



Ministério da Justiça
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE 37 ANOS
Ação Independente em prol da Concorrência
Gabinete do Conselheiro Marcelo Calliari

Consulta nº 0038/99

Consulente: Pensamento Nacional das Bases Empresariais - PNBE

Representantes Legais: Márcio Valente, Neissan Monadjem, Fernando de Oliveira Marques, Kurt Lenhard, Lívio Antônio Giosa, Gilberto Dib.

VOTO

Conforme visto no Relatório, a presente Consulta, formulada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais - PNBE, tem como objetivo 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.

Para o consulente, graças à "guerra fiscal" a empresa receptora dos incentivos governamentais pode oferecer preços muito inferiores aos das demais empresas. Poderá ocorrer ainda o domínio do mercado pela empresa beneficiada, tendo em vista que as empresas já existentes, bem como as novas, não terão condições para competir com os preços oferecidos pela mesma, por mais que promovam a redução dos seus, posto que têm que arcar com os custos e obrigações regulares de empreendimento" (fls. 63-64 dos autos).

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 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"*¹.

Assim, dado que a eficiente alocação de recursos na economia é uma das principais preocupações do direito da concorrência, fica clara a configuração da competência do CADE para conhecer da Consulta em tela. Isso porque, segundo o consulente, a *"guerra fiscal pode levar a situações de*

¹ 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"*.

*alocação ineficiente de recursos na economia e a condições que permitam a uma empresa deter "domínio do mercado"*¹.

Tratando precisamente da importância do Direito Antitruste para a existência de uma distribuição eficiente de recursos na economia, os Professores Ernest Gellhorn e William E. Kovacic salientaram, o seguinte:

*"Em termos econômicos, a competição maximiza o bem-estar do consumidor por aumentar tanto a eficiência alocativa (produzindo o que os consumidores querem, conforme demonstrado por sua disposição a pagar) e eficiência produtiva (produzindo bens ou serviços ao menor custo usando o mínimo de recursos), e por encorajar progresso (recompensando inovações)"*².

Assim, levando em consideração que, segundo Pyndick e Rubinfeld, "O objetivo primário das leis antitruste é a promoção de uma economia competitiva, por meio da proibição de ações que sejam capazes de limitar ou que tenham possibilidade de limitar a concorrência", compete ao CADE analisar se a "guerra fiscal" pode afetar a promoção dessa economia competitiva e limitar a concorrência. Deve-se ressaltar, no entanto, que não serão aqui abordados vários dos outros temas também relacionados à guerra fiscal e ao sistema tributário em geral, tais como efeitos da concessão de incentivos fiscais sobre os tesouros estaduais ou qual o modelo tributário mais adequado para a realidade brasileira –questões que se encontram em debate na Comissão Especial da Câmara dos Deputados que analisa as várias Propostas de Emenda Constitucional (PEC) sobre Reforma Tributária e no próprio Poder Judiciário. Ao CADE cabe, neste momento e no estrito desempenho dos poderes-deveres previstos no artigo 7º da Lei de Defesa da Concorrência, "responder a consultas sobre matéria de sua competência" (inciso XVII) e "instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica" (inciso XVIII).

Cumpra também observar que, conforme visto no Relatório, os métodos para garantir e buscar a realização de investimentos privados nos territórios dos entes federativos são os mais variados possíveis e podem envolver todos os entes federativos. Não resta dúvida, porém, que a principal estratégia utilizada atualmente na "guerra fiscal" é a concessão pelos Estados membros³ 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 consultante ressalta a importância dos benefícios concedidos com base no ICMS e fundamenta sua petição aludindo aos efeitos deletérios à concorrência que seriam daí decorrentes.

² In "Antitrust Law and Economics in a Nutshell" - Fourth Edition, West Publishing Co. 1994, p. 42.

³ Na presente Consulta, 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).

Ressalte-se também que a forma pela qual ocorre a desoneração tributária do ICMS é indiferente para os fins da presente Consulta, dado que tanto a concessão de incentivos puramente fiscais⁴ como de incentivos financeiro-fiscais⁵ têm o mesmo efeito sobre o custo de funcionamento das empresas beneficiadas e sobre os mercados em que estas atuam.

Aliás, conforme visto no Relatório, para o Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, "a 'munição' da guerra fiscal, como regra, não é a concessão de isenção ou redução de alíquota do ICMS, mas sim a doação travestida de financiamento a longo prazo, sem juros ou correção monetária, do ICMS regularmente destacado no documento fiscal".

Esta forma de concessão de incentivos financeiro-fiscais ocorre, conforme trabalho do IPEA/FUNDAP⁶, através da criação de fundos estaduais de investimento atrelados à renúncia fiscal do ICMS que funcionam basicamente da seguinte maneira:

⁴ Segundo Marco Aurélio Greco e Anna Paola Zonari, "Várias são as formas de desoneração tributária. Dentro do campo de incidência, vale dizer, do que é tributado pelo ICMS, encontram-se a isenção, a redução da base de cálculo, a alíquota zero, o crédito presumido, etc. Já no campo da não-incidência tributária estão a imunidade, os fatos não alcançados por nenhuma norma de competência tributária ou aqueles abrangidos por competência atribuída a outras entidades que não o Estado-membro, e ainda os que embora tributáveis não foram contemplados pela lei instituidora do tributo". In "ICMS - Benefícios fiscais - Isenções, Convênios, Imunidades - Produtos Semi-elaborados", de Marco Aurélio Greco e Anna Paola Zonari, in: Curso de Direito Tributário - Ives Gandra da Silva Martins, coordenador - 4. ed. - Belém, CEJUP; Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1995, 2º volume, pp. 201

⁵ No que tange aos incentivos financeiro-fiscais, José Souto Maior Borges afirma que esta classe de incentivos também se encontra proibida pelo inciso IV do art. 1º da Lei Complementar 24/75: "Até então, o § único do art. 1º. refere-se especificamente a categorias autônomas de exoneração fiscal. Mas, o IV desse dispositivo adota uma técnica diversa: ele submete à sua regência "quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulta redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus" (textual). Ao contrário dos primeiros, discriminados nominalmente, os dos item IV não o foram. Donde a conclusão: aplicam-se não só a quaisquer incentivos fiscais no sentido estrito, ou seja, os que envolvam supressão ou redução de ICMS (redução da alíquota, p. ex.), mas também a quaisquer incentivos financeiros, ou seja, os que, após o pagamento do tributo, numa relação financeira entre o contribuinte e o fisco, impliquem supressão ou redução do ICMS" (grifamos). In "Incentivos Fiscais e Financeiros", parecer publicado na Revista de Trimestral de Direito Público, nº 8, ano 1994, p. 86-106.

⁶ Vide "Aspectos da guerra fiscal no Brasil", Carlos Eduardo G. Cavalcanti, Sérgio Prado. Brasília: IPEA, São Paulo, FUNDAP, 1998, p. 51. Essa obra, salientando os problemas com a simples concessão de isenção de pagamento do ICMS, afirma ainda que, "Em função dos problemas envolvidos com a ilegalidade ostensiva desses incentivos, todos os governos têm optado pela utilização da operação que chamamos de "triangulação" utilizando um fundo fiscal". Os autores explicam, então que, "nesse caso, o funding do financiamento é a receita de ICMS gerada pelo empreendimento, sendo a operação creditícia e o próprio fundo fiscal meros instrumentos para dar um contorno legal à operação básica, que é o diferimento subsidiado do imposto. Esse aspecto fica evidente ao se considerar o "número mágico" de, em média, 9% a 10% do faturamento. Supondo-se uma média de 50% a 60% de valor adicionado setorial, a aplicação da alíquota de 18% sobre esse valor geraria um recolhimento próximo dessa ordem. Desde que seja garantido o repasse do recurso orçamentário para o fundo, monta-se uma operação triangular que devolve o imposto à empresa" (p. 125).

"Cria-se um fundo de incentivos, alimentado por recursos orçamentários e outras fontes usuais, que conceda financiamento para capital de giro. O montante do crédito é definido de forma a corresponder, grosso modo, ao montante esperado do recolhimento de ICMS da empresa. Quando é um empreendimento novo, é usual a devolução integral do imposto gerado. Quando se trata de ampliação, o crédito devolve o chamado ICMS incremental. Em terceiro lugar, há que garantir a necessária transferência dos recursos escolhidos via arrecadação para o fundo de incentivos".

O que importa ressaltar é que tanto os mecanismos clássicos - tributários - como os mecanismos financeiros de concessão de incentivos fiscais relacionados ao ICMS têm efeitos semelhantes em termos de benefícios para as empresas e de impacto sobre a concorrência e sobre o mercado, e serão abordados conjuntamente.

Ante o exposto, entendo apropriado, pois, que a discussão acerca da "guerra fiscal" enfoque principalmente o seu aspecto mais controvertido e que foi mais ressaltado pela Consulente: a produção e circulação de mercadorias beneficiadas por incentivos fiscais e financeiro-fiscais concedidos com base no ICMS. Note-se que os comentários quanto a seus efeitos aplicam-se para todas as práticas de favorecimentos que tenham efeitos equivalentes.

Por fim, ressalte-se que o PNBE, através da presente Consulta, busca tão somente questionar se as práticas mencionadas podem ou não ter por efeito, nos termos do inciso primeiro do art. 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, "*limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa*". Não busca a manifestação sobre qualquer caso concreto específico nem muito menos qualquer tipo de condenação. Em se tratando de consulta, não poderia mesmo ser diferente.

Feitas essas observações e passando a tratar propriamente do mérito da Consulta, cumpre, inicialmente, recordar que, do ponto de vista microeconômico, um incentivo fiscal (ou subsídio) pode ser encarado como um imposto negativo. Ao tratar do "Efeito do imposto sobre produção no nível produtivo do setor industrial", os professores Pyndick e Rubinfeld ensinam que "*Um imposto sobre a produção, atingindo todas as empresas de um mercado competitivo, desloca para cima a curva da oferta a curto prazo do setor industrial na medida do valor do imposto. Isso eleva o preço de mercado do produto, reduzindo o nível de produção total da indústria*".

Assim, analisando a questão pelo outro lado, esses autores salientam que "*Existindo subsídio, o preço líquido recebido pelo vendedor excede o preço pago pelo comprador, e a diferença entre os dois é o valor do subsídio. Como seria provável, o efeito do subsídio sobre a quantidade produzida é o exato oposto do efeito de um imposto - isto é, a quantidade aumenta*"⁷.

⁷ Microeconomia, p. 355.

No caso em tela, a empresa beneficiada com um incentivo fiscal de um determinado Estado-membro possuiria, pois, uma vantagem sobre suas demais concorrentes, uma vez que sua curva de oferta seria deslocada para baixo em relação às demais. Poderia reduzir seu preço em face das empresas não beneficiadas, já que arcaria com menor ônus tributário na sua estrutura de formação de preço, ou então manter o preço no patamar do mercado e auferir renda adicional em comparação com suas concorrentes. Cumpre analisar, então, se esse tipo de situação pode gerar efeitos negativos para a concorrência.

Segundo afirmou o Deputado Federal Antônio Kandir em edição do Fórum Permanente da Concorrência do CADE, sobre "Defesa da Concorrência e Guerra Fiscal", tal prática "*é particularmente danosa para a concorrência em função das características do nosso sistema tributário*", uma vez que do percentual da carga tributária sobre o PIB (29,84% em 1998), 41,92% incide sobre bens e serviços⁸. Essa conclusão decorre da observação de que qualquer incentivo fiscal ou financeiro-fiscal poderia trazer grandes vantagens para empresas que, segundo ele, são escolhidas politicamente. De fato, analisando-se tabelas de custos de empresas hipotéticas percebe-se um expressivo aumento do lucro unitário dessas empresas na existência de incentivos fiscais.

Seguem abaixo, então, tabelas de custo, apresentadas no referido Fórum e baseadas em dados organizados pela consultoria KPMG, referentes aos custos de uma empresa hipotética produtora de sabonetes e às conseqüências sobre o seu lucro unitário na existência de incentivos fiscais.

Ressalte-se desde já que tais tabelas, bem como aquelas sobre outros setores que seguem mais abaixo e que foram obtidas junto à Consultoria KPMG por solicitação do CADE, demonstram modificações realmente dramáticas no lucro de uma empresa em função da existência de incentivos fiscais. A metodologia utilizada por essa Consultoria para realizar estes cálculos toma como premissa uma base de "100", que representa o "*Preço final, incluindo todos os impostos*" e leva em consideração custos e preços constantes do Balanço Anual da Gazeta Mercantil. Dessa forma, ocorrem as seguintes alterações na lucratividade das empresas quando beneficiadas por incentivos fiscais relativos ao ICMS.

⁸ Segundo o Deputado Antônio Kandir, que cita exemplos de vários países, nos Estados Unidos, cuja carga tributária corresponde a 28,5% do PIB, somente 17,2% desta incide sobre bens e serviços.

Demonstrativo da Carga Fiscal do Sabonete - Situação Inicial (Sem Incentivos Fiscais)

CARGA FISCAL DO SABONETE – ICMS 18%

Conta		Resultado
FATURAMENTO		100,00
IMPOSTOS INDIRETOS		- 28,87
IPI	0,10	- 9,09
ICMS	0,18	- 16,36
PIS/COFINS	0,04	- 3,32
RECEITA LÍQUIDA		71,23
CUSTO DE PRODUÇÃO		- 40,45
Materiais		-20,60
Mão de Obra		-14,70
Encargos		- 5,15
LUCRO BRUTO		30,78
DESPESAS OPER.		- 26,74
Salários		-9,70
Encargos		-3,40
CPMF		-0,36
Financeiras		- 5,98
Outras		- 7,30
LUCRO OPERACIONAL		4,04
IR/CS		- 1,33
LUCRO LÍQUIDO		2,71

Tal tabela, que arrola os custos de produção de uma hipotética empresa produtora de sabonetes não contemplada com incentivos fiscais, demonstra a grande importância que o ICMS possui no lucro operacional da empresa, constituindo-se, na verdade como o tributo indireto que mais onera essa produção.

O peso considerável do ICMS para a lucratividade da empresa fica ainda mais claro na análise das tabelas abaixo, que passam a supor a existência de exonerações do ICMS da ordem de 6%, 10% e 18%, respectivamente.

CARGA FISCAL DO SABONETE – ICMS 12%

Conta		Resultado
FATURAMENTO		100,00
IMPOSTOS INDIRETOS		- 23,56
IPI	0,10	- 9,09
ICMS	0,12	- 10,91
PIS/COFINS	0,04	- 3,56
RECEITA LÍQUIDA		76,44
CUSTO DE PRODUÇÃO		- 40,45
Materiais		-20,60
Mão de Obra		-14,70
Encargos		- 5,15
LUCRO BRUTO		35,99
DESPESAS OPER.		- 26,74
Salários		-9,70
Encargos		-3,40
CPMF		-0,36
Financeiras		- 5,98
Outras		- 7,30
LUCRO OPERACIONAL		9,25
IR/CS		- 3,05
LUCRO LÍQUIDO		6,20

Redução do ICMS de 18% para 12% = -33%

Elevação do Lucro Líquido de 2,71% para 6,20% do Faturamento= **+ 128%**

Depreende-se assim, desde já, que se trata aqui de relevante alteração na lucratividade da empresa. As conseqüências que podem decorrer para o mercado e, possivelmente, para a sua estrutura em função da existência de uma diferença da ordem de 128% no lucro de empresas concorrentes não são, pois, nada desprezíveis. Tal diferença se acentua ainda mais nas tabelas abaixo analisadas.

CARGA FISCAL DO SABONETE – ICMS 8%

Conta		Resultado
FATURAMENTO		100,00
IMPOSTOS INDIRETOS		- 20,07
IPI	0,10	- 9,09
ICMS	0,08	- 7,27
PIS/COFINS	0,04	- 3,71
RECEITA LÍQUIDA		79,93
CUSTO DE PRODUÇÃO		- 40,45
Materiais		-20,60
Mão de Obra		-14,70
Encargos		- 5,15
LUCRO BRUTO		39,48
DESPESAS OPER.		- 26,74
Salários		-9,70
Encargos		-3,40
CPMF		-0,36
Financeiras		- 5,98
Outras		- 7,30
LUCRO OPERACIONAL		12,74
IR/CS		- 4,20
LUCRO LÍQUIDO		8,54

Redução do ICMS de 18% para 8% = -56%

Elevação do Lucro Líquido de 2,71% para 8,54% do Faturamento
= + 215%

CARGA FISCAL DO SABONETE – ICMS 0%

Conta		Resultado
FATURAMENTO		100,00
IMPOSTOS INDIRETOS		- 13,09
IPI	0,10	- 9,09
ICMS	0,00	- 0,00
PIS/COFINS	0,04	- 4,00
RECEITA LÍQUIDA		86,91
CUSTO DE PRODUÇÃO		- 40,45
Materiais		-20,60

Mão de Obra		-14,70
Encargos		- 5,15
LUCRO BRUTO		46,46
DESPESAS OPER.		- 26,74
Salários		-9,70
Encargos		-3,40
CPMF		-0,36
Financeiras		- 5,98
Outras		- 7,30
LUCRO OPERACIONAL		19,72
IR/CS		- 6,51
LUCRO LÍQUIDO		13,21

Redução do ICMS de 18% para 0% = -100%

Elevação do Lucro Líquido de 2,71% para 13,21% do Faturamento =
+ **388%**

Da análise dessas tabelas, tem-se, então, as seguintes comparações:

IMPACTO DA REDUÇÃO DO ICMS NO LUCRO - SABONETES

Alíquotas do ICMS	Lucro/ Faturamento	Varição do ICMS	Varição do Lucro
18%	2,71%	0%	0%
12%	6,20%	- 33%	128%
8%	8,54%	- 56%	215%
0%	13,21%	- 100%	388%

Na palestra referida acima, com base nos dados apresentados, ressaltou o Deputado Antônio Kandir, que "*Carga tributária elevada na produção + guerra fiscal*" levaria a um "*Potencial alto de reduções fiscais de preços de empresas selecionadas politicamente*", que, por sua vez, levaria a existência de "*Potencial de concorrência desleal*", o que, por fim, redundaria na "*Inibição de investimentos*".

Os dados adicionais sobre outros setores fornecidos ao CADE pela KPMG apenas reforçam a constatação acima. Segue abaixo tabela relativa a uma hipotética empresa produtora de louças sanitárias. Para fins de brevidade, serão analisados aqui tão somente a tabela referente aos custos de produção na inexistência de incentivos fiscais e o resumo dos impactos de diferentes reduções do ICMS no lucro da referida empresa.

Louça Sanitária - ICMS de 18%

Conta		Resultado
FATURAMENTO		100,00
IMPOSTOS INDIRETOS		- 28,87
IPI	0,10	- 9,09
ICMS	0,18	- 16,36
PIS/COFINS	0,04	- 3,32
RECEITA LÍQUIDA		71,23
CUSTO DE PRODUÇÃO		- 44,5
Materiais		-22,6
Mão de Obra		-16,2
Encargos		- 5,7
LUCRO BRUTO		26,76
DESPESAS OPER.		- 18,5
Salários		-11,4
Encargos		-3,99
CPMF		-0,3
Financeiras		- 6,2
Outras		- 9,0
LUCRO OPERACIONAL		8,3
IR/CS		- 2,7
LUCRO LÍQUIDO		5,6

IMPACTO DA REDUÇÃO DO ICMS NO LUCRO - LOUÇA SANITÁRIA

Alíquotas do ICMS	Lucro/ Faturamento	Varição do ICMS	Varição do Lucro
18%	5,6%	0%	0%
12%	9,5%	- 33%	69,64%
8%	12,2%	- 56%	117,86%
0%	17,5%	- 100%	212,5%

Fonte: Elaboração CADE a partir de dados da KPMG.

Para fins de resposta à presente Consulta e de precisão técnica, os dados acima devem, porém, ser lidos conjuntamente com a real extensão dos

incentivos fiscais e financeiro-fiscais que os Estados-membros podem efetivamente oferecer no âmbito da "guerra fiscal".

Nesse sentido, vale recordar que a isenção da alíquota interestadual do ICMS é, segundo mencionado pelo Coordenador de Administração Tributária da Secretaria de Fazenda de São Paulo, "*o vetor da guerra fiscal*". Tal alíquota será aplicada, conforme o disposto no art. 155, § 2º, VII da Constituição Federal, nas operações que destinem bens e serviços a consumidor final contribuinte⁹ do imposto localizado em outro Estado.

Segundo o Prof. Walter Gaspar¹⁰, esse dispositivo "*sepulta questão jurídica que atravessou todo o período de vigência do antigo ICM. O que determina a alíquota aplicável (interna ou interestadual) é a condição do destinatário (contribuinte ou não-contribuinte do ICMS) e não a natureza da operação. Se o destinatário for contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a interestadual. Se não for contribuinte, aplicar-se-á a alíquota interna*".

Dessa forma, no caso da venda de uma cadeira a uma pessoa física não comerciante, aplicar-se-ia a alíquota interna do ICMS vigente no Estado de origem da mercadoria. Já na hipótese de a geladeira ser vendida a um varejista que a revenderá no Estado de destino, aplicar-se-ia a alíquota interestadual no Estado de origem mais a diferença entre essa alíquota e a alíquota "cheia" (normalmente de 18%) no Estado de destino (normalmente equivalente a 6%, no caso de alíquota interestadual de 12%).

Após esclarecer quem são contribuintes do ICMS para fins da LC 87/96, o Prof. Walter Gaspar ensina, então, que "*é contribuinte do ICMS a pessoa física que importa uma geladeira; mas não pratica o fato gerador do tributo quem vende um aparelho de telefone celular ou um automóvel de sua propriedade*" (p. 131).

Para os fins da presente Consulta, é, porém, mais importante, dada a imensa maioria de relações interestaduais de compra e venda de serviços entre elos de uma cadeia de produção em comparação com as vendas diretas para consumidores finais de outros Estados, não contribuintes do ICMS, cumpre analisar mais a fundo os casos de aplicação da alíquota interestadual.

⁹ Contribuinte do ICMS, nos termos do art. 4º da Lei Complementar nº 87/96 "*é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*". Tal diploma ainda prevê no parágrafo único do citado artigo que "*É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade: I - importe mercadoria do exterior, ainda que as destine a consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento; II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior; III - adquira em licitação de mercadorias apreendidas ou abandonadas; IV - adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização*".

¹⁰ Vide "ICMS Comentado", Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998, pp. 22-23.

Feitos esses esclarecimentos, recorde-se que, conforme visto no Relatório, a alíquota interestadual do ICMS deve ser aplicada na forma da já citada Resolução nº 22, de 19 de maio de 1989, do Senado Federal:

"Art. 1.º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais, será de 12% (doze por cento).

Parágrafo único: Nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo: as alíquotas serão:

I - em 1989, 8% (oito por cento)

II - a partir de 1990, 7% (sete por cento)".

Assim, operações dentro da Região Sul-Sudeste e destinadas a esta, mas oriundas da Região Norte-Nordeste-Centro Oeste e Espírito Santo, serão taxadas sob uma alíquota de 12%. Já as vendas provenientes da Região Sul-Sudeste destinadas ao Norte-Nordeste-Centro Oeste e Espírito Santo serão taxadas sob uma alíquota de 7%. Segundo a CNI, "*Esta diferenciação foi estabelecida com o intuito de reservar um volume maior de recursos para os estados menos desenvolvidos. Isto ocorre porque a receita imputada ao estado importador é a resultante da aplicação da alíquota interestadual subtraída da interna. Quanto menor a alíquota interestadual maior é a arrecadação do Estado de destino da mercadoria ou serviço*".

Aqui faz-se necessário recordar o funcionamento do ICMS, que, como se sabe, nos termos do art. 19 da Lei Complementar 87/96, "*é um imposto não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado*".

Dessa maneira, por exemplo, no caso de uma operação que ocorra somente dentro de um mesmo Estado, um comerciante que adquira uma mercadoria por R\$ 1.000,00 e a revenda por R\$ 1.500,00 deverá adotar as seguintes providências:

- a) creditar-se do ICMS incidente sobre a operação anterior: $R\$ 1.000,00 \times 18\% = R\$ 180,00$.
- b) debitar-se do ICMS incidente sobre a operação de revenda que promover: $1.500,00 \times 18\% = R\$ 270,00$
- c) recolher o ICMS devido: $270,00 - 180,00 = R\$ 90,00$

Já no caso de uma operação interestadual, ocorrerá, segundo o Prof. Walter Gaspar, o seguinte:

"Exemplo: uma indústria de São Paulo vende um produto (ar refrigerado) de sua fabricação a um comerciante do Rio de Janeiro, o qual utilizará o bem para uso da própria empresa. O ICMS será devido na forma abaixo:

(...)

Fato Gerador saída: R\$ 3.000,00 + 300,00 (IPI¹¹) x 12% = 396,00

Fato Gerador entrada: R\$ 3.000,00 + 300,00 x 6% =
198,00

ICMS devido = 594,00"

O Estado de São Paulo recolhe os R\$ 396,00 relativos à alíquota interestadual, ao passo que o Estado do Rio de Janeiro fica com R\$ 198,00. Nesse exemplo, como visto, tratou-se de operação que destinou mercadoria ao consumo da própria empresa – contribuinte de ICMS - e que não foi revendida. Se o bem em questão continuasse a compor uma cadeia de produção interestadual o mecanismo utilizado seria o mesmo.

Visto o funcionamento do ICMS em operações interestaduais, recorde-se que, com base na citada Resolução 22/89, os Estados-membros das Regiões Norte/Nordeste/Centro-Oeste e Espírito Santo teriam a "possibilidade" de conceder isenções de 12 pontos percentuais do ICMS que seria normalmente arrecadado, ou de 18%. Já Estados-membros das Regiões Sul e Sudeste teriam a "possibilidade" de conceder redução de 12 pontos percentuais ou de 7 pontos percentuais sobre o ICMS a ser arrecadado de acordo com o destino da mercadoria. Todos, é evidente, teriam a "possibilidade" de dispor da alíquota total relativamente àquelas operações intraestaduais.

Levando tais informações em consideração ao analisar as planilhas de custo requisitadas junto à Consultoria KPMG, e supondo que os Estados concedessem isenção total da alíquota interestadual a que teriam direito na circulação de mercadorias e serviços, foi organizada a seguinte tabela, que demonstra a variação absoluta do lucro de empresa hipotética em setores selecionados, para uma venda de 100, sem a concessão de incentivos e com a concessão de incentivos que importem na isenção de ICMS em 7% e em 12%.

Produto Isentado	Lucro líquido unitário dos produtos isentados		
	Sem isenção fiscal	isenção de 7%	Isenção de 12%
louça sanitária	5,6	10,2	13,5
Fumo	0,9	2,0	2,8
Automóvel	0,4	4,7	7,8
Sabonete	2,8	6,7	9,5

Fonte: Elaboração CADE a partir de dados da Consultoria KPMG

¹¹ Segundo o autor, comentando aspecto que não interessa para os fins da presente Consulta, "A incidência do ICMS sobre a parcela do IPI cobrada, no exemplo citado, deve-se à interpretação do dispositivo constitucional (art. 155, inciso XI) que declara a contrario sensu que o IPI integrará a base de cálculo do ICMS quando a operação for realizada entre contribuintes e relativa a produto que não se destina à comercialização. O valor do IPI também faz parte da base de cálculo do ICMS nas integrações ao consumo ou ativo fixo" (p. 86).

A tabela abaixo expande o exemplo para outros setores, compilando-os com os já mencionados, deforma a demonstrar a variação obtida no lucro líquido de empresas favorecidas com benefícios equivalentes a reduções do ICMS de 7% e 12%.

<i>Produto Isentado</i>	<i>Lucro líquido com isenção fiscal</i>			
	<i>Com isenção de 7%</i>		<i>Com isenção de 12%</i>	
	<i>Lucro unitário</i>	<i>Em relação a ICMS de 18%</i>	<i>Lucro unitário</i>	<i>Em relação a ICMS de 18%</i>
Vestuário	3,8	147,50%	7,1	188,75%
louça sanitária	10,2	82,14%	13,5	141,07%
Televisão	2,3	264,29%	5,0	457,14%
Fumo	2,0	122,22%	2,8	211,11%
Automóvel	4,7	1075,00%	7,8	1850,00%
Sabonete	6,7	139,29%	9,5	239,29%
Laticínios	3,3	353,85%	6,5	600,00%
Brinquedo	3,7	174,00%	6,6	232,00%

Fonte: Elaboração CADE a partir de dados da Consultoria KPMG.

Fica mais do que patente, pois, da análise desses dados, que a prática conhecida como guerra fiscal tem um efeito gigantesco sobre a lucratividade das empresas beneficiadas, propiciando-lhes condições de funcionamento significativamente desiguais e vantajosas com relação às demais empresas que concorram no mesmo mercado cujos efeitos serão abordados mais abaixo.

Aliás, é interessante ressaltar que tal tabela leva em consideração a isenção tão somente das alíquotas interestaduais, que, como visto, são aplicadas nos casos de operação que destinem mercadorias ou serviços a consumidores de outro Estado contribuintes do ICMS. Nos casos em que os consumidores são do próprio Estado produtor, ou não são contribuintes do ICMS, a alíquota a ser aplicada e que poderia, portanto, ser isentada, seria a alíquota interna cheia (isto é, 17% ou 18%). Como barreira para tal tipo de prática existe, em princípio, a disposição do art. 155, § 2º, inciso VI da Constituição Federal, no sentido de que “*salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, g, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais*”. Mesmo esta disposição, porém, pode tornar-se letra morta dada a atual forma de concessão de incentivos fiscais através de financiamentos favorecidos.

Tais vantagens interferem, pois, na dinâmica dos mercados relevantes, gerando distorções do ponto de vista da concorrência. De fato, para Ary

Oswaldo Mattos Filho¹², Professor Titular da FGV e ex-Presidente da CVM, "a concessão de qualquer incentivo, tributário ou financeiro, pode reduzir dramaticamente o custo final da mercadoria produzida, alterando na mesma proporção as respectivas fatias de mercado de um dado bem".

Segundo Valentine Korah, a alteração de concorrência entre empresas localizadas num mesmo mercado local pode ser ainda mais patente no caso de só uma delas receber incentivos fiscais:

"As maiores vítimas de auxílios estatais podem ser as empresas que atuam localmente no mesmo setor e que têm de enfrentar concorrência subsidiada, empresas lucrativas no mesmo país que têm de pagar tributos mais elevados do que seriam de outra forma, de modo a prover o Estado de recursos, e os trabalhadores que ela de outra forma empregaria." (*The worst sufferers from state aids may be firms in the same industry locally that have to meet subsidized competition, profitable firms in the same country that have to pay taxes higher than they might otherwise be in order to provide the state resources and the workers that these would otherwise employ*)¹³).

A percepção de que a concessão de incentivos fiscais e financeiro-fiscais reduz custos e alterar relações de concorrência nos mercados é na verdade tão disseminada que, no âmbito do comércio internacional, as normas do GATT/OMC permitem a imposição de direitos compensatórios para corrigir distorções provocadas por subsídios estatais – note-se que não se cuida aqui de dumping, tema que guarda relação estreita e controversa com a defesa da concorrência, mas sim de subsídios estatais. No mesmo sentido, tanto os Estados Unidos como a União Européia possuem também dispositivos específicos para sobretaxar importações de países que teriam se beneficiado de tais benefícios¹⁴.

¹² Vide artigo, "Guerra Fiscal e o papel do STF", *Gazeta Mercantil*, 3/2/2000, p. A-3. O autor salienta também que "*Quanto maior for o benefício concedido, porém, maior será o desbalanceamento na competição entre as empresas do mesmo setor. Como consequência, as perdedoras pedirão compensações ao estado que não deu os incentivos, sob pena de novos empreendimentos lá não se instalarem ou, o que é pior, mudar os centros produtivos para o estado mais leniente, à proporção que, pela falta de competitividade, às empresas vêem-se ameaçadas de ser alijadas do mercado. Se o estado prejudicado der o incentivo equalizador, fará com que o investimento feito no estado iniciante da guerra fiscal se torne competitivamente inviável*".

¹³ Vide "*An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*", Sixth Edition, 1997, Hart Publishing, Oxford, p. 37.

¹⁴ É o caso da seção 701 (a) da Lei de Tarifas de 1930, no que tange aos Estados Unidos, e do art. 3º, nº 1 do Regulamento nº 2176/84, no que se refere à União Européia. Para que exista a aplicação desses diplomas, basta, conforme visto no Relatório, que exista o dano material¹⁴ à indústria local e a sua comprovação como prática desleal. Esse dano, conforme salienta a Consulente, deve ser provado, em ambos os sistemas, através de informações relacionadas aos seguintes dados: "*a) real ou potencial declínio na produção, vendas, perda de mercado, lucros, produtividade, retorno dos investimentos, e aumento da capacidade instalada ociosa; b) alterações no preço doméstico; c) real e potencial efeitos negativos nos estoques, desemprego, salários e investimentos*" (fls. 30 do Relatório).

A experiência brasileira de defesa comercial também inclui exemplos de imposição de direitos compensatórios a importações beneficiadas por incentivos fiscais. Dois desses casos foram mencionados no Relatório e buscavam averiguar a ocorrência ou não de importação subsidiada de fraldas descartáveis argentinas e de fios de látex de borracha vulcanizada da Malásia¹⁵. No primeiro caso, tais importações não foram sobretaxadas dada a posterior redução dos benefícios fiscais concedidos pela Argentina. No segundo caso, concluiu-se pela existência de subsídio e, em conseqüência, foram impostos direitos compensatórios de 15,9% às importações do produto oriundas da Malásia. Para o consulente, a existência da possibilidade de imposição de direitos compensatórios ocorre, pois, justamente porque *"empresa beneficiada obtém uma vantagem artificial em comparação com os seus concorrentes que têm de suportar os custos através dos seus próprios recursos"* (fls. 32 do Relatório).

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

Uma das razões porque os incentivos fiscais podem ter tal efeito sobre a relação sobre a concorrência é a de que, segundo o já mencionado trabalho do IPEA e FUNDAP, *"dada a escolha privada preferencial da empresa, os benefícios fiscais têm, não apenas que cobrir o custo adicional envolvido no deslocamento, mas têm, na realidade, que superá-los a ponto de oferecer um prêmio. Se não o fizer, a empresa estaria trocando uma situação ótima natural por outra equivalente, mas dependente de apoio do setor público, o que evidentemente tem riscos adicionais"* (p. 43).

¹⁵ No primeiro caso, o governo argentino foi acusado de favorecer as exportações daquele através dos seguintes esquemas de subsídios: Regime de Promoção de Exportações, Regime de Devolução de Impostos Pagos nas Distintas Etapas de Produção e Comercialização, Regime de Promoção Industrial e Regime de Financiamento às Exportações. Segundo a Consulente, o processo, instaurado em 07.01.91, foi encerrado em 15.01.92 tendo em vista o fato de o *"governo argentino ter reduzido (...), de 12,5% para 8,35%, o reembolso à exportação de fraldas descartáveis (...) a título de devolução de tributos internos"* (fls. 34). No caso do processo instaurado contra a importação do fio de látex de borracha vulcanizada, restou, segundo informa o PNBE, devidamente configurada a ameaça de dano à indústria doméstica dada concessão, por parte do Governo da Malásia, de *"Incentivos Gerais e Incentivos à Exportação, de caráter fiscal e creditício, além de ser dado aos fabricantes de produtos derivados da borracha, desconto sobre as despesas com energia elétrica, proporcional ao desempenho exportador da empresa"* (fls. 36).

De fato, tendo em mente que os incentivos fiscais devem trazer este *plus* para garantir a alocação de recursos para uma localização sub-ótima, pode-se concluir, como Ricardo Varsano¹⁶, que *"se a devolução do imposto tiver valor superior ao do aumento [de custos envolvidos no deslocamento], é vantajoso do ponto de vista privado instalar a empresa no estado A [que concede o benefício] pois isto lhe confere uma vantagem em relação aos seus competidores em B, que pode se traduzir em maior lucro por unidade vendida ou ampliação de sua fatia no mercado"* (grifamos).

Na mesma linha, é ilustrativo estudo realizado pela CNI/CEPAL, segundo o qual empresários, na sua permanente busca de maximização de lucros, consideram os incentivos fiscais, juntamente com o item "proximidade do mercado", como a razão preponderante para a instalação de plantas produtivas em outras unidades da Federação.

Razões da Instalação de Plantas Produtivas em outras Unidades da Federação	% das respostas relevantes
Benefícios fiscais	57,3
Proximidade do mercado	57,3
Custo da mão-de-obra	41,5
Vantagens locacionais específicas	39,0
Sindicalismo atuante na região	24,4
Saturação espacial	14,6

Pesquisa CNI/CEPAL 1997

Segundo o trabalho do IPEA/FUNDAP supracitado, um exemplo de como a "guerra fiscal" poderia gerar indiretamente efeitos sobre a concorrência seria o da transferência, em 1992, de uma fábrica de produtos alimentícios de São Paulo para Goiás devido à possibilidade de dilação do recolhimento do ICMS por cinco anos, sem correção monetária e juros. Tais incentivos, ressalta o estudo, foram concedidos numa época em que a inflação brasileira beirava 30% ao mês, o que significava pura e simples isenção do imposto. A empresa, então, segundo os autores, *"lançou mão do benefício para dar início a um processo de dumping (sic) no mercado paulista, repassando-o integralmente para os seus preços"* (p. 107).

Conclui a obra, então, no sentido de que *"Esse caso ilustra bem uma conseqüência nefasta da concessão unilateral de incentivos fiscais. Nos casos mais recentes, enfatiza-se muito o impacto perverso sobre a receita tributária e pouco os efeitos práticos do ponto de vista da concorrência nos mercados, uma vez que se tratam de investimentos em fase de realização. Todavia, como o que está em cena são grandes conglomerados que entram para buscar espaço crescente em mercado fortemente oligopolizado, não é improvável que a vantagem gerada pelos benefícios hipertrofiados seja utilizada para tal fim"* (grifamos, p. 107).

¹⁶ Planejamento e Políticas Públicas, nº 15 - jun. 1997, p. 3-18

Enfim, o problema analisado na Consulta em tela alcança também questões relativas aos objetivos básicos e fundamentais de um sistema de mercado baseado na livre concorrência, como é aquele escolhido pelos constituintes brasileiros e consagrado na Carta Magna de 1988, objetivos como o de “assegurar a todos existência digna” (art. 170, caput), ou de “garantir o desenvolvimento nacional” e “promover o bem de todos...” (art. 3º, incisos II e IV), diretamente relacionados o aumento do bem estar da sociedade. De fato, uma das características mais basilares de um sistema como o adotado no Brasil é a de que ele tende, por seus mecanismos e por sua lógica naturais, a buscar a maior eficiência na alocação de recursos na economia. Ou seja, tende, se livre de amarras e distorções, a estimular que os recursos de que a sociedade dispõe sejam utilizados da forma mais eficiente possível, levando com isso à geração de maior quantidade de riqueza a partir da mesma quantidade de insumos.

A concorrência constitui um dos elementos centrais nesse processo, forçando empresas a utilizarem melhor seus recursos e insumos e a transferirem esses ganhos para a sociedade, em benefício do bem estar do consumidor.

Note-se que não se trata aqui de ignorar o debate existente já há algum tempo na doutrina e na jurisprudência antitruste nacional e internacional sobre os objetivos da política de concorrência. De um lado, por exemplo, há os que, como Robert Bork, um dos maiores representantes da Escola de Chicago, no seu “Antitrust Paradox”, defendem categoricamente que a defesa da concorrência deve ter como objetivo básico, senão único, a busca da máxima eficiência alocativa e, conseqüentemente, da maximização do bem estar do consumidor. Segundo ele, a interação de outros valores ou objetivos causaria insegurança entre os agentes econômicos e resultaria em decisões inconsistentes e ineficazes. Tal visão foi contestada mesmo nos Estados Unidos, por exemplo, por Areeda, Turner, Sullivan e Kovacic. Para este último, aliás, a jurisprudência predominante nos tribunais tem sido a de uma hierarquia de valores, dominada pela busca da máxima eficiência¹⁷. Dominada, não limitada a ela.

No Brasil, dado o que reza a legislação (Lei nº 8.884/94, art. 1º) quanto aos ditames que orientam a aplicação das disposições antitruste, muitos autores¹⁸ defendem a existência de diversos e simultâneos objetivos a serem perseguidos pela atuação estatal na defesa da concorrência. Nenhum deles, no entanto, nega que a busca da eficiência e do bem-estar do consumidor tenha lugar de destaque, se não absolutamente central, dentre os objetivos da política de concorrência no Brasil. É também nessa direção, sem dúvida, que tem caminhado a experiência jurisprudencial do CADE.

¹⁷ Kovacic, William, e Gellhorn, Ernest, “Antitrust Law and Economics in a Nutshell”, West Publishing Co., 4ª edição, 1994, pg. 35

¹⁸ Entre eles, Lucia Helena Salgado e Silva (“A Economia Política da Ação Antitruste”), João Bosco Leopoldino da Fonseca (“Lei de Proteção da Concorrência”), Calixto Salomão Filho (“Direito Concorrencial: as Estruturas”), Paula Forgioni (“Os Fundamentos do antitruste”).

De resto, é como vem se desenvolvendo a questão no âmbito internacional, como resume trabalho do Banco Mundial e da OCDE analisando a experiência de diversos países, detectando que *“nas últimas duas décadas o foco tem sido em atingir eficiência econômica, de forma a maximizar o bem estar do consumidor”*. Depois de reconhecer que em muitos casos são múltiplos os objetivos visados pelas diferentes legislações de concorrência, e sem questionar a legitimidade destes, conclui o mesmo trabalho que *“...As visões articuladas neste e em capítulos subseqüentes deste volume sugerem que a administração e aplicação da lei e da política de concorrência deveriam conferir o maior peso à promoção da eficiência econômica e do bem estar do consumidor”*¹⁹.

Assim, independentemente de ser esse o único ou um dos principais objetivos, a política de concorrência –e seu aplicador- deve sim se preocupar com as condições e os estímulos existentes na economia para que se maximize o bem estar do consumidor. Muitas vezes a defesa da concorrência é explicada por meio da analogia com um jogo de futebol, em que se busca assegurar o respeito às regras, evitando jogadas desleais, de forma que a rivalidade leve cada jogador a dar o melhor de si, eventualmente vencendo pelos seus próprios méritos. Da mesma forma, o jogo não se desenvolve na sua plenitude sem que o campo seja nivelado (*“the level playing field”*, na consagrada expressão em língua inglesa), em que nenhum time tenha que *“jogar para cima”*, como em pelada de rua jogada numa ladeira. Condições que alteram o nivelamento do campo afetam a dinâmica do jogo, dificultando ou impedindo jogadas mais ousadas, criativas e potencialmente eficazes. Ademais, podem desestimular um jogador ruim a melhorar, dado que as condições do campo podem ser suficientes para fazer com que os outros percam –ainda que sejam melhores. Mais ainda, podem levar jogadores bons a se frustrar e sair do jogo, ou mesmo levar aqueles de fora a não querer entrar.

Da mesma forma, o campo de jogo de uma economia concorrencial, por meio de decisões descentralizadas de cada empresa e consumidor, *“promove a alocação mais eficiente dos escassos recursos da sociedade, aumenta o bem estar do consumidor, e leva à eficiência dinâmica na forma de inovação, avanço tecnológico e do progresso da economia como um todo”*²⁰. É sem dúvida, portanto, tarefa da defesa da concorrência assegurar que tais efeitos socialmente desejáveis não sejam bloqueados por práticas que impeçam o livre transcurso do jogo, como, por exemplo, uma falta ou a cooptação do adversário. Mas é evidente que o mesmo risco para a sociedade surge se o próprio campo for enviesado, desnivelado, em favor de um ou mais jogadores. Assim como no campinho na ladeira, alguns jogadores vão estar jogando *“para baixo”*, com tal vantagem sobre os outros que as pressões concorrenciais não se aplicam, afastando todos os seus efeitos benéficos para a sociedade. E, como visto com os exemplos numéricos sobre lucratividade acima, a inclinação do campo obtida com incentivos fiscais pode ser brutal, colocando algumas

¹⁹ “A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy”, Banco Mundial e OCDE, 1999, Capítulo 1, de autoria de Shyam Khemani, pgs, 3 e 9

²⁰ Op.cit., pg. 1

empresas em situação quase que incontestavelmente superior aos seus competidores.

As perdas são de diversas ordens. Em primeiro lugar, há o efeito geral de reduzir o grau de eficiência da economia como um todo. Em princípio, num sistema de mercado concorrencial e na ausência de interferências, as empresas tenderiam a dispor-se em setores e regiões de forma a gerar o máximo de riquezas possível com o menor uso de recursos possível. Uma empresa ou setor favorecido passa a poder funcionar sem essa lógica. Pode instalar-se num local em que seu custo seja muito mais alto (por distância do mercado fornecedor ou consumidor, carência de infra-estrutura, preparo da mão-de-obra etc), desde que o incentivo que receba mais do que compense a diferença. Note-se que seu preço final para o consumidor pode até ser menor do que o de seus competidores não incentivados (ou seja, o consumidor pode estar até, diretamente e apenas neste ponto específico, se beneficiando). No entanto, o consumo de recursos da sociedade continua sendo superior –o custo da empresa é maior-, e realizado de forma ineficiente. A coletividade como um todo estará, pois, sendo prejudicada. Coletividade esta, recorde-se, a titular do direito à concorrência, nos termos do art. 1º, § único, da Lei nº 8.884/94. Só essa consideração sem dúvida já bastaria para demonstrar que a prática da guerra fiscal tem efeitos negativos para a concorrência e a sociedade.

Mais ainda, no entanto, no que se refere à empresa beneficiada, os efeitos também são consideráveis. Como visto, ela passa com o incentivo a gozar de um enorme colchão de proteção em relação aos competidores. Tem assegurada uma lucratividade tão superior (da ordem de muitas centenas de pontos percentuais) à concorrência que pode perfeitamente dar-se ao luxo da estagnação. Perde o incentivo à busca de maior eficiência e de inovação, na medida em que dificilmente qualquer ganho nesse sentido por parte das outras empresas chegará perto da redução de custos derivada da isenção. O empresário incentivado pode, por exemplo, ainda de forma mais lucrativa do que a média do mercado, reduzir seu preço a um ponto que os outros não serão capazes de acompanhar, dado que têm de cumprir obrigações tributárias cujo peso considerável foi amplamente demonstrado acima. E note-se que a empresa beneficiada não teria necessidade de elevar seu preço posteriormente para recuperar uma prática “predatória”, na medida em que não estaria perdendo dinheiro, de forma que poderia em tese manter um preço inviolável para outros competidores indefinidamente.

Do ponto de vista dos concorrentes da empresa incentivada, o resultado da isenção é cabal. Encontram-se numa situação brutal de desvantagem independentemente dos seus méritos. Por mais eficiente que sejam em relação à empresa incentivada, o favorecimento desta, como visto nos exemplos acima, é de tal monta que esforços de redução de custos ou mesmo de melhorias tecnológicas dificilmente poderiam chegar perto de compensá-los. Mais ainda, haveria sempre a possibilidade de que a outra, protegida pelo seu gordo colchão protetor, a qualquer momento iniciasse práticas “predatórias” que não poderiam ser acompanhadas. O resultado em termos de

insegurança para tomada de decisões empresariais é evidente, magnificado ainda pela possibilidade de que incentivos ainda não existentes sejam concedidos a um concorrente novo ou mesmo já existente, a qualquer momento, e por qualquer motivo. Cria-se portanto um poderosíssimo desincentivo para investimentos, tanto de ampliação e melhoria quanto na forma de novas entradas, com todos os evidentes impactos perniciosos de tal situação no que se refere à concorrência e ao bem estar geral.

Tais conclusões, aliás, conforme visto no Relatório, podem ser encontradas na jurisprudência e na legislação de jurisdições mais experientes no trato do Direito da Concorrência.

O primeiro país ao tratar do assunto foi os Estados Unidos, que, ao criarem o Sherman Act, tiveram como uma de suas preocupações garantir a aplicação da "Cláusula de Comércio", prevista na Constituição Americana. Tal cláusula está contida no artigo 1º da Constituição Americana, que trata das competências do Poder Legislativo da União, e dispõe o seguinte:

*"The Congress shall have Power To:
lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;
To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes" (grifos nossos).*

A "Cláusula de Comércio", segundo a reiterada interpretação dada pela Suprema Corte daquele país, proíbe quaisquer atos estaduais e práticas restritivas capazes de falsear o funcionamento do mercado nacional. Essa proibição é decorrente do que se chama na doutrina constitucional americana do aspecto "dormente" da Cláusula de Comércio (*the "dormant" Commerce Clause*).

Antes de passar à análise da jurisprudência norte-americana sobre a Cláusula, é importante ressaltar que as práticas mencionadas, justamente pela interpretação dada pela Suprema Corte, já eram combatidas mesmo antes da criação da *Federal Trade Commission*. Por esta razão, a jurisprudência sobre o assunto, muito antes de a legislação antitruste ganhar força, tornou-se clara no sentido de proibir atos capazes de discriminar entre empresas de diferentes Estados e, assim, falsear o funcionamento do mercado. Pela mesma razão, sendo tais práticas imediatamente proibidas constitucionalmente, não foi desenvolvida com a mesma intensidade do que na União Européia jurisprudência relacionando a concessão de incentivos fiscais e financeiro-fiscais por parte dos Estados membros da Federação à violação das regras de concorrência.

Não obstante, tanto a jurisprudência da Suprema Corte daquele país como a doutrina acerca da Cláusula de Comércio são claras no sentido de que

um Estado não pode discriminar entre as suas empresas e as que tenham sede ou operem fundamentalmente em outros Estados da Federação.

De fato, artigo publicado no *Harvard Law Review*, intitulado "Saving the States from Themselves: Commerce Clause Constraints on State Tax Incentives for Business"²¹, ressalta o entendimento da própria Suprema Corte, proferido no paradigmático caso "*Boston Stock Exchange v. State Tax Commission*"²², no sentido de que "o principal objetivo da Cláusula de Comércio foi o de criar uma área de comércio livre entre os vários estados".

Segundo o Professor Peter Enrich, autor do referido artigo, "Como os Constituintes entenderam, o livre fluxo de comércio pelas fronteiras estaduais facilita a expansão da atividade econômica como um todo e, assim, aumenta o bem-estar de todos os cidadãos. A livre movimentação de bens e capitais permite que os recursos (econômicos) achem a sua utilização mais eficiente; medidas que impeçam tal movimentação ameaçam "neutralizar as conseqüências econômicas do livre comércio entre os estados" e gerar "uma barreira não razoável à mobilidade do comércio"²³. A concessão de incentivos fiscais discriminatórios seria, pois, inconstitucional porque, segundo o autor, "criam obstáculos para empresas de fora do estado, e assim protegem as empresas do seu estado dos rigores da competição aberta"²⁴.

O Prof. Peter Enrich ressalta ainda que "Em primeiro lugar e principalmente, a (Suprema) Corte tem repetidamente anulado normas tributárias estaduais se elas conferem a empresas ou atividades dentro do seu

²¹ Artigo da lavra do Professor Peter Enrich, publicado no *Harvard Law Review*, Volume 110, Dezembro de 1996, número 2, pp. 377-468. Todas as citações desse artigo foram traduzidas livremente.

²² A Suprema Corte alcançou as seguintes conclusões no caso "*Boston Stock Exchange*":
"(a) No State, consistent with the Commerce Clause, may "impose a tax which discriminates against interstate commerce . . . by providing a direct commercial advantage to local business," *Northwestern Cement Co. v. Minnesota*, P. 329.

(b) Because it imposes a greater tax liability on out-of-state sales than on in-state sales, the transfer tax, as amended, falls short of the substantially evenhanded treatment demanded by the Commerce Clause, the extra tax burden on out-of-state sales neither compensating for a like burden on in-state sales nor neutralizing an economic advantage previously enjoyed by appellant exchanges as a result of the unamended statute. Pp. 329-332.

(c) The diversion of interstate commerce and diminution of free [429 U.S. 318, 319] competition in securities sales created by the 1968 amendment are wholly inconsistent with the free trade purpose of the Commerce Clause. With respect to residents, the discriminatory burden of the maximum tax on out-of-state sales promotes intrastate transactions at the expense of interstate commerce to out-of-state exchanges. With respect to nonresidents, both the maximum tax and the rate reduction provisions discriminate against out-of-state sales, and the fact that this discrimination is in favor of nonresident, in-state sales which may also be considered as interstate commerce, does not save the amendment from Commerce Clause restrictions. Pp. 333-336. 37 N. Y. 2d 535, 337 N. E. 2d 758, reversed and remanded".

²³ Ob. cit., p. 455

²⁴ Ob. cit, p. 443. De fato, várias foram, segundo o autor, as manifestações da Suprema Corte americana, como nos casos "*West Lynn Creamery, Inc. v. Healy*", "*Westinghouse Electric Corporation v. Tully*" e o próprio "*Boston Stock Exchange v. State Tax Commission*", no sentido de que os incentivos fiscais "subvertem as funções de eficiência alocativa do mercado e retiram atividades de negócio das regiões em que seriam mais produtivas".

estado proteções ou benefícios que não são semelhantemente disponibilizados para a concorrência de fora do estado. Realmente, a jurisprudência deixa a clara impressão que qualquer norma tributária estruturada de tal forma será entendida como inconstitucionalmente discriminando o comércio interestadual" (p. 432).

O autor cita, então, mais dois casos nos quais a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu inconstitucional a concessão de incentivos fiscais por parte de estados daquele país. No caso "*Halliburton Oil Well Cementing Co. v. Reily*", a Suprema Corte entendeu que um Estado-membro não pode utilizar uma discriminação tributária "*para encorajar que uma empresa não-estadual passe a residir no território estadual para que possa competir com as mesmas regras* (das empresas estaduais)"²⁵. Já no caso "*Bacchus Imports*", a Corte entendeu que "*Um estado não pode impor um tributo que discrimine contra o comércio interestadual seja pela concessão de uma vantagem comercial direta às empresas locais seja através da imposição de múltiplas taxações ao comércio interestadual*" (p.446).

Por fim, ressalte-se que, tratando especificamente da relação entre leis estaduais e o Direito Antitruste, os professores Phillip Areeda e Louis Kaplow salientam que "*Uma lei estadual anticompetitiva pode ser inválida porque inconsistente com (1) a Cláusula de Comércio constitucional, se restringir indevidamente o comércio (interestadual); (2) a Primeira Emenda ou (3) leis federais como a da FTC e leis de patente*"²⁶.

Já no que tange à União Européia, ressalte-se, em primeiro lugar, que o Tratado de Maastricht arrola, no seu artigo 2º, como o primeiro objetivo a ser alcançado pelos Estados Membros da União Européia "*a promoção do progresso econômico e social e de um elevado nível de emprego e a realização de um desenvolvimento equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão econômica e social e o estabelecimento de uma união econômica e monetária, que incluirá, a prazo, a adopção de uma moeda única, de acordo com as disposições do presente Tratado*".

É justamente para garantir a realização desses objetivos que o Tratado de Roma de 1957, no capítulo que trata das "Regras de Concorrência", declarou ilegais quaisquer formas de auxílios estatais por parte dos Estados Membros. De fato, o artigo 92 do Tratado de Roma, dispõe o seguinte:

"Art. 92. Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados Membros, os subsídios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da

²⁵ Ob. cit., p. 444

²⁶ Vide "Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases", Fourth Edition, Little, Brown and Company, Boston, p. 139.

forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções".

Clara, então, é a vinculação de causa e efeito reconhecida pelo legislador europeu entre auxílio estatal e potencial dano à concorrência, chegando à vedação daqueles danosos, *"independentemente da forma que assumam"*. Aliás, conforme a "Explicação da regras aplicáveis aos auxílios estatais", publicada pela Comissão Europeia, *"Tal definição abrange, portanto, tanto a atribuição de recursos a uma empresa, como qualquer diminuição dos encargos que tal empresa deveria normalmente suportar, permitindo-lhe realizar uma economia"*. De fato, a lista dos auxílios estatais que são proibidos na União Europeia é bastante abrangente, podendo consistir em *"subvenções, em empréstimos sem juros ou com juros a taxas reduzidas, bonificações de juros, garantias prestadas em condições preferenciais, isenções fiscais e parafiscais, fornecimento de bens ou prestação de serviços em condições preferenciais ou ainda dotações concedidas em condições inaceitáveis para um investidor privado"*. Umberto Celli Jr. Salienta ainda que a noção de auxílio estatal inclui também diferimento do recolhimento de impostos ou contribuições sociais.

Nesse sentido, como se afirmou no início deste voto, é na verdade o efeito de um incentivo ou benefício que importa analisar, não a sua forma, dado que esta pode variar —e efetivamente varia— de acordo com a fértil criatividade dos administradores públicos e das empresas beneficiadas.

Vários julgados da Comissão Europeia e do TJCE confirmam essa amplitude da definição do que é um auxílio estatal. Decisões como a dos processos *"Itália v. Comissão"* (Caso 173/73)²⁷ e *"Leeuwarder"*²⁸ consideraram como auxílio estatal e proibiram respectivamente uma redução temporária de 5% na taxa de abono família, na Itália, e a participação acionária do governo holandês em empresa quando tal investimento seria improvável por uma agente privado.

Como regra geral, também, deve ser salientada a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no caso *"Philip Morris"*, quando se concluiu que, se um *"Auxílio financeiro estatal reforça a posição de uma empresa com relação a outras empresas no comércio intracomunitário, deve-se entender que o último foi afetado por aquele auxílio"* (tradução livre - fls. 145).

²⁷ Uma lei italiana havia outorgado a empresas têxteis, por um período de três anos, uma redução de 5% na taxa de contribuição de abono-família. Nessa ocasião, o TJCE decidiu que *"o subsídio constitui não somente medidas diretas de ajuda às empresas, como também medidas por meio das quais o Estado mitiga custos que seriam normalmente de tais empresas"* (fls. 161)

²⁸ A Comissão entendeu que uma participação acionária assumida por um Estado em uma empresa *"constituía subsídio na medida em que a estrutura financeira daquela companhia, sua urgente necessidade de novos maquinários e sua posição no setor tornavam improvável o levantamento de recursos junto aos mercados de capitais privados"*.

Tal alteração nas relações de concorrência também poderia decorrer, segundo a jurisprudência comunitária europeia, da concessão de incentivos puramente fiscais.

Efetivamente, várias são as decisões da Comissão Europeia que impedem ou declaram ilegais a concessão de incentivos fiscais por parte de Estados Membros, mesmo que tais incentivos destinem-se a regiões subnacionais. É o caso, por exemplo, da Decisão 93/337/CE, de 10.05.1993, que declara ilegais incentivos fiscais concedidos pelo País Basco aos seus contribuintes do "Imposto sobre Sociedades" e do Imposto de Renda sobre Pessoas Físicas.

Tal decisão foi alcançada com base no entendimento de que *"as empresas às quais se aplicam as ajudas do sistema basco se vêem favorecidas no sentido de que seus investimentos tornam-se menos custosos. Com efeito, graças à aplicação das diferentes disposições em questão no território do País Basco, o tratamento fiscal dos investimentos que estas empresas realizam no mesmo é mais favorável"*.

Concluiu a Comissão então no seguinte sentido:

"Este sistema pode falsear a concorrência, dado que reforça a posição financeira e as possibilidades de ação das empresas beneficiárias frente a seus concorrentes que não desfrutam do mesmo. Na medida em que este efeito se produz no marco dos intercâmbios intracomunitários, estes resultam afetados pela ajuda.

*Em particular, o sistema falseia a concorrência e afeta os intercâmbios entre Estados membros na medida em que as empresas beneficiárias exportam uma parte de sua produção aos demais Estados Membros; de igual maneira, quando estas empresas não exportam, a produção nacional se vê favorecida na medida em que diminuem as possibilidades das empresas estabelecidas em outros Estados Membros de exportar seus produtos ao mercado espanhol"*²⁹.

O fato de que se trata de ajudas fiscais não as exclui do âmbito de aplicação do art. 92, dado que este artigo se aplica às ajudas "sob qualquer forma".

Outra importante decisão relativa ao impacto de incentivos fiscais sobre as relações de concorrência foi a tomada no caso nº 318/88, no qual a Comissão declarou ilegais auxílios concedidos à região italiana do Mezzogiorno (sul da Itália). Nessa ocasião, a Comissão entendeu que *"as ajudas concedidas sob a forma de redução de tarifas implicam reduções nos custos de comercialização e podem afetar o intercâmbio dos produtos do Anexo II do Tratado CEE entre os Estados Membros. Ao melhorar de maneira artificial as condições de concorrência, estimulam os produtores e empresas de*

²⁹ Sentença do TJCE de 13 de julho de 1988 no caso 102/87 (SEB), Rec. 1988, p. 4067

transformação italianos a buscar novos mercados ou, em última análise, lhes permitem manter suas estruturas comerciais tradicionais. Em primeiro lugar, poderão reduzir seus custos mediante economias de escala e poderão logo aumentar sua competitividade nos mercados de outros Estados Membros. Por esses motivos, se cumprem as condições do artigo 92 do Tratado CEE em virtude do qual este tipo de ajudas não são em geral compatíveis com o mercado comum".

Aliás, tamanha é a importância da existência de um sistema tributário neutro no âmbito do mercado comum que o próprio Tratado de Roma prevê expressamente no seu artigo 95 que "Nenhum Estado-Membro fará incidir, direta ou indiretamente, sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais similares. Além disso, nenhum Estado-Membro fará incidir sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas de modo a proteger indiretamente outras produções" (grifamos).

Do exposto sobre a experiência européia e norte-americana, não resta dúvida de que tais jurisdições, assim como na posição exposta neste consulta, também consideram que a concessão de incentivos fiscais e financeiro-fiscais por parte de Estados membros de uma Federação ou por parte de países em um mercado único pode afetar as relações de concorrência e diminuir os efeitos benéficos que decorrem do adequado funcionamento do mercado.

Ressalte-se, no entanto, que a defesa da concorrência na União Européia, assim como ocorre no Brasil, é implementada não como um fim em si mesma, mas como um instrumento³⁰ para a obtenção de outros objetivos importantes, como o desenvolvimento econômico e o bem-estar social, ou nos termos do art. 170, caput da Constituição brasileira, "a existência digna, conforme os ditames da justiça social."

Com base nisso, o Tratado de Roma, no seu artigo 92 (2), prevê alguns incentivos que são compatíveis com o mercado comum, como os destinados a garantir a reunificação das Alemanhas.

Para fins desta Consulta, interessa, porém, analisar mais a fundo os auxílios que "*podem ser considerados compatíveis com o mercado comum*", previstos no art. 92 (3). São aqueles *auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego os ; destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum ou sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-*

³⁰ Diz-se, então, que a concorrência que se busca alcançar no âmbito da União Européia é uma "concorrência-meio", ao contrário do que ocorria no início da experiência antitruste norte-americana, quando a concorrência era compreendida como um fim em si mesma ("concorrência-fim").

Membro; destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum (...); os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na Comunidade num sentido contrário ao interesse comum; as outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão".

No que tange ao artigo acima, cumpre ressaltar, em primeiro lugar, que, conforme entendimento da doutrina e, principalmente, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, mesmo esses auxílios devem ser considerados concorrencialmente neutros para que possam ser concedidos.

Em segundo lugar, saliente-se que, para os fins da presente Consulta, interessa analisar mais profundamente os incentivos previstos nas alíneas "a" e "c", referidos no direito comunitário como "auxílios regionais". Ressalte-se, porém, que mesmo os auxílios previstos nas outras alíneas podem trazer informações importantes³¹ para a presente Consulta.

Como observado com relação ao "projeto importante", também os auxílios regionais devem, segundo Bellamy e Child, levar em consideração o padrão de desenvolvimento comunitário e não o nacional para que possam ser deferidos.³²

Ademais, segundo Umberto Celli Junior, a Comissão entende que a concessão de benefícios setoriais, previstos na alínea "c", deve ser entendida como exceção e não como regra, sendo somente justificável quando "a) *houver necessidade real; b) puderem levar à restauração da viabilidade de longo prazo; c) puderem contribuir positivamente com as políticas econômicas, sociais e regionais da Comunidade; d) tiverem por objetivo a realização de*

³¹ Assim, por exemplo, ressalte-se que o legislador comunitário, quando da assinatura do recente Tratado de Amsterdã, emendou a alínea d justamente para salientar que até os auxílios estatais para "promover a cultura e a conservação do patrimônio" só poderão ser concedidos "quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na Comunidade num sentido contrário ao interesse comum". Já no que tange à concessão de auxílios estatais com base na "cláusula de escape" prevista na alínea "e" do citado artigo, ressalte-se que, segundo a Comissão Européia, somente uma única vez tal competência foi utilizada. Ainda assim, quando foi utilizada para a criação de um conjunto de regras específicas para a indústria naval, o legislador comunitário não discriminou em favor de empresas desta ou daquela nacionalidade. Tais regras, regulamentadas por uma Diretiva do Conselho (nº 90/684) tiveram, ademais, como prazo final de vigência, o dia 31 de dezembro de 1997.

³² Segundo afirmou o Tribunal de Justiça, no julgamento do caso "Philip Morris, *"As far as concerns the applicant's arguments based on Article 92 (3) (b) of the Treaty, the Commission could very well take the view, as it did, that the investment to be effected in this case was not 'an important project of common European interest' and that the proposed aid could not be likened to aid intended to 'remedy a serious disturbance in the economy of a Member State', since the proposed aid would have permitted the transfer to the Netherlands of an investment which could be effected in other Member States in a less favourable economic situation than that of the Netherlands where the national level of unemployment is one of the lowest in the Community"*. (fls 155)

alguns ajustes em estruturas econômicas em transformação, e não a preservação de setores industriais não modificados apesar de desenvolvimentos econômicos; e e) forem proporcionais ao objetivo que se procura alcançar" (fls. 156). Dessa maneira, segue o autor, a concessão de auxílios regionais *"Tampouco deve permitir que empresas ineficientes sejam artificialmente mantidas em detrimento de seus concorrentes mais eficientes em outros Estados-Membros"* (fls. 156).

E, por fim, salientando a necessidade de crescimento harmônico na União Européia, a decisão do TJCE no caso "Philip Morris" entendeu ainda que "Um auxílio (estatal) não se inserirá no dispositivo [do art 92(3)] se levar à transferência de um investimento que poderia ter tido lugar em um Estado membro que estiver em situação menos favorável" (*An aid will not fall within the provision [do art. 92 (3)] if it leads to the transfer of an investment which could have taken place in another Member State which is in a less favourable situation*³³).

Duas importantes observações para os fins da presente Consulta devem ainda ser feitas no que tange à normativa comunitária européia. A primeira delas diz respeito ao já citado artigo 95 do Tratado de Roma, que dispõe o seguinte:

"Art. 95. Nenhum Estado-Membro fará incidir, direta ou indiretamente, sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais similares. Além disso, nenhum Estado-Membro fará incidir sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas de modo a proteger indiretamente outras produções".

Para Bellamy e Child³⁴, tal artigo ratifica a importância da existência de um sistema tributário concorrencialmente neutro para a efetiva construção de um mercado único e integrado e declara que a concessão de incentivos fiscais ou financeiro-fiscais que discriminem entre produtos ou serviços de Estados Membros é frontalmente contrária à normativa comunitária européia. Mais importante, tais autores salientam também que o artigo 95, além de proibir a tributação de natureza discriminatória, possui "efeito direto", devendo ser aplicado diretamente pelos Estados Membros e podendo ter seu cumprimento exigido em qualquer instância judiciária nacional.

A segunda importante observação diz respeito justamente às regras que definem quando a concessão de incentivos regionais no âmbito da União Européia poderá ser declarada compatível com o mercado comum. Dada o objetivo de nivelamento das condições econômicas e sociais dos Estados

³³ Bellamy and Child, *Common Market Law of Competition*, Fourth Edition, London, Sweet and Maxwell, 1993, p. 923.

³⁴ "Common Market Law of Competition", Fourth Edition, Edited by Vivian Rose, London, Sweet & Maxwell, 1993.

Membros da União Européia, tal concessão de incentivos somente será permitida àquelas localidades consideradas abaixo da média européia na "Nomenclatura da Unidades Territoriais Estatísticas" ou, simplesmente, "NUTS"³⁵.

A NUTS partiu da análise das unidades regionais institucionais existentes nos Estados Membros (comunidades autônomas e províncias na Espanha, regiões e departamentos na França, regiões e províncias na Itália, etc.) e, dada a necessidade de delimitar territórios de dimensão comparável, chegou a uma divisão de três níveis hierarquizados. Estes níveis, em que são divididos os territórios nacionais, são os de NUTS I, NUTS II e NUTS III³⁶, sendo o nível NUTS I o maior em extensão territorial e o nível NUTS III, o menor. Existem, assim, na União Européia³⁷, 69 entidades territoriais de nível NUTS I, 173 de nível NUTS II e 1039 de nível NUTS III.

Segundo Comunicação da Comissão³⁸, as regiões suscetíveis de serem beneficiadas com auxílios regionais são tão somente as de nível NUTS III situadas numa região de NUTS II, que apresentem ambas um nível de vida anormalmente baixo e uma grave situação de subemprego em relação à média comunitária (produto interno bruto por habitante inferior a 75% da média comunitária). Os incentivos são, pois, localizados, e sua concessão, bem como seu montante, segue estrita metodologia. São levados em consideração indicadores como produto interno bruto por habitante, valor adicionado bruto ao custo de fatores e nível de desemprego estrutural, corrigidos ainda por parâmetros econômicos relevantes, como a tendência e a estrutura do desemprego, a evolução do emprego, a migração líquida, a situação geográfica ou ainda a densidade populacional. Tais indicadores são comparados com a média comunitária, e devem ser piores em determinados percentuais para que qualifiquem a região para a concessão de incentivos. O montante do benefício também obedece a regras rígidas de acordo com a situação da região.

³⁵ A explicação aqui dada sobre a NUTS é baseada em artigo de Carlos Nogueira, publicado na Internet na página <http://europa.eu.int/comm/translation/bulletins/folha/folh11/folh11g.htm>.

³⁶ Foi necessário, portanto, definir para cada Estado Membro um nível regional suplementar, que correspondia a uma estrutura administrativa menos importante ou, como na maior parte dos casos, inexistente. Esse nível suplementar situa-se, consoante o país, em qualquer um dos três níveis da NUTS. Assim, enquanto a Alemanha possuía já na sua estrutura administrativa regional três níveis perfeitamente definidos que facilitaram a repartição da NUTS (Länder=NUTS I, Regierungsbezirke=NUTS II, Kreise=NUTS III), no caso de França, por exemplo, o nível NUTS I corresponde a "grupos de regiões", sem qualquer estatuto administrativo interno, o mesmo se passando no Reino Unido no nível NUTS II ("grupos de condados") ou em Portugal no nível NUTS III ("grupos de concelhos").

³⁷ Ressalte-se que a própria Comissão Européia e o Conselho de Ministros utilizam tal nomenclatura para a definição de onde aplicar os fundos comunitários de equalização. Assim, o regulamento de base (2052/88) estabelece o nível NUTS II para a identificação das regiões do "objetivo 1" (regiões menos desenvolvidas) e o nível NUTS III para as zonas elegíveis a título dos outros objetivos prioritários.

³⁸ JO nº C 212 de 12/08/1988, parcialmente alteradas por Comunicações posteriores. Vide, em anexo, mapa da União Européia que indica regiões que podem ser beneficiadas.

Após essa longa incursão na experiência comunitária europeia sobre auxílios estatais, não resta dúvida de que aquela jurisdição, com experiências igualmente extensas tanto em defesa da concorrência quanto em auxílios e incentivos estatais, trata de ambos esses temas de forma interligada, ressaltando explícita e recorrentemente o impacto falseador e deletério desses incentivos fiscais e financeiro-fiscais a empresas localizadas em territórios nacionais ou sub-nacionais sobre as relações de concorrência, vedando, por isso, sua aplicação.

As exceções a essa regra, existentes justamente para promover o objetivo de um desenvolvimento harmônico dentro do mercado agora único, foram positivadas no próprio Tratado de Roma, desenvolvidas de forma consistente e coerente na normatização comunitária, e esclarecidas na jurisprudência da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Auxílios estatais falseiam a concorrência e só podem ser admitidos nos casos excepcionais em que avancem a causa do nivelamento das condições econômicas e sociais dos Estados Membros da União Europeia. Nesse sentido, só serão aceitos aqueles auxílios que sejam concedidos pela própria União Europeia ou pelos Estados, na forma e no montante previstos em um sistema de classificação regional (o NUTS) acordado pelos Estados Membros e supervisionados pela Comissão Europeia. Apenas em tais casos, note-se, a restrição à concorrência é considerada admissível.

É interessante notar que tal sistema não é muito diferente - na verdade, é bastante similar - ao existente no Brasil, pelo menos em teoria. De fato, o ordenamento jurídico brasileiro prevê como legítimo que se queira favorecer uma região comparativamente menos desenvolvida, estimulando, por exemplo, o estabelecimento de novas empresas de forma a disseminar o progresso tecnológico ou fomentar o emprego e assim atenuar disparidades regionais. O mesmo ordenamento jurídico, no entanto, prevê para isso um procedimento especial, especificamente para a concessão de incentivos fiscais e financeiro-fiscais. Tal procedimento, que está previsto na Lei Complementar 24/75, mencionada no Relatório, existe justamente, entre outras razões, porque, nos termos do art. 152 da Constituição Federal "*É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino*".

Mais importante, porém, é o artigo 150, § 6º da Constituição Federal, que estabelece que "*Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativas a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, § 2º, XII, g.*"

O artigo 155, § 2º, XII, g, dispõe, então, que "*Cabe à lei complementar (...) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito*

Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados".

Assim, recepcionada a Lei Complementar nº 24/75 pela atual Constituição Federal com base no art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, depreende-se que a realização de convênios entre os Estados permanece como condição *sine qua non* para a concessão legal de incentivos fiscais.

De fato, o artigo 1º dessa Lei dispõe que "*As isenções do Imposto sobre Circulação de Mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei*".

Demonstrando ainda a ampla gama de incentivos que só podem ser concedidos através da realização de Convênios, o parágrafo único do art. 1º da LC 24/75 ainda esclarece que "O disposto neste artigo também se aplica: (...) IV - a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto sobre Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus" (grifos nossos). Tais Convênios, conforme consta do Relatório, devem ser realizados no âmbito do CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária e necessitam do voto unânime de todos os Estados brasileiros para serem aprovados³⁹. Ressalte-se ainda que, sendo o CONFAZ um órgão composto pelos Secretários de Fazenda estaduais e não havendo regras, além da exigência de unanimidade, que limitem a concessão de incentivos fiscais, as decisões sobre o assunto são, pois, de cunho eminentemente político.

A esse respeito, o Prof. Ricardo Varsano conclui, pois, que "*A guerra fiscal se trava à revelia da LC nº 24/75. (Tal Lei) Veda as concessões de isenções e outros incentivos relacionados ao ICMS, salvo quando previstas em convênios celebrados em reuniões do Conselho Nacional de Política Fazendária, que congrega todos os estados e o Distrito Federal. A lei determina que a aprovação da concessão de um benefício dependa de decisão unânime dos estados representados e prevê penalidades em caso de inobservância de seus dispositivos. Bastaria o cumprimento dessa lei (...) para que as guerras fiscais acabassem*"⁴⁰ (grifos nossos).

³⁹ Segundo dispõe o art. 2º, § 2º da LC 24/75, "A concessão de benefícios dependerá sempre da decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá da aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes".

⁴⁰ A mencionada "penalidade" está prevista no artigo 8º da LC 24/75, *in verbis*, e ao que se sabe, nunca foi aplicada: "Art. 8º. A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente: I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria. II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente. Parágrafo único: As sanções previstas neste artigo poder-se-ão acrescer a presunção de irregularidade das contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e a suspensão do pagamento das quotas referentes ao Fundo de Participação, ao Fundo Especial e aos impostos referidos nos itens VIII e IX da Constituição Federal".

Aqui uma importante observação deve ser feita. Como dito, o ordenamento jurídico pátrio possui mecanismos previstos inclusive constitucionalmente para a concessão de incentivos fiscais e financeiro-fiscais. Uma de suas formas é a do art. 43 da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de a União conceder incentivos fiscais em tributos federais para um mesmo "*complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais*". Nos termos do parágrafo segundo deste artigo, "*Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: (...) I - juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; II - isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas*".

Essa forma de concessão de incentivos fiscais se coaduna, na verdade, com o disposto no art. 151 da Constituição Federal que, ao tratar do princípio da uniformidade geográfica da tributação, dispõe, justamente, que "*É vedado à União: I - Instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País*" (grifos nossos).

A conclusão do tributarista Roque Antônio Carrazza sobre o assunto é a de que "*a União não pode criar, senão em nome do superior interesse nacional⁴¹, quaisquer distinções ou preferências, em favor ou contra os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Em tese, portanto, os tributos federais deverão ser uniformes, em todo o território nacional (o que, diga-se de passo, reafirma a pujança dos princípios federativo, da autonomia municipal e da autonomia distrital). Só serão constitucionais as isenções que colimem "promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País".*" (grifamos).

O outro mecanismo juridicamente admitido no país, já referido nesta Consulta, é o previsto na LC 24/75, que requer a concordância unânime entre os Estados da Federação para que incentivos fiscais com base no ICMS possam ser concedidos. Ao realizar tal exigência, a Lei Complementar busca justamente garantir o respeito ao princípio da isonomia tributária, que será respeitado na medida em que, salvo deliberação dos próprios Estados, todos os contribuintes brasileiros sejam tributados da mesma forma e com base nas mesmas regras, estabelecidas no CONFAZ.

⁴¹ Ressaltando a importância do fato de que a redução do princípio das desigualdades regionais somente poderá ser realizado na presença de interesse nacional sobre o assunto, a Constituição Federal, em vários de seus dispositivos, determina à União Federal, seja através do Poder Executivo Federal ou do Congresso Nacional, as tarefas de "elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social" (art. 21, IX); privativamente "legislar sobre comércio exterior e interestadual" (art. 22, VIII); no que tange ao Congresso Nacional, dispor sobre matérias de competência da União, mormente acerca de "*planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento*". Ressalte-se, por fim, que o art. 174, § 1º determina ainda que a lei (nacional) estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

A exceção acima mencionada é prevista pela própria Lei Complementar 24/75 no seu art. 3º: "*Os Convênios podem dispor que a aplicação de qualquer de suas cláusulas seja limitada a uma ou algumas unidades da Federação*". Ao permitir tal exceção, a LC 24/75 estaria, pois, conferindo aos Estados o poder de, através de consenso, decidir quais são as localidades nas quais deve ocorrer a "redução das desigualdades regionais e sociais", fomentada através da concessão de benefícios fiscais. A exceção ao princípio da isonomia tributária, além de determinada pelos próprios entes tributantes na forma que prevê a Constituição Federal, teria por objetivo, pois, o cumprimento de importante princípio programático da Ordem Econômica da Constituição Federal.

Assim, como dito acima, os modelos brasileiro e comunitário europeu muito se assemelham, pelo menos no que tange ao aspecto formal do sistema normativo vigente. Da mesma forma como no caso da União Européia, também no Brasil a regra é o funcionamento do mercado sujeito à livre concorrência. Incentivos fiscais e benefícios equivalentes, que buscam objetivo específico de reduzir desigualdades regionais, podem ser admitidos como exceção desde que 1) sejam concedidos pela União, que por definição representa os interesses de todos os habitantes, ou 2) sejam concedidos pelas unidades (Estados aqui ou países membros lá), desde que de acordo com regras acordadas entre todos os membros, seja caso a caso, com aprovação unânime do Confaz, ou de forma prévia, segundo o NUTS e fiscalizado pela Comissão.

Note-se que, em ambos os casos, as decisões sobre quais regiões podem ser beneficiadas é tomada por órgãos de natureza política, representativos da sociedade (na EU o Conselho Europeu, no Brasil ou a União ou a unanimidade dos Estados), responsáveis por fazer o sopesamento dos princípios constitucionais envolvidos e identificar que regiões efetivamente necessitam de auxílios e incentivos de acordo com as normas constitucionais. No caso europeu, a Comissão faz sim o monitoramento, aplicando princípios e regras definidos anteriormente.

Dessa maneira, incentivos fiscais concedidos na forma a que faz referência o próprio texto constitucional e a Lei Complementar ("complementar" à Constituição, diga-se de passagem) nº 24/75 poderiam ser vistos como incentivos que, como por definição, seriam adequados para avançar a causa constitucionalmente legítima da redução das desigualdades regionais. Essa adequação a tal objetivo seria assegurada, como se viu, pela forma de concessão –ou pela União, ou pela unanimidade dos Estados, o que garantiria que o interesse nacional fosse sempre sopesado. Se a União, em defesa do superior interesse nacional, ou os Estados, por unanimidade, decidem conceder uma isenção ou incentivo, é razoável presumir que as restrições a outros objetivos constitucionais (como à neutralidade e isonomia tributários, bem como à concorrência) foram considerados, e que se chegou à conclusão de que os benefícios derivados do incentivo, no montante e para a região acordada, superariam tais preocupações ao adequadamente estimular o

desenvolvimento regional, em obediência ao respectivo princípio constitucional da ordem econômica. É uma presunção formal, não há dúvida, mas formal no sentido da forma que o constituinte considerou adequada para defender o interesse público. Assim, nesses casos, seria justificável a relativização do princípio igualmente constitucional da livre concorrência, admitindo-se tal abrandamento em função do atendimento –na forma e montante adequados para tal- do outro princípio da redução das desigualdades regionais, por decisão das autoridades competentes para tal.

Na ausência do cumprimento das condições mencionadas, o incentivo fiscal relativo ao ICMS teria sido, entretanto, concedido de forma irregular. Não haveria nesse caso qualquer segurança (fornecida pela obediência aos comandos constitucionais) de que o incentivo seria destinado a região e em montante que efetivamente avancem a causa da redução das desigualdades regionais sem atenuar em demasia o princípio da livre concorrência. Não haveria garantia de que tivesse ocorrido, com a decisão unilateral de um Estado, o esforço, indispensável na hermenêutica e na aplicação de dispositivos constitucionais, da máxima compatibilização, em nome e benefício do interesse maior da coletividade, de princípios que podem, por vezes e em determinados casos, parecer conflitantes.

Além das questões formais, o desrespeito aos citados princípios são razão importante para as inúmeras⁴² decisões do Supremo Tribunal Federal que declararam inconstitucionais incentivos fiscais concedidos sem o necessário do Convênio do CONFAZ.

Apenas a título de exemplo, cabe citar a ADIN 1247, relatada pelo Ministro Sidney Sanches, cuja transcrição de trechos do acórdão segue abaixo:

“ICMS E REPULSA CONSTITUCIONAL À GUERRA TRIBUTÁRIA ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS: O legislador constituinte republicano, com o propósito de impedir a “guerra tributária” entre os

⁴² Duas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade mencionadas no Relatório devem, além das abaixo citadas, também ser salientadas. A ADIN 260-SC, em que foi relator o Ministro Sidney Sanches, decidiu, por exemplo, que "A consequência é que, na tarifa de passagem de Santa Catarina para outro Estado, o ICMS (que é imposto indireto e está embutido no preço) constituirá renda da transportadora. No sentido inverso, o imposto constituirá renda do Estado de origem. Fácil concluir que essa situação, além de apontada diferenciação inconstitucional, implica num privilégio, outorgado a uma categoria profissional específica, perdendo o caráter da necessária impessoalidade, previsto no artigo 37, caput da CF/88". Já na ADIN 1522, em que também foi relator o Ministro Sidney Sanches e onde foi analisada Lei do Estado de Rio de Janeiro que dispunha que o ICMS não incidiria sobre determinados produtos e serviços, o STF entendeu que "Tais normas estaduais, a um primeiro exame, para efeito de concessão de medida cautelar, parecem afrontar o disposto no art. 155, § 2º, inc. XII, alínea "g", da Constituição Federal, segundo os quais cabe à lei complementar "regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados". Tanto mais porque o Convênio I.C.M.S. 66/88, de 14.12.1988, autorizado pelo § 8º do art. 34 do A.D.C.T. da C.F./1988, também não previu não incidência ou isenção do tributo, nas normas estaduais em questão. Assim também, mais recentemente, a Lei Complementar nº 87/96".

Estados-membros, enunciou postulados e prescreveu diretrizes gerais de caráter subordinante destinados a compor o estatuto constitucional do ICMS. Os princípios fundamentais consagrados pela Constituição da República, em tema de ICMS, (a) realçam o perfil nacional de que se reveste esse tributo, (b) legitimam a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie tributária, notadamente em face de seu caráter não-cumulativo, (c) justificam a edição de lei complementar nacional vocacionada a regular o modo e a forma como os Estados-membros e o Distrito Federal, sempre após deliberação conjunta, poderão, por ato próprio, conceder e/ou revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais.

CONVÊNIOS E CONCESSÃO DE ISENÇÃO, INCENTIVO E BENEFÍCIO FISCAL EM TEMA DE ICMS: *A celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial à válida concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais pertinentes em tema de ICMS.*

Esses convênios – enquanto instrumentos de exteriorização formal do prévio consenso institucional entre as unidades federadas investidas em competência tributária em matéria de ICMS – destinam-se a compor os conflitos de interesses que necessariamente resultariam, uma vez ausente essa deliberação intergovernamental, da concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais pertinentes ao imposto em questão.

O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS.

MATÉRIA TRIBUTÁRIA E DELEGAÇÃO LEGISLATIVA: *A outorga de qualquer subsídio, isenção ou crédito presumido, a redução de base de cálculo e a concessão de anistia e remissão em matéria tributária só podem ser deferidas mediante lei específica, sendo vedado ao Poder Legislativo conferir a Chefe do Executivo a prerrogativa extraordinária de dispor, normativamente, sobre tais categorias temáticas, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes e de transgressão ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa. Precedente: ADIN 1296-PE” (grifos no original).*

Outra importante decisão, desta vez de mérito, foi a proferida no Recurso Extraordinário nº 95784 pelo Ministro Relator Cordeiro Guerra nos seguintes termos:

“Os Convênios que concedem isenções ou favores fiscais, Lei Complementar nº 24, de 27 de janeiro de 1975, não podem discriminar o favor concedido, em detrimento de determinados contribuintes, por violar o princípio constitucional da uniformidade do tributo, que abrange não só as alíquotas como também a base de cálculo do imposto”.

Além de inconstitucionais formalmente, por não terem respeitado as regras da LC 24/75, os incentivos fiscais concedidos sem Convênio do CONFAZ afetam a questão da incidência de outros princípios⁴³ também relativos à regulação das atividades econômicas no País e previstos no art. 170 da Constituição Federal. Entre eles, estão, como se sabe, o princípio da "livre concorrência" (inciso IV) e o da "livre iniciativa" (caput), considerada um fundamento da Ordem Econômica.

Isso ocorrerá porque, figurando esses princípios como incisos de um mesmo artigo e não havendo hierarquia entre eles, deverá ser aplicado o princípio que mais claramente se amolda à matéria, relativizando-se o outro o mínimo necessário, sempre buscando a máxima compatibilização e harmonização possível. Neste caso, dada a demonstração de que a concessão de incentivos fiscais pode distorcer as relações de concorrência nos mercados e dado que o princípio da redução das desigualdades regionais não teria sido implementado na forma que prevê a Constituição Federal, não se justificaria a relativização ou o afastamento do princípio da livre concorrência⁴⁴.

É interessante salientar as seguintes observações de Tércio Sampaio Ferraz, professor e ex-Procurador Geral da Fazenda Nacional:

"A concorrência e a ação do Estado que procura fomentar sua própria economia podem implicar-se mutuamente. De um lado, a concorrência deve ocorrer dentro dos marcos legais e constitucionais. De outro, ao fomentar sua economia, o Estado pode estar favorecendo um concorrente, em detrimento de outro.

Essa última conseqüência deve ser encarada de dois modos. Em primeiro lugar, ao fomentar a economia o Estado o deve fazer por lei e conforme a hierarquia normativa. Ou seja, se o princípio da livre concorrência é constitucional, nem as leis que implementam o fomento nem os atos administrativos que se lhe seguem podem configurar situações que infrinjam o princípio

Em segundo lugar, se uma lei e os atos administrativos dela decorrentes ferem o princípio, os poderes públicos, Legislativo e Executivo, não estão a cometer uma infração (ato ilícito), mas a exercer um ato de competência que pode caracterizar uma inconstitucionalidade"⁴⁵.

Ante o exposto, depreende-se, pois, como já dito, que, de fato, o sistema brasileiro para a concessão de incentivos fiscais não é de todo diferente do da União Européia. Uma das diferenças é que enquanto na União Européia existem regras preestabelecidas sobre quais auxílios estatais podem

⁴³ Demonstrando a importância de os princípios que regem o livre mercado serem incentivados, o art. 219 da Constituição dispõe que "O mercado integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal".

⁴⁴ Também poderia ser aplicada à matéria o princípio/fundamento da Ordem Econômica da "livre iniciativa" uma vez que a concessão de incentivos fiscais ou financeiro fiscais pode forçar empresas a mudarem suas plantas de Estados, a venderem em determinadas condições, etc.

⁴⁵ "Concorrência e guerra fiscal", in Folha de São Paulo, 09/02/1998.

ser concedidos e em que regiões, no Brasil as regras são feitas caso a caso, de acordo com a vontade dos membros do CONFAZ. Ou deveriam ser, se a legislação fosse efetivamente cumprida.

Outras diferenças entre os dois sistemas são: a) o fato de que o artigo 95 do Tratado de Roma possui efeito direto, defensável nos Judiciários nacionais e proíbe a discriminação tributária de produtos e serviços de Estados Membros; b) o efetivo funcionamento de um sistema de controle administrativo - por parte da Comissão Européia - e judicial, capitaneado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias - agora auxiliado pelo Tribunal de Primeira Instância; c) e o fato de que o principal tributo europeu - o VAT - Value Added Tax (ou Imposto sobre o Valor Agregado - IVA) incide somente no destino⁴⁶, isto é, no consumo das mercadorias e serviços por ele tributados. Dessa maneira, a concessão de incentivos fiscais propriamente ditos não serve para atrair empresas para os Estados concedentes, uma vez que a arrecadação do imposto irá para o Fisco do Estado de destino da mercadoria, não podendo o Estado concedente dispor desse valor. Pelo visto nos casos citados acima, os Estados podem, de acordo com as regras previstas, conceder incentivos que equivalham, economicamente, à isenção.

Não cumpre aqui ao CADE enveredar na discussão, atualmente em curso no Congresso Nacional, sobre qual a melhor forma de estruturar o sistema de tributação via ICMS, se pelo destino ou pela origem, muito embora seja factualmente evidente que o primeiro modelo, conforme mencionado, em muito dificulta a possibilidade de concessão de incentivos fiscais.

⁴⁶ Sem entrar na discussão acerca da Reforma Tributária, saliente-se, conforme mencionado pela Consulente e transcrito no Relatório, que a adoção do princípio do destino, teria, segundo Ricardo Varsano, os seguintes efeitos na tributação das operações interestaduais de compra e venda de mercadorias: *"Adotar o princípio de destino significa eliminar a alíquota interestadual do imposto. Isso feito, todos os produtos destinados ao consumo em determinado estado - sejam eles produzidos no próprio estado, em outro ou no exterior - geram arrecadação exclusiva para aquele estado; e bens ali produzidos, destinados a outros estados ou ao exterior, não são por ele tributados. Essa sistemática não elimina de todo a guerra fiscal, mas impõe fortíssima restrição à eficácia dos incentivos do ICMS. Como todas as saídas de mercadorias destinadas a outros estados ou ao exterior não são tributadas, não servem de base para a concessão de incentivos; e como a Constituição veda aos estados estabelecer diferença tributária entre bens em razão de sua procedência ou destino, não há como privilegiar o consumo de bens produzidos no estado. A única forma possível de conceder benefício fiscal para atrair empreendimentos é a redução do imposto a recolher, cujo valor agora depende do volume de vendas da empresa para dentro do estado. Evidentemente, somente as empresas que pretendam dirigir sua produção primordialmente para esse mercado poderão ser atraídas. Ademais, elimina-se a hipótese - que, como se viu, existe atualmente e não é mera curiosidade teórica, pois efetivamente ocorre - de um estado conceder incentivo, e outro pagar a conta".* O autor salienta, então, outras vantagens da tributação das operações interestaduais no destino tais como *"(i) elimina a injusta redistribuição de receita entre estados que hoje existe quando uma saída tributada de mercadoria para outro estado é seguida de uma saída isenta (ou de nenhuma), caso em que um estado arrecada e outro concede o crédito do imposto; ii) possibilita a isenção (ou redução de alíquota) de produtos cujo consumo tem peso importante nos orçamentos das famílias mais pobres, sem causar danos maiores à arrecadação de estados que tenham produção fortemente concentrada naqueles bens; e iii) promove profunda alteração na distribuição dos recursos fiscais estaduais em favor dos estados importadores líquidos em comércio interestadual que vêm a ser os mais pobres".*

Ainda assim, é interessante comentar estudo já citado do IPEA/FUNDAP, que, de forma paralela à experiência européia, propõe mecanismos para tentar tornar objetiva a concessão de incentivos fiscais e minorar os efeitos nocivos que a guerra fiscal possa ter sobre a eficiente alocação de bens no mercado.

Tal trabalho aponta um rol de providências e ações a serem tomadas para, se não extirpar, pelo menos diminuir os impactos negativos da guerra fiscal entre os Estados brasileiros, são elas: 1) Princípio da Transparência: seria dado livre acesso a todos os contratos e normas relativos a incentivos fiscais e financeiro-fiscais; b) Desenvolvimento de mecanismos e instituições para o acompanhamento, avaliação e questionamento dos benefícios; e c) Ação coordenadora do governo federal para obter a formulação de critérios que definam os limites em que a concessão de benefícios pode ser praticada.

Para os fins da presente Consulta, interessa comentar a última hipótese, uma vez que, segundo o IPEA, *"exigiria, no essencial que a problemática da desconcentração industrial fosse retomada; fossem hierarquizadas as regiões e sub-regiões (e não necessariamente espaços geopolíticos estaduais) do ponto de vista da relevância do adensamento industrial; fossem correlacionadas regiões e sub-regiões com setores industriais preferenciais, em função de vantagens econômicas naturais, disponibilidade de infraestrutura, etc. É nessa direção que parece encaminhar-se a proposta veiculada pelo governador do Rio Grande do Sul, baseada na definição de "bandas" ou "faixas" permitidas de subsídio, em função do grau de desenvolvimento econômico de cada Estado"* (p. 142).

Tal idéia assemelha-se, pois, à prevista na União Européia, de maneira que haveria clareza sobre quais as regiões brasileiras que poderiam ser beneficiadas com tais auxílios, e em que montantes⁴⁷. Com isso, conceder-se-ia mais –ou na verdade, um mínimo de– segurança jurídica e previsibilidade à atuação das empresas e à realização de investimentos, reduzindo os impactos atualmente decorrentes da guerra fiscal.

Quanto a esse ponto, é interessante notar artigo da lavra do ex-Conselheiro Renault de Freitas Castro e do assessor do CADE Valdomiro de Almeida:

"Porém, a dimensão concorrencial da matéria, de interesse e competência tanto dos Estados quanto da União, certamente justifica a adoção de providências incisivas, de caráter disciplinador e orientador, por parte do Governo Federal, em substituição à atitude meramente passiva demonstrada até agora. O Governo Central deve assumir o ônus de fiscalizar e monitorar, em sintonia com os Estados, os aspectos

⁴⁷ É interessante ressaltar que o próprio IBGE já possui dados sobre o assunto coletados e disponibilizados para o público na sua página da Internet – www.ibge.gov.br. Trata-se das tabelas sobre "Produto Interno Bruto *per capita* do Brasil, por Grandes Regiões e Unidades da Federação – 1985-1997".

concorrenciais da política tributária, com o objetivo de estender também a esse campo de atuação a observância dos princípios basilares da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8884/84), tanto quanto dos princípios e procedimentos tributários estabelecidos na Lei Maior e na Lei Complementar...”.

“...Entretanto, é preciso lembrar que - sobretudo quando se fala numa iminente reforma tributária - o atendimento aos citados princípios [capacidade tributária, isonomia, neutralidade etc] requer também, e necessariamente, a consideração dos valores da livre concorrência e da livre iniciativa em todas as fases da política tributária, como única forma de tornar os tributos em questão cada vez mais justos e neutros também do ponto de vista concorrencial, transferindo para o contribuinte os benefícios dessas verdadeiras conquistas do moderno direito econômico e buscando construir uma sociedade livre, justa e igualitária, objetivo fundamental da República, consagrado na Carta de 1988⁴⁸ (grifamos, p. 119 e 120).

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).

Cabe ainda ressaltar que, conforme a citada Resolução CADE nº 18, e conforme ensina o professor e hoje Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca⁴⁹, o escopo da própria Consulta ora em análise é limitado e não irradia efeitos para quaisquer outros Processos, inclusive Consultas, dado que tratou de direito somente em tese, sem a análise aprofundada de qualquer caso em especial de concessão de incentivo fiscal.

Resumindo:

- 1) A concessão de incentivos fiscais ou financeiro-fiscais possui o mesmo efeito para a empresa e para o mercado. Ambos esse 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.

⁴⁸ Vide "Concorrência e tributação: efeitos anticoncorrenciais da substituição tributária no caso do ICMS sobre cerveja", in Revista de Direito Econômico, janeiro-julho/99, p. 101-122.

⁴⁹ João Bosco Leopoldino da Fonseca, "Lei de Proteção à Concorrência", Editora Forense

- 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.

- 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.

- 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.
- 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.

Ante o exposto, entendo respondida a presente Consulta e, em atendimento à solicitação do PNBE, determino o envio de cópia de seu Relatório, Voto e Acórdão à Comissão Especial de Reforma Tributária da Câmara dos Deputados e ao Supremo Tribunal Federal. Voto também pelo seu envio ao Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, salientando que o CADE permanece à disposição para auxiliar o trabalho daquele órgão ou de quaisquer outros no sentido da criação e manutenção de um sistema tributário eficiente e, principalmente, concorrencialmente saudável.

Por fim, gostaria de agradecer ao meu assessor, Pedro Montenegro, cuja inestimável contribuição foi absolutamente imprescindível para a análise da questão e a realização deste voto.

É o voto.

Brasília, 22 de março de 2000

MARCELO CALLIARI
Conselheiro Relator

