

Inspere
LL.C. em Direito Empresarial

Julia Siaulys Cardoso

A legitimidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para
recomendar aos órgãos competentes o cancelamento dos incentivos fiscais de
contribuintes condenados por infração à ordem econômica

São Paulo
2020

Julia Siaulys Cardoso

A legitimidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para
recomendar aos órgãos competentes o cancelamento dos incentivos fiscais de
contribuintes condenados por infração à ordem econômica

TCC apresentado ao programa de LL.C. em
Direito Empresarial como requisito parcial
para a obtenção do título de pós-graduado
em Direito Empresarial.

Orientadora: Profa. Pamella Gabrielle
Romeu Gomes Roque

São Paulo

2020

Siaulys Cardoso, Julia.

A legitimidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para recomendar aos órgãos competentes o cancelamento dos incentivos fiscais de contribuintes que forem condenados pelas práticas de infração à ordem econômica

Julia Siaulys Cardoso – São Paulo, 2020.

25 f.

TCC apresentado ao programa de LL.C. em Direito Empresarial – Insper, 2020.

Orientadora: Profa. Pamella Gabrielle Romeu Gomes Roque

1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). 2. Incentivos fiscais. 3. Direito Concorrencial, 4. Direito Tributário.

Julia Siaulys Cardoso

A legitimidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para
recomendar aos órgãos competentes o cancelamento dos incentivos fiscais de
contribuintes condenados por infração à ordem econômica

TCC apresentado ao programa de LL.C. em
Direito Empresarial como requisito parcial
para a obtenção do título de pós-graduado
em Direito Empresarial.

Orientadora: Profa. Pamella Gabrielle
Romeu Gomes Roque

Banca Examinadora

RESUMO

O artigo 38, inciso IV, da Lei nº 12.529, de 30.11.2011¹ determina que, dentre as diversas penalidades que podem ser impostas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, é possível que ele recomende, aos órgãos públicos competentes, que não sejam concedidos ao infrator da ordem econômica parcelamentos de tributos federais por ele devidos ou, ainda, que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

Considerando que o Direito Tributário e o Direito Concorrencial são dois ramos autônomos do Direito e que, inclusive, possuem seus respectivos órgãos fiscalizadores e julgadores administrativos, a questão que se coloca é entender se a previsão legal acima mencionada, a qual permite ao CADE recomendar o cancelamento de benefícios fiscais e a não concessão de parcelamentos tributários, está abarcada pela competência desse Conselho ou não.

Palavras-chave: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); incentivos fiscais; competência; direito concorrencial; direito tributário.

¹ BRASIL. Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ABSTRACT

Article 38, item IV, of Law 12.529, of 11/30/2011² determines that, among the various penalties that may be imposed by the Administrative Council of Economic Defense to companies that violate the economic order, it can recommend, to the competent public bodies, that installments of federal taxes are not granted, or even that its tax incentives or public subsidies are canceled.

Considering that Tax Law and Competition Law are two autonomous branches of Law and that they even have their respective supervisory bodies and administrative judging bodies, the question that arises is to understand whether the legal provision mentioned above, is comprised in the competence of this Administrative Council of Economic Defense or not.

Keywords: Administrative Council of Economic Defense (CADE); tax incentives, competence, competition law, tax law.

² BRASIL. Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	7
2. Incentivos Fiscais e o Direito Concorrencial	10
2.1. Comentários gerais sobre incentivos fiscais	10
2.2. Incentivos fiscais e a livre concorrência.....	10
3. Competências do CADE	13
3.1. Comentários gerais	13
3.2. Conceito de infração à ordem econômica	13
3.3. Competências do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica	15
3.4. Competências da Superintendência-Geral	16
4. Análise Empírica: exemplos de aplicação da recomendação pelo CADE	18
5. Conclusão.....	19
BIBLIOGRAFIA.....	21
LISTA DE REFERÊNCIAS	24

1. Introdução

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, que tem por missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir sobre matéria concorrencial, mas também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência³.

No contexto das atividades do CADE, o artigo 38, inciso IV, da Lei nº 12.529, de 30.11.2011⁴ (Lei 12.259/2011) determina que, dentre as diversas penalidades que podem ser por ele impostas, é possível que ele recomende, aos órgãos públicos competentes, que não sejam concedidos ao infrator da ordem econômica parcelamentos de tributos federais por ele devidos ou, ainda, que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

Importante destacar que, como não há, na redação do artigo supramencionado, delimitação da esfera federal para a recomendação do cancelamento de incentivos fiscais, conclui-se que o artigo pode servir como fundamento para a recomendação do cancelamento dos benefícios fiscais inclusive às Secretarias de Fazenda Estaduais ou até mesmo aos órgãos competentes das Prefeituras (de forma que o tema será analisado considerando essa premissa). Apesar disso, o mesmo racional não se aplica ao cancelamento de parcelamentos porque, para essa questão, a legislação fala em parcelamentos de tributos federais⁵.

³ CADE, 2020. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>. Acesso em 23 abr. 2020.

⁴ BRASIL. Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

⁵ BRASIL. Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

Para a análise pretendida no presente artigo, é importante lembrar que o Brasil, atualmente, se encontra numa situação em que a Administração Pública (em todas as esferas – federal, estadual e municipal) tem enfrentado problemas financeiros, de forma que a busca pela arrecadação, que resulta justamente do recolhimento de tributos pelos contribuintes, tem se tornado cada vez mais atrativa e necessária.

Esse cenário se mostra como um fator apto a aumentar o interesse das respectivas autoridades no cancelamento de incentivos dessa natureza e também do próprio CADE em passar a recomendar, com mais frequência, o cancelamento dos incentivos fiscais dos contribuintes condenados por infrações à ordem econômica. Isso porque, como é de se esperar, em última instância, o cancelamento de incentivos fiscais e a não concessão de parcelamentos tributários leva a um aumento na arrecadação pela Administração Pública.

Além da busca por maior arrecadação, também é de conhecimento comum que a carga tributária brasileira é altíssima – tão alta que a concessão de incentivos fiscais aos contribuintes pode ser, inclusive, uma medida que garante a sobrevivência desses contribuintes no mercado, isto é, a concessão de incentivos fiscais e mesmo de parcelamentos tributários é, no Brasil, fundamental para que os contribuintes consigam exercer a sua atividade econômica.

Ocorre que, embora para alguns contribuintes a existência de incentivos fiscais possa constituir verdadeira medida de sobrevivência, é evidente que outros contribuintes podem buscar incentivos fiscais como uma forma de se favorecer em relação aos seus concorrentes, o que, ao menos em princípio, poderia levar à conclusão de que tais incentivos fiscais podem ser uma forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Diante desse pano de fundo, embora seja evidente que o artigo 38, inciso IV, da Lei 12.259/2011, permita ao CADE apenas a recomendação do cancelamento de incentivos fiscais, é necessário analisar e entender se o CADE, como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, tem competência para fazer essa recomendação, ou se competiria a ele apenas analisar as infrações à ordem econômica e aplicar penalidades limitadas a essa esfera, sem adentrar no âmbito tributário.

Para a análise pretendida, foram levados em consideração os seguintes pontos: (a) competências do CADE e seus órgãos internos definidas em Lei; (b) o conceito de infração à ordem econômica, por ser relevante para a análise das competências dos órgãos; (c) a relação entre o Direito Concorrencial e o Direito Tributário; e (d) a aplicação, em casos já julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, da recomendação estudada.

Por outro lado, não foram levadas em consideração as competências do Centro de Estudos Econômicos e aquelas específicas dos membros dos órgãos internos do CADE, uma vez que, por se tratar de questão sobre a relação entre duas áreas do Direito, a competência dos órgãos julgadores é mais relevante do que as de pessoas específicas que atuam dentro desses órgãos. Da mesma forma, o Centro de Estudos Econômicos do CADE não possui competências relevantes para os fins pretendidos na análise, e, por tal motivo, não será objeto de detalhamento em capítulo específico.

2. Incentivos Fiscais e o Direito Concorrencial

2.1. Comentários gerais sobre incentivos fiscais

Dentre outros fatores, o Brasil é evidentemente conhecido pela elevada carga tributária e pela complexidade do seu sistema tributário. São diversos os tributos incidentes sobre as atividades empresariais e, enquanto não há uniformidade nas legislações estaduais e municipais que regulam os tributos de competência dos Estados e Municípios, também a legislação que regula os tributos federais não dá, aos contribuintes, a segurança jurídica necessária à cobrança e fiscalização tributária.

Os incentivos fiscais (sejam eles federais, estaduais ou municipais) aparecem, então, como alternativas para viabilizar e fomentar o exercício das atividades empresariais. As suas formas são as mais diversas, sendo que isenções, reduções de base tributável, diferimentos, suspensões e créditos presumidos são apenas alguns exemplos dos instrumentos utilizados pelos entes federativos para incentivar o exercício de atividades por empresários.

Além da natureza dos próprios incentivos, cabe destacar que, em diversos casos, esses incentivos podem ser direcionados a determinados setores da economia ou a determinados produtos, por exemplo. Nesse sentido, muitas vezes, a essencialidade do produto é que garante o seu incentivo (como é o caso da redução da base tributável do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicação (ICMS) sobre produtos que compõem a cesta básica).

No que diz respeito aos incentivos fiscais, portanto, cabe a cada ente federativo, no âmbito de sua competência, analisar qual é o setor, produto ou contribuinte que faz jus a determinado incentivo fiscal naquele momento, obviamente que com o respeito às normas gerais do Direito Tributário.

2.2. Incentivos fiscais e a livre concorrência

Embora os incentivos fiscais sejam normalmente concedidos com o objetivo de fomentar e viabilizar determinadas atividades econômicas, parte da doutrina entende que essa concessão de benefícios pode afetar a livre concorrência.

Nesse sentido, por exemplo, Giovani Loss⁶ expõe que a concessão de incentivos fiscais permite à empresa incentivada que reduza os preços dos produtos ou serviços sem que o concorrente tenha um mesmo incentivo fiscal, e, portanto, apresenta aspectos anticoncorrenciais:

Os aspectos anticoncorrenciais da concessão de incentivos fiscais, já plenamente conhecidos pelo direito internacional através da OMC, resultam de um raciocínio lógico e simples. A incidência de tributação sobre o valor de certo produto desloca para cima a curva da oferta a curto 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 de um determinado Estado possuiria vantagem sobre suas demais concorrentes, uma vez que a curva de oferta seria deslocada para baixo em relação às demais. A concessão de incentivos fiscais, por conseguinte, influi na formação de preços no mercado, matéria intrinsecamente ligada à defesa da concorrência.

Em que pese a influência que os tributos exercem sobre os preços praticados na venda de produtos e prestação de serviços, é importante lembrar, para a presente análise, que os incentivos fiscais são, na verdade, benefícios concedidos aos contribuintes por entes federativos, ou seja, por entes integrantes da Administração Pública.

É verdade que nem todos os incentivos concedidos por esses entes federativos observaram a legislação de regência, e, portanto, podem ser considerados inválidos, como é o caso dos incentivos fiscais do ICMS concedidos sem aprovação do Conselho Nacional de Política Fazendária (o CONFAZ).

Apesar disso, os atos da Administração Pública gozam da presunção de legitimidade, que consiste num princípio do Direito Administrativo de acordo com o qual presume-se que todos os atos praticados pela Administração Pública foram praticados dentro dos limites da lei e, portanto, são válidos. A sua invalidação exige prova da inobservância da legislação.

⁶ LOSS, Giovani Ribeiro. A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 8/2001, p. 65-81, jan. 2001. Acesso em: 14 ago. 2019. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Assim, até que os incentivos fiscais concedidos pelos entes federativos sejam julgados inválidos, deve-se presumir que cada ente federativo, ao concedê-los, tenha levado em consideração todos os aspectos que fariam com que os incentivos fossem ilegais. Nesses aspectos, deve-se incluir a também a justa concorrência entre as empresas, uma vez que isso é garantido aos empresários pela própria Constituição Federal.

Além das questões relativas à presunção de legitimidade dos incentivos fiscais, é importante lembrar, para a presente análise, que, como já mencionado acima, em vários casos, os incentivos fiscais são concedidos a determinados setores da economia ou a produtos específicos, de forma que, entre concorrentes, não deveriam gerar grandes disparidades, porque podem, ao menos em princípio, beneficiar todos os integrantes do setor.

3. Competências do CADE

3.1. Comentários gerais

De acordo com o site do CADE⁷, a esse Conselho compete prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica. No exercício dessa função, o CADE deve ser orientado pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Além dos ditames constitucionais, no exercício da prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, a legislação (artigo 5º da Lei 12.259/2011⁸) determina que o CADE conta com três órgãos internos, quais sejam: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) Superintendência-Geral; e (iii) Departamento de Estudos Econômicos.

Esses órgãos possuem competências e atribuições específicas, sendo que as competências dos dois primeiros serão analisadas abaixo.

3.2. Conceito de infração à ordem econômica

Antes de analisar as competências específicas de cada órgão que compõe o CADE, é fundamental definir o que é uma infração à ordem econômica, porque a função do próprio CADE como um todo tem como ponto central às infrações contra a ordem econômica. Assim, é natural que todas as competências dos órgãos do CADE também girem em torno desse conceito.

⁷ CADE, 2020. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>. Acesso em 23 abr. 2020.

⁸ BRASIL. Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

Sobre as infrações à ordem econômica, portanto, o artigo 36, da Lei 12.259/2011⁹, determina quais são as condutas que devem ser entendidas como tais, sendo: (a) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (c) aumentar arbitrariamente os lucros; e (d) exercer de forma abusiva posição dominante.

O que se verifica do artigo 36 acima mencionado é que as infrações à ordem econômica são, na verdade, condutas que têm determinado objetivo. Sobre esse assunto, ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (2012)¹⁰:

Tais infrações se revelam em função do resultado potencial ou efetivo em prejuízo à livre concorrência, que importe em “dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros” nos termos do dispositivo constitucional que prevê a repressão ao abuso do poder econômico, conforme exposto pelo §4º do art. 173 da CF de 1988.

Diante do exposto, portanto, o que se tem é que, embora os incentivos fiscais possam, ao menos em princípio, representar vantagem para determinados contribuintes em face de seus concorrentes, fato é que, pela definição do artigo 36, da Lei 12.259/2011¹¹, não há como identificar qualquer infração à ordem econômica quando se está diante de incentivos fiscais.

⁹ BRASIL. Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

¹⁰ ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (org.). Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012. p. 119 e 120.

¹¹ BRASIL. Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

3.3. Competências do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

As competências do Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica estão listadas no artigo 9º, da Lei 12.259/2011¹². Além de competências administrativas (relativas ao Regimento Interno do CADE, por exemplo), o Tribunal Administrativo possui as seguintes competências:

- a) Decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;
- b) Decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;
- c) Ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;
- d) Aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;
- e) Apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;
- f) Requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;
- g) Requerer à Procuradoria Federal junto ao CADE a adoção de providências administrativas e judiciais; e
- h) Requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções.

¹² BRASIL. Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

Das competências acima indicadas, conclui-se que, embora as funções do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica sejam diversas, é possível identificar um ponto em comum entre elas, qual seja, o fundamento em infração à ordem econômica.

Dito de outra forma, o que se verifica é que, embora o órgão em análise possa decidir processos administrativos, analisar medidas preventivas e decidir os processos para a imposição de sanções administrativas, fato é que todas essas funções partem de um ponto em comum, que é a verificação de infração à ordem econômica.

Apesar disso, não há, na lista de competências do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, qualquer menção à administração e fiscalização tributária. Ainda, e como mencionado no Subcapítulo anterior, não é possível enquadrar a utilização de incentivos fiscais como uma infração à ordem econômica, de forma que a conclusão lógica da análise da legislação é a de que não cabe, ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, qualquer providência que importe no cancelamento de incentivos fiscais ou parcelamentos tributários.

3.4. Competências da Superintendência-Geral

O artigo 13, da Lei 12.259/2011¹³, por sua vez, é o artigo que determina as competências do da Superintendência-Geral do CADE. Além de competências processuais relativas ao procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica (por exemplo), a Superintendência-Geral possui as seguintes competências:

- a) Acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem

¹³ BRASIL. Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

b) Promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

c) Instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

d) Remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

e) Adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; e

f) Orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei.

Mais uma vez, o que se verifica é que, embora as competências desse órgão do CADE também sejam as mais diversas, é possível identificar um ponto em comum entre todas, qual seja: o fundamento em infração à ordem econômica. Assim, também para a Superintendência-Geral, o que se verifica é que ela não possui competência legal para administrar e fiscalizar tributos.

Tendo em vista que, conforme mencionado anteriormente, não é possível enquadrar a utilização de incentivos fiscais como uma infração à ordem econômica, a mesma conclusão alcançada para o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica feita acima se aplica à Superintendência-Geral do CADE, no sentido de não cabe a ela qualquer providência que importe no cancelamento de incentivos fiscais ou parcelamentos tributários.

4. Análise Empírica: exemplos de aplicação da recomendação pelo CADE

A problemática colocada acima se mostra relevante porque, embora a recomendação de cancelamento de incentivos fiscais e não concessão de parcelamentos tributários seja efetivamente aplicada pelo CADE, a verdade é que o CADE tem se utilizado dessa recomendação em determinadas situações.

Assim, foram pinçados quatro exemplos de julgados¹⁴ em que o CADE determinou a expedição, aos órgãos competentes, para cancelamento dos incentivos fiscais dos contribuintes que tenham sido condenados por infração à ordem econômica. São eles:

- a) Processo Administrativo 08012.008847/2006-17, processo no qual houve a condenação, em 20 de maio de 2015, de vinte e sete postos e nove pessoas físicas por formação de cartel de combustíveis na região metropolitana de Vitória, no Espírito Santo;
- b) Processo Administrativo 08012.010215/2007-96, processo no qual houve condenação, em 6 de março de 2016, de dez postos e doze pessoas físicas por formação de cartel de combustíveis em Caxias do Sul/RS;
- c) Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, processo no qual houve condenação, em 27 de julho de 2016, de seis empresas, três associações e seis pessoas físicas, no chamado “cartel do cimento”; e
- d) Processo Administrativo 080700.004617/2013-41, processo no qual houve condenação, 8 de julho de 2019, de onze empresas e quarenta e duas pessoas físicas por formação de cartel em licitações públicas de trens e metrô realizadas em vários Estados.

Os exemplos acima, longe de demonstrarem exaustivamente todos os casos em que o CADE efetivamente aplicou a competência prevista na legislação que permite a recomendação do cancelamento de incentivos fiscais.

¹⁴ CADE, 2020. Disponível em: http://www.cade.gov.br/@_@search?Subject%3Alist=súmulas. Acesso em 17 mar. 2020.

5. Conclusão

Como já mencionado anteriormente, o cenário brasileiro atual se mostra ideal para que o CADE passe a utilizar, com mais frequência, a recomendação aos órgãos competentes para o cancelamento dos incentivos fiscais, uma vez que, em última instância, o cancelamento de incentivos e parcelamentos tributários significam uma maior arrecadação por parte da Administração Pública.

Apesar disso, é importante lembrar que, embora os tributos (e, conseqüentemente, os incentivos fiscais) exerçam influência sobre os preços praticados na venda de produtos e prestação de serviços, é importante lembrar, que estamos diante de benefícios concedidos aos contribuintes por entes federativos, os quais gozam da presunção de legitimidade.

Assim, até que os incentivos fiscais concedidos pelos entes federativos sejam julgados inválidos, deve-se presumir que cada ente federativo, ao concedê-los, tenha levado em consideração todos os aspectos que fariam com que os incentivos fossem ilegais, inclusive os potenciais efeitos concorrenciais que podem acabar por influenciar determinados setores da economia.

Além das questões relativas à presunção de legitimidade dos incentivos fiscais, também deve ser levado em consideração, como já mencionado acima, que, em vários casos, os incentivos fiscais são concedidos a determinados setores da economia ou a produtos específicos, de forma que, entre concorrentes, não deveriam gerar grandes disparidades, porque podem, ao menos em princípio, beneficiar todos os integrantes do setor.

Assim, embora os incentivos fiscais possam, ao menos em princípio, representar vantagem para determinados contribuintes em face de seus concorrentes, fato é que, pela definição do artigo 36, da Lei 12.259/2011¹⁵, não há como identificar qualquer infração à ordem econômica.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

Tendo em vista que é não possível enquadrar a utilização de incentivos fiscais como uma infração à ordem econômica, portanto, não há que se falar em competência do CADE para recomendar, aos órgãos competentes, o cancelamento desses incentivos.

BIBLIOGRAFIA

FARINA, Laércio. A nova lei do Cade: o 1º ano na visão das autoridades. 1. ed. Ribeirão Preto: Migalhas, 2013. 144 p.

DUTRA, Pedro (org.). Conversando com o Cade. São Paulo: Singular, 2009. 386 p.

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (org.). Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012. 365 p.

COSTER, Tiago. Critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência – análise do art. 146-A da CF/1988. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 119/2014, p. 49-65, nov./dez. 2014. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016c9bc775c9b7061d06&docguid=I46b5238063ee11e4856b010000000000&hitguid=I46b5238063ee11e4856b010000000000&spos=1&epos=1&td=49&context=37&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 14 ago. 2019. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

DA SILVEIRA, Rodrigo Maito. Direito da concorrência e sua relação com a tributação. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 18/2010, p. 248-286, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016c9bc7b2cf5ad560ea&docguid=I8db210e03e5e11e09ce30000855dd350&hitguid=I8db210e03e5e11e09ce30000855dd350&spos=4&epos=4&td=773&context=53&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 14 ago. 2019 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

DE OLIVEIRA, Ygor Werner. O sistema constitucional econômico, a liberdade de concorrência e as imunidades tributárias. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 120/2015, p. 93-120, jan./fev. 2015. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016c9bc8e94db9103459&docguid=lf13995609c7f11e4b2f80100000000000&hitguid=lf13995609c7f11e4b2f80100000000000&spos=3&epos=3&td=224&context=76&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

Acesso em: 14 ago. 2019 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O tratamento jurídico do controle das ajudas de Estado e as suas repercussões concorrenciais. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 18/2010, p. 205-247, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016c9bc9b3efd2b2e314&docguid=l8e426a003e5e11e09ce30000855dd350&hitguid=l8e426a003e5e11e09ce30000855dd350&spos=1&epos=1&td=50&context=97&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

Acesso em: 14 ago. 2019. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Apontamentos sobre os incentivos fiscais no Brasil. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 119/2014, p. 201-228, nov./dez. 2014. Acesso em: 14 ago. 2019. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

LOSS, Giovani Ribeiro. A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v.

8/2001, p. 65-81, jan. 2001. Acesso em: 14 ago. 2019. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

BRUMATTI, Flávia Lorena Peixoto Holanda. As imunidades tributárias e a livre concorrência. 2011. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5670/1/Flavia%20Lorena%20Peixoto%20Holanda%20Brumatti.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019.

SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa. Tributação e livre concorrência: um ensaio sobre 146-A da Constituição. 2011. 32 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Tributário) – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET, Brasília, 2011. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Daniel-Corrêa-Szelbracikowski-Daniel-Corrêa-Szelbracikowski.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019.

LOSS, Giovani. Aspectos anticoncorrenciais dos incentivos fiscais estaduais: a análise do CADE (<https://jus.com.br/artigos/1307/aspectos-anticoncorrenciais-dos-incentivos-fiscais-estaduais-a-analise-do-cade>). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5 (<https://jus.com.br/revista/edicoes/2000>), n. 48 (<https://jus.com.br/revista/edicoes/2000/12/1>), (<https://jus.com.br/revista/edicoes/2000/12/1>) dez. (<https://jus.com.br/revista/edicoes/2000/12>) 2000 (<https://jus.com.br/revista/edicoes/2000>). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1307>. Acesso em: 13 fev. 2020.

LISTA DE REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

CADE, 2020. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>. Acesso em 23 abr. 2020.