institucional-legal.

Isto porque, exige-se do empresário que ele seja o mais eficiente possível na sua obrigação de não gerar passivo tributário e ao mesmo tempo, não pagar mais tributos que o devido, evitando o desperdício de recursos que podem ser investidos num produto melhor ou revertido para os sócios.

7. Competitividade e a questão tributária

Tal qual na natureza, no mundo dos negócios também existe um processo de evolução e seleção natural, no qual os mais adaptados sobrevivem e prosperam e acabam por expulsar outros competidores do mercado, já que duas espécies que conseguem seu sustento da mesma maneira não conseguem coexistir. Assim, à medida que o ambiente evolui, e que a concorrência se torna mais acirrada, as organizações precisam diferenciar-se das demais para sobreviver e crescer, constituindo um importante fator de diferenciação dos competidores empresariais o preço de venda (SANCHES, 2003) apud (HENDERSON, 1998).

Preço de venda, que por sua vez tem que ser analisado mediante a conjugação de duas vertentes, não podendo ele ser tão baixo de modo a não ser suficiente para remunerar o governo, a organização e os sócios e nem tão alto a ponto de gerar insatisfação no público alvo, facilitando sua migração para a concorrência, o que implicará na perda de mercado consumidor e redução de receitas.

Destaca-se na remuneração da própria organização, devem ser incluídos além de recursos para fazer frente às despesas operacionais e

administrativas, também os investimentos necessários a sua adaptação ao ambiente em constante evolução.

Isto porque, conforme preconiza Sanches (2003) apud Phahalad e Hamel (1998):

[...] as fontes de competitividade de uma empresa são, no curto prazo, os atributos de preço/desempenho de seus produtos, porém no longo prazo são a capacidade de construir, a um custo menor e de forma mais rápida que a concorrência, as competências centrais que geram produtos inovadores. Portanto, as fontes de vantagem competitiva estariam não em produtos ou mercados específicos, mas em seus recursos internos, que possibilitam à organização a capacidade de consolidar tecnologias e habilidades de produção em competências que garantirão que cada negócio consiga adaptar-se rapidamente às oportunidades do ambiente.

O risco de estar pagando valor maior que o devido a título de tributos em relação aos concorrentes tira do empresário poder de competitividade no mercado, em razão de reflexos diretos na formação de preços e/ou nas sobras e investimentos.

Por outro lado, práticas evasivas que implicam no pagamento de valores menores que os devidos, geram riscos de contingências fiscais, onde além do empresário ter que pagar o tributo apurado como devido, ainda se sujeita à pesadas multas pelo não pagamento, juros de mora e encargos legais, que da mesma forma irão refletir na formação de preços e/ou nas sobras e investimentos, vez que será necessário buscar recursos para fazer frente às citadas contingências.

Outro fator a ser observado é que a falta de eficiência fiscal refletida na formação de preços ao consumidor penaliza o cliente da empresa, que terá que pagar mais caro pelo mesmo produto ou serviço, ou terá a ele oferecido um produto ou serviço de qualidade/quantidade inferior pelo mesmo preço, dada a falta de recursos para investimento em tecnologia, por exemplo, fazendo com que ele migre para a concorrência.

8. Diferenças entre neutralidade fiscal e eficiência fiscal

A lei é para todos e em razão dela não pode haver quebra de isonomia (art. 5º, caput, CF) entre os sujeitos passivos tributários, nem tão pouco, afetação à realização do princípio da livre concorrência (art. 170, IV,

CF), por essa razão a incidência tributária em si não tem o condão de estabelecer uma vantagem ou desvantagem competitiva no mundo dos negócios.

Para Marco Aurélio Greco, o princípio da neutralidade fiscal decorre da ideia de que o tributo não deve se constituir um elemento que interfira na concorrência; não pode se transformar em custo maior para uns do que para outros concorrentes. Sob essa ótica, ao Estado caberia somente uma conduta negativa, de não interferir, através dos tributos, na formação de preços dos produtos, preservando, com isso, a ampla concorrência entre os agentes econômicos (Apud, Stival, 2011).

Por sua vez, Ricardo Seibel de Freitas Lima, destaca que a neutralidade da tributação vai além daquela conduta negativa do Estado, de interferir, através dos tributos, o menos possível na tomada de decisões dos agentes econômicos. Essa conduta negativa seria somente um aspecto da neutralidade tributária e seria válida somente nos casos em que a livre concorrência estivesse preservada. Para os casos em que há uma desigualdade de mercado, que leve ao desequilíbrio das condições de concorrência, ao Estado caberia a tomada de medidas pertinentes para a retomada da igualdade de condições competitivas do mercado. Cita, como exemplo, situações em que um certo agente econômico, em razão de ter conseguido obstar, através de decisão judicial, a incidência de certo tributo, obtém uma vantagem com relação aos concorrentes. Ou então, em que essa vantagem advém de planejamento fiscal, ou até, de simples inadimplemento. Tais situações, segundo o autor, devem ser corrigidas e essa atuação do Estado teria amparo no art. 146-A da CF, que foi introduzido pela EC 42/03, de 19/12/2003 (Apud, Stival, 2011).

Embora antes da introdução realizada pela EC 42/03, se pudesse sustentar que a neutralidade tributária seria somente um dever negativo do Estado, de não interferir na concorrência por meio da tributação, não há dúvidas que, após tal data, com a chancela expressa da utilização de critérios especiais de tributação para garantir a igualdade de condições entre os concorrentes, o princípio da neutralidade fiscal passou a ter – se é que já não tinha antes - a dimensão dúplice propugnada por Ricardo Seibel de Freitas Lima, que a doutrina tem denominado de neutralidade concorrencial dos tributos: (a) de um dever negativo de não intervenção na concorrência através da tributação, nos casos de igualdade de condições concorrenciais, e (b) um dever positivo do Estado, de ação, através da tributação, para

restaurar ou prevenir a igualdade de condições de concorrência, nos casos de desequilíbrio (Apud, Stival, 2011).

Assim, uma vez determinado o conteúdo do princípio da neutralidade fiscal, a eficiência fiscal representa a aplicação da ideia nele contida, através da identificação dos critérios especiais de tributação que poderiam ser legitimamente adotados de acordo com o sistema tributário nacional.

Andrade (2009, p. 729), observa que:

A otimização da carga tributária decorre do inalienável direito de ser eficiente; na ordem jurídica brasileira, o Estado deve ser eficiente e os cidadãos tem – ao menos- o direito de serem eficientes. Portanto, a partir desse ponto de vista, o planejamento tributário situa-se na esfera jurídica de toda pessoa como um direito de proteção de seus interesses individuais, posto que a ordem jurídica os protege tanto quanto faz em relação aos interesses da coletividade que são resguardados pela lei que prescreve as sanções para aqueles que não cumprem o que é obrigatório ou fazem o que é proibido.

Há casos em que o planejamento tributário se converte num dever. O administrador eleito para dirigir uma empresa deve, segundo a ordem jurídica vigente, adotar todas as medidas que, de acordo com a lei e o direito, tragam as menores desvantagens possíveis para a empresa. O direito positivo não deve condenar, para utilizar uma expressão em voga no direito francês, a 'destreza fiscal', e ninguém pode ser compelido a escolher entre as alternativas válidas e lícitas, àquela que leve a uma maior carga tributária.

A ferramenta do art. 146-A² da Constituição Federal é a normatização de uma possibilidade de aplicação da neutralidade tributária no sentido da justiça fiscal e da livre concorrência. A melhor forma de aplicação, porém, deverá ser observada caso a caso, com as peculiaridades da situação e com base em estudos que envolvam os subsistemas do direito e da economia, sempre objetivando a construção de um sistema tributário ótimo, que realize as funções de financiamento das políticas públicas e promoção dos direitos fundamentais.

² Art. 146-A: Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

A vantagem competitiva vem justamente estabelecida pela presença de eficiência fiscal, onde o administrador que identificar escolher a melhor entre as alternativas igualmente válidas, de situações fáticas ou jurídicas que visem reduzir ou eliminar ônus tributários, sempre que isso for possível nos limites da ordem jurídica – planejamento tributário - se destacará em relação àquele que não o fizer, embora a legislação vigente deva ser a mesma para ambos em atendimento ao princípio da neutralidade fiscal e justamente na busca desse reequilíbrio de mercado é que se aborda a necessidade de intervenção do CADE.

9. CADE – Conselho administrativo de defesa econômica

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com sede no Distrito Federal e atribuição em todo território nacional e visa, em suma, garantir a livre concorrência e livre iniciativa dispostas na Constituição Federal.

9.1 Evolução Histórica do CADE e suas respectivas funções

Importante destacarmos que o embrião do atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) se deu em 22 de junho 1945 com a edição do Decreto Lei nº 7.666, criando a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, órgão que era diretamente subordinado ao Presidente Getúlio Vargas. Porém, tal comissão teve curta duração em razão do fim do Estado Novo em outubro de 1945.

Apenas em 1962, com a edição da Lei 4137 o CADE retornou ao cenário nacional, porém, com a roupagem de Conselho sediado no Distrito Federal, vinculado ao Conselho de Ministro e competente para realizar a repressão ao abuso do Poder Econômico em todo território nacional.

Ocorre que, de início o CADE teve uma atuação tímida em razão das peculiaridades do Regime Militar existente na época.

Apenas em 1994 a lei 4137/62 foi revogada pela lei 8884/94, lei esta que deu autonomia ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica ao transforma-lo em autarquia. Por seu turno, a lei teve seus dispositivos revogados pela lei 11.529/11. Tal legislação estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo, também, sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica seguindo parâmetros constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, função social da

propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica possui três funções essenciais, são elas: função informativa, repressiva e preventiva, cada qual com sua grande importância frente ao mercado.

A função informativa, também conhecida como educacional ou pedagógica, é exercida quando o CADE instrui o público acerca das diversas formas de infrações a ordem econômica. Sua previsão legal está contida nos artigos 9º, inciso XIV e 13, inciso XV da Nova Lei do CADE (11.529/11). De acordo com esta função o CADE deve difundir a cultura concorrencial de modo que a população tenha conhecimento das condutas que possam lesionar a livre concorrência.

Por outro norte, a função preventiva do CADE envolve a análise, e posterior decisão, dos atos de concentração que possam lesionar a livre concorrência, ou seja, o CADE avalia o impacto da operação econômica e seus reflexos na economia do mercado.

No que tange a função repressiva, igualmente conhecida como controle de condutas, o CADE procederá à análise e julgamento da infração cometida.

Importante salientarmos que a nova Lei do CADE, em seu Título V (Das Infrações da Ordem Econômica), mais precisamente no artigo 31³, prescreve que a referida lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado.

Por sua vez, o Artigo 36 da Lei nº. 12.529/2011 define os atos que constituem infração à ordem econômica, *in verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

³Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Analisando o artigo mencionado, podemos verificar dois aspectos importantes. O primeiro é que a responsabilidade pela prática do ato será objetiva, ou seja, independentemente de culpa o agente que praticar o ato será responsável. O segundo aspecto é que a infração à ordem econômica será caracterizada ainda que os efeitos⁴ não sejam alcançados.

Portanto, havendo a ocorrência de qualquer conduta de infração a ordem econômica caberá ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica aplicar uma penalidade ao agente que praticou. Para tanto, o artigo 37 e seguintes da nova Lei do CADE dispõe sobre as penalidades aplicáveis ao agente infrator.

Analisando as funções do CADE em conjunto com a prática da chamada Guerra Fiscal, temos que a autarquia possui competência para reprimir as condutas decorrentes dos incentivos fiscais que lesionam a livre concorrência e livre iniciativa.

Ocorre que, a pesar de ser competente o CADE não se posicionou, até o momento, julgando algum ato decorrente da guerra fiscal que lesionou (ou possa lesionar) a livre concorrência. Se restringindo, somente, na emissão do parecer da Consulta nº 0038/99.

10. Consulta nº 0038/99

A referida consulta foi solicitada pelo Pensamento Nacional de Bases Empresariais – PNBE com o objetivo de buscar a manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica acerca da nocividade, ou não, à livre concorrência diante da prática realizada entre os Estados conhecida como Guerra Fiscal.

O parecer decorrente da consulta nº 0038/99 fez uma comparação entre quatro empresas do mesmo ramo de atividade. Uma empresa sem benefício fiscal que arcava com um ICMS de 18% e as demais com benefícios de redução do ICMS que variavam de 12%, 8% ou isenção total.

Pois bem, no quadro comparativo disposto no parecer em referência, à empresa sem incentivo fiscal tinha um lucro líquido de 2,71 e, as empresas beneficiadas com a redução do ICMS tinham uma margem de lucro líquido de 6,20 (12%), 8,54 (8%) e 13,21 (0%), deixando evidente desproporção dos lucros entre as empresas.

⁴ Limitar, falsear, dominar mercado, aumentar arbitrariamente os lucros, prejudicar a livre iniciativa ou a livre concorrência.

Cumpra transcrevermos os trechos do parecer de Marcelo Calliar, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica:

[...]

1) A concessão de incentivos fiscais ou financeiro-fiscais possui o mesmo efeito para a empresa e para o mercado. Ambos esses tipos importarão na redução artificial do montante de imposto a pagar, gerando os mesmos efeitos seja para a empresa favorecida seja para os concorrentes e o mercado.

2) Benefícios concedidos no âmbito da “guerra fiscal”, como visto numericamente, conferem vantagem dramática às empresas afetadas, podendo aumentar lucros em várias centenas de pontos percentuais.

E continua o ilustre conselheiro:

3) Esse brutal favorecimento desnivela o campo em que se desenrola a dinâmica econômica, gerando diversos efeitos para a concorrência e o bem estar da coletividade, entre os quais:

a) Retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo uso menos eficiente de recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país.

b) Protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação.

c) Permite que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam “predatoriamente” eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam mais eficientes e inovadoras, em função do enorme colchão protetor de que dispõem.

d) Prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo à melhoria de eficiência e inovação.

e) Gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dado que qualquer cálculo feito pode ser drasticamente alterado —e qualquer inversão realizada pode ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo incentivo.

f) Desestimula, por tudo isso, a realização de investimentos tanto novos quanto a expansão de atividade em andamento. É mais do que evidente, assim, que a guerra fiscal tem efeito altamente prejudicial à concorrência e danoso ao bem estar da coletividade.

Acerca das disposições constitucionais, assim ficou disposto no respeitável parecer:

4) A Constituição apresenta uma diversidade de objetivos e princípios que devem ser aplicados da forma mais harmônica possível. A livre concorrência e o bem estar geral constituem alguns deles, a ser compatibilizados com outros, igualmente legítimos, como o da redução das desigualdades regionais.

5) A decisão de conceder incentivos é prevista e aceita na Constituição, desde que determinada de formas específicas, as quais, ao menos formalmente, asseguraram que órgão concedente (a União ou os Estados por unanimidade no CONFAZ) sopesse os diferentes interesses e princípios envolvidos, determine quais os incentivos, quais as regiões beneficiadas e montantes adequados de forma a avançar ao máximo o princípio da redução das desigualdades regionais e afastando o mínimo necessário o outro.

Segundo a linha das disposições constitucionais, mormente no que tange os incentivos e benefícios fiscais, o ilustre conselheiro assim mencionou:

6) Segundo o PNBE, os incentivos e benefícios no Brasil são concedidos à revelia das normas descritas acima, de forma que não se assegura a compatibilização constitucional mencionada, potencialmente violando o princípio da livre concorrência além do que seria justificável. Geram todos os efeitos negativos referidos acima, particularmente o de provocar insegurança, inibindo ou desestimulando ainda mais os investimentos, dado que a concessão imprevisível de incentivos altera radicalmente o mercado e pode mesmo tornar inviáveis inversões feitas após cuidadoso planejamento. Nesse sentido, o mero cumprimento da legislação atual já traria significativos benefícios para a coletividade.

Por fim, o parecer trás alguns comentários acerca da guerra fiscal e competência do CADE:

7) Propostas que reduzam a possibilidade de guerra fiscal, ou que disciplinem a concessão de incentivos de forma previsível e segundo um sistema racional (definido pelas autoridades constitucionalmente competentes) podem contribuir para atenuar os danos hoje provocados por esta prática para o bem estar social e merecem pelas autoridades responsáveis uma cuidadosa atenção.

8) Dada a patente relação do tema com a defesa da concorrência, o CADE permanece passível de engajamento no debate, dentro evidentemente da sua esfera de competência legal, como evidenciada pela presente Consulta.[...]⁵

Deste modo, podemos verificar que há um prejuízo à livre concorrência decorrente dos incentivos fiscais por parte dos entes federados.

11. Força vinculante do parecer

Pois bem, conforme demostramos acima, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica concluiu pela nocividade à Livre Concorrência diante da Guerra Fiscal exercida pelos Estados.

Todavia, o parecer elaborado pelo CADE na consulta nº 0038/99 não possui força vinculante. Tal parecer só adquirirá força vinculante quando for tido como base de algum julgamento judicial ou criação legislativa acerca do tema.

Portanto, até o presente momento o CADE apenas se posicionou pela nocividade, entretanto, não entrou na questão julgando algum caso em concreto exercendo a sua função repressiva.

12. Considerações Finais

Os estados que concedem os Benefícios se fundamentam na falta de competitividade com os Estados mais desenvolvidos e com localização geográfica privilegiada, fazendo com que as empresas se interessem pelo estado em desenvolvimento em razão do benefício oferecido.

No campo concorrencial, seguindo os ditames da Lei 12.529/11, as concessões de incentivos fiscais ocasionam desproporções que lesionam a livre concorrência entre as empresas beneficiadas e as demais que não possuem tal benefício.

Demonstrado que embora todos tenham o dever de pagar tributos e que estes representam um ônus considerável sobre o patrimônio dos sujeitos passivos, não havendo meios lícitos para se fugir deles, para o fomento de um ambiente de negócios sadio e prospero, é necessário, respeitada a razoabilidade possível que o Estado forneça determinada

⁵ Parecer CADE. Consulta nº 0038/99. Relator: Conselheiro Marcelo Calliari. Disponível em: www.cade.gov.br/temp/t246201521026598.pdf. Acessado em 09.06.2015.

certeza sobre o que e quando se deve pagá-los, sem que seja comprometida a vitalidade das organizações, através da obtenção do maior número de informações válidas para a tomada de decisão mais acertada na busca da realização da eficiência fiscal.

Finalmente, o CADE possui competência para julgar os atos de guerra fiscal que lesionam a livre concorrência. Em outras palavras, de acordo com a Nova Lei do CADE (Lei nº 12.529/11) a autarquia pode proceder a análise e julgamento dos atos que lesem a livre concorrência e, diante da aplicabilidade da legislação às pessoas jurídicas de direito público ou privado, o CADE pode aplicar penalidades as empresas ou aos Estados. Todavia, até o presente momento a autarquia se absteve de julgar um caso concreto, se restringindo num parecer que, a pesar de defender a lesão à livre concorrência, não possui força vinculante.

Referências

ANDRADE FILHO, Edimar Oliveira. **Imposto de Renda das Empresas**. 6ª. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

CALLIARI, Marcelo. **Parecer CADE. Consulta nº 0038/99**. Disponível em: <www.cade.gov.br/temp/t246201521026598.pdf>. Acessado em 09.06.2015.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 2ª. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MARION, José Carlos. **Contabilidade Empresarial**. 15ª. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

NABAIS, José Casalta. **Nota sobre o dever fundamental de pagar tributos**. Direito Tributário: questões atuais/coordenação: Luiz Cláudio Silva Allemand – Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito Tributário, 2012.

RODRIGUES, Aldenir Ortiz. PROENÇA, André Eduardo de. BUSCH, Cleber Marcel. GARCIA, Edino Ribeiro. TODA, Wilian Haruo. **Coleção IOB de Planejamento Tributário**. vol. III. Brasil: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda, 2012.

SANCHES, Marcio Antônio Rodrigues. **Cooperação e Competição na Indústria de Alimentos de Amendoim de Marília – SP**. Tese de Doutorado em Administração de

Empresas. Escola de Administração de Empresas de São Paulo, FGV/EAESP, São Paulo, Brasil, 2003.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de Especialização em Direito Tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Lourivaldo Lopes da. **Contabilidade Geral e Tributária**. 7ª. ed. Brasil: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda, 2012.

STIVAL, Juliane. **A exegese do Princípio da Neutralidade Fiscal no Sistema Tributário Nacional, sobretudo no regime da substituição tributária, na concessão de incentivos fiscais e na elisão fiscal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, agosto 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10020>. Acessado em 09.06.2015.