

A ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS PELO CADE

Giovani Ribeiro Loss

SUMÁRIO

1. *INTRODUÇÃO*
2. *OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS*
3. *OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA*
4. *A COMPETÊNCIA DO CADE PARA ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS*
5. *A ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS PELO CADE*
 - 5.1 *O processo administrativo*
 - 5.1.1 *O direito de representação*
 - 5.1.2 *A aplicabilidade da Lei 8.884 e do agente ativo da infração contra a ordem econômica*
 - 5.1.3 *O trâmite*
 - 5.1.4 *A decisão*
 - 5.1.5 *A importância de uma decisão*
6. *CONCLUSÃO*

BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

A ênfase do Estado brasileiro enquanto agente regulador e normativo, garantidor da livre concorrência, evidenciada pelo artigo 174, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é resultado da história evolutiva da economia nacional, refletida na Constituição Econômica e na legislação antitruste brasileiras.¹

1 Sobre a evolução histórica da legislação antitruste brasileira, cite-se a excelente obra da Professora Isabel Vaz: “Direito Econômico da Concorrência”, vide, também, “Lei de Proteção da Concorrência Comentários à Lei Antitruste”, Capítulo III, páginas 47 a 50, do Conselheiro João Bosco Leopoldino.

Consagra-se, através desse artigo, a intervenção indireta do Estado na economia, em detrimento da intervenção direta, que, assim como preceitua o artigo 173, limita-se a necessidade aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Ao se definir pela atuação indireta, o Estado brasileiro formulou um arsenal de leis e regras jurídicas que lhe permite, com base no referido artigo 174, exercer as funções de incentivo, fiscalização e planejamento das atividades econômicas.

Para que possa fiscalizar as atividades econômicas no mercado, o Estado brasileiro promulgou a Lei 8.884/94, visando atender aos reclames de um novo contexto globalizado, onde se intenta proteger o consumidor e o mercado, analisando-se eficiências e distribuição equitativa dos benefícios e, ao mesmo tempo, incentivando a função social nas empresas, fomentando o desenvolvimento da indústria interna e atraindo investimentos estrangeiros.

Nesse sentido, a Lei 8.884 colocou ordem nas discussões jurídicas, não somente de temas relativos à liberdade de concorrência, como também da proteção ao consumidor e da atuação equilibrada do Estado no contexto do mercado.

Através dessa Lei, o legislador alterou a natureza jurídica do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conferindo-lhe a posição de autarquia e consagrando-lhe os papéis educativo, preventivo e repressivo, sistematizando os dispositivos caracterizadores das infrações contra a ordem econômica e condicionando os chamados atos de concentração à aprovação do Conselho. Além disso, formalizou os procedimentos administrativos na análise de casos, determinando os papéis da Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, iniciando a estruturação de um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, baseado não só nessa lei, mas também nas demais legislações que deram origem às Agências Regulatórias.

A promoção da livre concorrência, objetivo primordial da Lei 8.884, é manifestação da livre iniciativa, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CF/88) e da ordem econômica nacional² (art. 170, *caput*, da CF/88), tendo alcançado, na Constituição Federal de 1988, a configuração de princípio Da Ordem Econômica e Financeira.

Naturalmente, em função do contexto atual, o estudo do Direito Antitruste, mesmo que de extrema complexidade, pela necessária interação de

2 Vale citar José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, sobre livre concorrência e abuso do poder econômico na constituição, páginas 769 e 770.

princípios jurídicos e econômicos, ganha importância e contornos mais definidos. Nesse sentido, reporta-se ao Professor Calixto Salomão Filho que, citando o renomado Hayek, trata da dificuldade do tema, correlacionando-a à contradição presente no próprio sistema concorrencial:

*“Trata-se de um sistema cuja gênese é voltada à atividade do particular, ou, nas palavras de Hayek, a garantir a auto-regulamentação dos agentes econômicos através das forças de mercado. Entretanto esse sistema, criado e aplicado pelo estado, convive com um Estado que geralmente age em sentido contrário a esses princípios, regulamentando a economia sem preocupação com os princípios concorrenciais e/ou incentivando a formação de ajuste entre as empresas.”*³

Assim, dentro deste vasto campo de estudo relacionado à defesa da concorrência, parece relevante a análise dos incentivos fiscais dos Estados perante o CADE.

Os incentivos fiscais estaduais já foram objeto de consulta realizada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais - PNBE, que objetivava buscar uma manifestação do CADE acerca da nocividade, ou não, à livre concorrência, da prática conhecida como "guerra fiscal", realizada principalmente entre Estados e através de mecanismos fiscais e financeiro-fiscais relacionados ao ICMS.

Na resposta à referida consulta, ficou concretizado o entendimento do CADE de que a “guerra fiscal” pode afetar a promoção de uma economia competitiva, limitando a concorrência.

Por essa razão, porquanto o CADE é o ente da administração pública responsável pela análise dos atos que possam afetar a concorrência, torna-se, também, competente para analisar os incentivos fiscais enquanto infração à ordem econômica, podendo, assim, estabelecer critérios para orientar o mercado brasileiro, em benefício dos agentes econômicos e dos consumidores.

2. OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS

Diversos Estados da Federação vêm oferecendo incentivos para

3 Revista de Direito Econômico nº 24, sobre “Atuação estatal e ilícito antitruste, páginas 35 a 50, vide também do mesmo autor, “Direito Concorrencial: As Estruturas”.

atrair investimentos privados em seus territórios. Tal fenômeno, apesar de conhecido por “guerra fiscal”, consiste na concessão não só de incentivos fiscais, mas também de incentivos financeiros, além de outros incentivos de natureza variada.

Os incentivos financeiros consistem nas concessões de financiamentos, realizados por meio de bancos estaduais – em geral banco de investimentos - contando com recursos de fundos estaduais ou programas de desenvolvimento.

Os incentivos fiscais, objeto desse estudo, são aqueles de natureza tributária, consistindo, principalmente, na redução ou, até mesmo, isenção da cobrança do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS, a ser cobrado das empresas estabelecidas no Estado. A transcrição de parte da resposta do CADE à consulta⁴ realizada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais é pertinente para evidenciar o problema:

“Não resta dúvida, porém, que a principal estratégia utilizada atualmente na “guerra fiscal” é a concessão pelos Estados membros⁵ de incentivos e benefícios relacionados ao ICMS. De fato, apesar de mencionar que benefícios fiscais e financeiro-fiscais são concedidos com base em outros tributos (IPTU, ISS, etc.) e sob diversas formas (como, por exemplo, doações de lotes e galpões industriais, realização de obras de infra-estrutura, etc.), o próprio consulente ressalta a importância dos benefícios concedidos com base no ICMS e fundamenta sua petição aludindo aos efeitos deletérios à concorrência que seriam daí decorrentes.”⁶

O incentivo fiscal dos estados pode ser concedido por meio de Lei Complementar ou através de Convênios interestaduais, celebrados e

4 O inteiro teor da consulta do PNBE encontra-se na página da internet www.pnbe.org.br.

5 Na presente monografia, assim como na Lei Complementar 87/96 (a “Lei Kandir”), “As referências feitas aos Estados nesta Lei Complementar entendem-se feitas também ao Distrito Federal” (art. 35 da LC 87/96).

6 Parte da consulta realizada pelo PNBE que pode ser encontrada na página www.pnbe.org.br

ratificados pelos Estados, que somente passam a ter eficácia após aprovação por Decreto Legislativo.⁷

A isenção ou redução da alíquota do ICMS deveria ter como intuito o incentivo às empresas. Entretanto, o que se tem observado, é a doação de recursos através de um financiamento a longo prazo, regulamentado por lei.

A reforma tributária, em estudo no Congresso Nacional, busca a federalização da legislação do ICMS, objetivando por fim ou, ao menos, diminuir a existência da “guerra fiscal”.

Ademais, há registros de questionamentos judiciais quanto a legalidade de alguns instrumentos de incentivo, a exemplo do Fundo do Desenvolvimento das Atividades Portuárias – FUNDAP, do Estado do Espírito Santo, cuja base legal vem sendo argüida pelo Estado de São Paulo.

No comércio internacional, os subsídios concedidos pelos Estados brasileiros já vêm sendo questionados pelos países do Mercosul, que estão criando entraves ao desenvolvimento do mercado comum, em função, naturalmente, de um possível “dumping verde amarelo”.⁸

A concessão de incentivos fiscais estaduais tornou-se um problema a ser solucionado, sendo inquestionável a necessidade da determinação de um posicionamento do CADE a respeito, porquanto o incentivo fiscal estadual pode ser configurado como infração da ordem econômica, assim como será explanado.

3. OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

Em resposta à consulta nº 0038/99, o CADE concluiu que o incentivo fiscal pode ser considerado infração da ordem econômica:

“Recapitulando:

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

7 A competência tributária é disciplinada pela Constituição Federal (arts. 145 a 152) e somente é outorgada às Pessoas Políticas de Direito Público, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

8 Cite-se Guilherme Johannpeter no livro “Antidumping Prática Desleal no Comércio Internacional”:

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.

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.”⁹

Para tanto, o CADE enfocou a influência do incentivo fiscal sobre a formação do preço dos produtos e, conseqüentemente, sobre a concorrência:

“Depreende-se daí, sem realizar neste momento qualquer incursão no mérito da presente Consulta, que a concessão de incentivos fiscais, assim como qualquer outro aspecto do sistema tributário nacional, influi na formação de

9 Resposta do CADE a consulta do PNBE que pode ser encontrada na página da internet do CADE: www.mj.gov.br/cade

*preços no mercado, matéria umbilicalmente ligada à defesa da concorrência. De fato, pode-se salientar, como o fez publicação do Instituto de Economia da Unicamp ao tratar de "neutralidade e eficiência econômica", que "O sistema tributário pode se tornar um elemento condicionador da evolução da estrutura industrial. Ao afetar o sistema de preços, o sistema tributário se transforma num forte determinante da alocação de recursos na economia."*¹⁰

Além disso, o CADE argüiu o direito comparado, correlacionando a política de incentivos fiscais dos estados brasileiros, com a política de subsídios¹¹ existente no comércio exterior que caracteriza o *dumping*¹², a qual, por si só, justifica, a imposição de direitos compensatórios:

"A lógica desse tratamento, e a sua forma, são iguais no caso de transações interestaduais dentro do Brasil. Assim como se reconhece na legislação de comércio exterior que a concessão de um subsídio estatal por outro país pode justificar a imposição de direitos compensatórios, também no que se refere à concessão de incentivos pelos Estados brasileiros a legislação brasileira (LC nº 24/75, art. 8º, II) prevê, pelo menos teórica e legalmente, a possibilidade de negativa de crédito, pelo Estado de destino, relativo ao tributo não recolhido no Estado de origem em função de incentivo não aprovado nos termos dessa lei. A lógica, evidentemente, é a mesma, no sentido de reconhecer que tais práticas –os auxílios estatais– geram distorções indevidas

10 Vide "Tributação: princípios, evolução e tendências recentes", de Geraldo Biasoto Júnior. Textos para Discussão, nº 31, Instituto de Economia, Unicamp, novembro de 1993. Aliás, ressaltando a importância das isenções fiscais na alocação de recursos da economia, essa publicação salienta que "Mesmo efetivada a passagem de sistema de tributação em cascata para um sistema de valor adicionado, muitas questões permanecem no âmbito da administração tributária, desde os resquícios do sistema anterior até as formas de substituição tributária e maneiras de realizar isenções e desonerar as exportações".

11 A legislação brasileira, com fundamento no art. 6º do Código de Subsídios e Medidas Compensatórias do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), hoje Organização Mundial do Comércio (OMC), conceitua subsídios como as várias modalidades de auxílio financeiro, fiscal e comercial oferecido pelo governo aos produtores e/ou exportadores.

12 Cite-se Guilherme Johannpeter no livro "Antidumping Prática Desleal no Comércio Internacional": "Especificamente quanto à legislação antidumping, o Brasil incorporou as disposições consubstanciadas no GATT e mais recentemente as disposições que criaram a OMC."

*e indesejáveis sobre a dinâmica concorrencial, que devem ser corrigidas.”*¹³

Ademais, foi destacada a existência de precedentes internacionais para a questão dos incentivos fiscais, como no caso da União Européia, além de Ações Diretas de Inconstitucionalidade referentes a esta matéria impetradas contra os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, tendo a Corte Suprema, inicialmente, se manifestado contra esta conduta, através da concessão de liminar.

A caracterização da infração contra a ordem econômica ocorre através da configuração do efeito, efetivo ou potencial, da conduta empresarial de acordo com o artigo 20 da Lei 8.884. A esse respeito, ensina o Professor e Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca:

“Para caracterizar tais atos como infrações contra a ordem econômica, terá o julgador que verificar se eles são concretamente aptos a produzir qualquer dos efeitos, mesmo que estes, na vida econômica real, não sejam alcançados. E os efeitos previstos são os seguintes:

- 1. lesão da livre concorrência e da livre iniciativa;*
- 2. formação de mercado relevante de bens ou serviços;*
- 3. situação de lucros arbitrários;*
- 4. exercício de posição dominante.”*¹⁴

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

*I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;”*¹⁵

Concluiu-se que o incentivo fiscal pode constituir infração da ordem econômica, uma vez que pode produzir efeito limitador ou prejudicial à livre concorrência.

De fato, o raciocínio é lógico e simples: a incidência de tributação sobre o valor de certo produto desloca para cima a curva da oferta a curto

13 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, página 88.

14 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, página 89.

15 Revista de Direito Econômico nº30, legislação atualizada.

prazo na medida do valor do tributo, o que eleva o preço de mercado do produto, reduzindo o nível de produção total da indústria. Assim, analisando-se a questão por outro lado, percebe-se que a empresa beneficiada com um incentivo fiscal possuiria vantagem sobre suas demais concorrentes, uma vez que, nesse caso, a curva de oferta seria deslocada para baixo.

O entendimento do CADE não deixa dúvidas, a “guerra fiscal” tem efeito prejudicial à concorrência e danoso ao bem estar da coletividade, sendo, assim, um problema a ser resolvido.

4. A COMPETÊNCIA DO CADE PARA ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS

O posicionamento do CADE quanto à consulta 0038/99, como já demonstrado, caracterizou os incentivos fiscais dos Estados como infração à ordem econômica.

A prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica é finalidade da Lei 8.884 e função do CADE, como destaca o artigo primeiro dessa Lei:

“Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre prevenção e a repressão contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”¹⁶

Seguindo esse entendimento, o CADE se considerou competente à análise dos incentivos fiscais estaduais:

“Dado o vínculo mais do que demonstrado entre incentivos fiscais e concorrência (econômico e jurídico, no Brasil e no mundo), e dado ficar estabelecida a competência do CADE para abordar a matéria, nos termos legais, por exemplo como ora faz nesta Consulta, nos termos do artigo 7º da Lei de Defesa da Concorrência: “responder a consultas sobre matéria de sua competência” (inciso XVII) (estas na forma da Resolução CADE nº18), e “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica” (inciso XVIII).”¹⁷

16 Revista de Direito Econômico nº30, legislação atualizada.

17 Resposta a consulta do PNBE sobre “Guerra Fiscal” que pode ser encontrada no site do CADE: www.mj.org.br/cade

O papel preventivo se dá por meio da análise de *atos de concentração*, como, por exemplo, fusões, aquisições, *join ventures* e alterações societárias.

O papel repressivo, por sua vez, realiza-se pela instauração de processos administrativos acerca da verificação de infrações à ordem econômica.

Como os incentivos fiscais estaduais não são *atos de concentração*, mas sim possíveis infrações contra a ordem econômica, cabe ao CADE apenas o exercício de duas de suas formas de atuação, a educativa e a repressiva.

Sob o vértice educativo, no que tange aos incentivos fiscais estaduais, a atuação do CADE tem sido expressiva, esclarecendo a relação existente entre a concorrência e os subsídios que vem sendo concedido pelos Estados.

Por outro lado, sob o vértice repressivo, ainda não houve qualquer direcionamento do CADE a respeito, porquanto não se registrou instauração de processo administrativo em matéria de incentivos fiscais estaduais, razão pela qual, através deste trabalho, busca-se contribuir para a formulação de propostas visando uma atuação mais efetiva do CADE, como se poderá verificar no tópico seguinte.

5. A ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS PELO CADE

A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE, enquanto infração à ordem econômica, pressupõe a instauração de um processo administrativo, como o de qualquer outra infração.

Ocorre que, em se tratando de subsídios provenientes dos Estados brasileiros, questionamentos devem ser levantados a respeito da aplicabilidade dessa Lei, bem como das implicações que podem ser levantadas aos Estados. É isto que se fará no presente trabalho.

5.1 O processo administrativo

5.1.1 O direito de representação

Assim como exige o artigo 3º do Código de Processo Civil, é necessária legitimidade para ser proposta ou contestada uma ação. No caso da lei antitruste, como consta do parágrafo único do artigo 1º, "a titularidade dos

bens protegidos por esta lei é a coletividade" e, sendo assim, são prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica, primeiramente a coletividade e somente secundariamente as pessoas físicas e jurídicas. A esse respeito, cita-se o Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca:

*“É preciso salientar que o titular dos bens protegidos pela lei antitruste é a coletividade, como consta do parágrafo único do art. 1º da lei. As infrações tipificadas nos arts. 20 e 21 caracterizam acima de tudo ofensas ao mercado, e só secundariamente aos indivíduos. Os prejudicados seriam, assim, a coletividade e, secundariamente, pessoas físicas e jurídicas.”*¹⁸

Seguindo esse entendimento, seria natural que a Lei 8.884 permitisse a representação a qualquer interessado. Assim é o que ela determina, através do seu artigo 30, que deixa claro: “a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado”. Este preceito é válido em todos os casos, inclusive na análise dos incentivos fiscais estaduais.

A averiguação preliminar é procedimento preparatório que antecede o processo administrativo de apuração das infrações contra a ordem econômica. O objeto de investigação das averiguações preliminares é a coleta de indícios mais consistentes da prática da infração.

Logo, se a SDE, de ofício, discricionariamente não promove averiguações preliminares sobre a existência de incentivo fiscal que enseja infração à ordem econômica, qualquer interessado, por representação escrita, devidamente fundamentada, pode fazê-lo.

5.1.2 A aplicabilidade da Lei 8.884 e o agente ativo da infração contra a ordem econômica

O artigo 15 da Lei 8.884 define a aplicabilidade dessa lei:

“Art.15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem

18 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, página 113.

personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”¹⁹

Como se vê, esta lei é aplicável a toda e qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, de direito público ou privado.

Desse artigo, ao propósito específico desse trabalho, o que interessa são as pessoas jurídicas de direito público e mais propriamente, os entes da federação.

A esse respeito, existem dois entendimentos doutrinários que merecem ser destacados: O Primeiro, do ilustre Professor Fábio Ulhoa Coelho, considera que o artigo 15 não identifica especificamente o agente ativo da infração contra a ordem econômica, mas apenas se refere às pessoas às quais a Lei se aplica, considerando que as pessoas jurídicas de direito público não são possíveis agentes ativos de infração à ordem econômica:

“Assim, a referência às pessoas jurídicas de direito público não deve ser necessariamente entendida como a definição de um gênero de agente ativo de infração contra a ordem econômica, mas sim considerada no amplo universo das pessoas em relação às quais a lei se aplica, não necessariamente para submetê-las a sanções.”²⁰

Discordando desse entendimento, o Conselheiro João Bosco Leopoldino considera que o artigo 15 não somente faz referência às pessoas às quais a Lei se aplica, mas, também, coloca a pessoa jurídica de direito público como possível agente ativo da infração contra a ordem econômica:

“Tais infrações podem provir quer de pessoas físicas, quer de pessoas jurídicas, sejam elas de direito privado ou público, tenham-se constituído segundo as exigências legais, quer sejam sociedades meramente de fato.”²¹

Sob o ponto de vista do Professor Fábio Ulhoa, um processo administrativo do CADE não poderia ter o Estado como agente causador de

19 Revista de Direito Econômico nº30, legislação atualizada.

20 COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, página 41.

21 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, página 81.

uma infração à ordem econômica, sendo impossível, portanto, que o Estado seja parte desse processo. Sob o ponto de vista do Conselheiro João Bosco, por outro lado, não há óbices a um processo administrativo do CADE que tenha o Estado como agente causador de uma infração e, conseqüentemente, que o Estado seja parte.

De fato, a pessoa jurídica de direito público pode ser agente ativo de infração contra a ordem econômica, assim como, na análise em foco, o Estado é agente ativo da “Guerra Fiscal” que pode afetar a concorrência e ser considerado como infração.

Concluí-se, portanto, que o Estado pode figurar como parte no processo administrativo do CADE, visto que a lei é perfeitamente aplicável e o Estado pode ser agente ativo de infração contra a ordem econômica, sendo mais consistente, sem dúvida, o posicionamento expresso pelo Conselheiro João Bosco Leopoldino.

5.1.3 O trâmite

O trâmite processual de um processo administrativo do CADE na análise de incentivos fiscais dos Estados, não é diferente de qualquer outro processo administrativo regulado pela Lei 8.884, respeitada, obviamente, a soberania do Estado como ente da federação.

5.1.4 A decisão

Como se sabe, todos os entes públicos são constitucionalmente dotados de isonomia. Dessa forma, o CADE, como autarquia federal, não é dotado de poder hierárquico e, conseqüentemente, sancionador, sobre quaisquer desses entes, ou mesmo dos órgãos da Administração Pública direta e autarquias. A esse respeito, registre-se a fala do Professor Fábio Ulhoa Coelho:

“Esse é o único entendimento possível, em face da isonomia constitucional dos entes públicos. O CADE, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da Justiça, não têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública (órgãos da Administração

direta e autarquias); não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios.”²²

Da Administração Pública, como continua o Professor Fábio Ulhoa Coelho, apenas as pessoas jurídicas de direito privado estão sujeitas às penalidades da Lei 8.884:

“Da Administração Pública, somente se encontram sujeitas às penalidades da legislação antitruste as pessoas jurídicas de direito privado, como as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações, federais, estaduais ou municipais.”²³

Trata-se de constatação importantíssima, pois que limitada constitucionalmente qualquer sanção a ser imposta pelo CADE ao Estado, não haveria meio de coerção direta do CADE no caso em foco.

Da racionalização da questão, apresentamos três recursos possíveis que podem ser utilizados pelo CADE para suprir a sanção.

O primeiro encontra-se no artigo 7º, inciso X, da Lei 8.884:

“Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:

*X – requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;”*²⁴

O CADE não pode impor ao Estado o exercício de sua decisão, mas pode solicitar das autoridades dos Estados que tomem as medidas necessárias ao seu cumprimento.

No caso, sendo o incentivo fiscal instituído por lei, a solicitação ao Estado teria por objetivo alterar a lei que o instituiu, retirando os prejuízos à concorrência, ou, se totalmente inviável sob o ponto de vista da livre concorrência, que seja revogada a lei.

22 COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, página 41.

23 COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, página 41.

24 Revista de Direito Econômico nº30, legislação atualizada.

Para fazer valer o interesse coletivo, além de solicitar ao Estado o cumprimento da decisão, o CADE pode oficiar ao Ministério Público para que tome iniciativa judicial cabível, baseada no teor da decisão. Essa seria outra opção, nesse caso o CADE apenas instruiria o Ministério Público, que se incumbiria do ônus da representação do interesse público perante o judiciário.

Da mesma forma, o próprio CADE, utilizando de sua procuradoria, pode requerer medidas judiciais visando à cessação da infração, conforme deixa claro o artigo 10º, III, da Lei 8.884:

“Art. 10º. Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

(...)

III – requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica;”²⁵

Nessas três situações, não há agressão à isonomia constitucional. Na primeira, há mera requisição, sem efeitos sancionatórios. Na segunda, há apenas invocação do Ministério Público ao exercício de sua competência de defesa do interesse Público. Na terceira, finalmente, não há possibilidade de sanção imposta pelo CADE, mas somente atuação de sua procuradoria conforme legitimação legal, sendo que, havendo sanção, seria imposta pelo Judiciário.

5.1.5 A importância da decisão

A necessidade de uma decisão do CADE, mesmo que não dotada de caráter sancionatório, sintetiza-se na importância do próprio tema. A questão fiscal tem tal relevância, que suas conseqüências atingem a todos, contribuintes ou não.

Assim como nos ensina o Professor Geraldo Ataliba, “o objeto da relação tributária é o comportamento consistente em levar dinheiro aos cofres públicos”²⁶. Por força de lei, através do princípio da legalidade, atribuí-se uma parcela dos “bens” das pessoas físicas e jurídicas ao Estado.

A desoneração dessa obrigação só pode ser feita pelo próprio Estado, que, representando interesse coletivo, abre exceções ao poder de

25 Revista de Direito Econômico nº30, legislação atualizada.

26 ATALIBA, Geraldo. Hipóteses de Incidência Tributária, 6ª edição, página 23.

tributar, devendo, para tanto, seguir os princípios da legalidade e da razoabilidade que contornam a Administração Pública.

Ocorre, que da forma como vem sido feita, a desoneração fiscal tem agredido flagrantemente preceitos constitucionais de diversas naturezas, exigindo, portanto, alguma contestação.

Decisões do CADE que condenassem incentivos fiscais estaduais à condição de contrariedade da ordem econômica, esclareceriam pontos importantes que impulsionariam ações de inconstitucionalidade ou poderiam garantir a inoperabilidade de possíveis danos aos concorrentes, ao consumidor e ao mercado.

A legislação brasileira, como se verificou, é desprovida de instrumentos jurídico-administrativos antitrustes eficazes voltados aos aspectos anticompetitivos dos incentivos fiscais estaduais.

A instrumentalização da legislação antitruste a esse respeito, criaria um controle flexível, que alcançaria mudanças legislativas e de mercado, evitando-se, assim, a rigidez da fixação de preceitos legais, necessários, é verdade, mas que devem ser complementados, sob pena de se perderem no tempo.

O próprio exercício de sua competência, justificaria que o CADE julgasse os incentivos fiscais estaduais, emitindo sua decisão e ratificando seu papel de defensor do mercado e do interesse coletivo.

Enfim, se a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884, não se pode deixar de dar importância aos seus interesses.

6. A CONCLUSÃO

O desenvolvimento desse tema permitiu evidenciar que a promoção da livre concorrência é um dever do Estado e, principalmente, um direito coletivo.

A guerra fiscal, estabelecida entre Estados, aos promover de forma discricionária a renúncia fiscal, prejudica a livre iniciativa e reduz a capacidade de dispêndio dos Estados nas suas funções primordiais de promover o bem-estar. Nesse particular, os incentivos fiscais têm efeitos deletérios regressivos, penalizando progressivamente os mais pobres, em detrimento dos mais ricos, na prestação de serviços públicos essenciais, especialmente no atendimento à saúde e à educação.

Secundariamente, afetaria também as pessoas jurídicas (e seus sócios), especialmente aquelas do mesmo ramo de atividade, já estabelecidas, que não gozam do mesmo benefício.

A guerra fiscal entre Estados, enquanto instrumento de atração de investimentos, faz com que todos os entes federados percam receita, beneficiando, tão somente algumas empresas que podem auferir lucros exorbitantes ou praticar preços predatórios.

Ao avançar na discussão do papel repressivo do CADE, com sugestões relativas às iniciativas legais pertinentes, este documento evidenciou algumas alternativas que poderiam estabelecer procedimentos específicos no julgamento administrativo de recursos decorrentes da “guerra fiscal”, que vem absorvendo recursos cada vez mais volumosos, com evidentes prejuízos ao interesse público.

Essa iniciativa, de criar soluções aos problemas atuais, fazendo funcionar a administração pública da forma como ela já existe, é tão importante quanto buscar soluções na reformulação do contexto administrativo, o que por muitas vezes, em razão da burocracia, acaba não dando certo. Esperamos que o governo tenha consciência disso, pois a garantia do funcionamento da máquina estatal da forma como ela se encontra, seria um auxílio às reformas para o futuro.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JOHAMPETER, Guilherme. *Anti dumping Prático e Desleal no Comércio Internacional*. 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Direito Penal Econômico Brasileiro*. Porto Alegre: Sagra-D.C. Luzzata, 1996.

Revista de Direito Econômico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Brasília, n° 24, 29 e 30.

