

O FOMENTO INDUSTRIAL E A CONCORRÊNCIA NO MERCADO INTERNO

Aline Lícia Klein

I. INTRODUÇÃO

Na Constituição Federal, são consagrados como objetivos fundamentais da República brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais, entre outros. Conta-se com a atuação do Estado e da sociedade para a realização destes objetivos. Um dos principais modos de consecução de tais finalidades é através da interferência estatal no domínio econômico.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, esta intervenção pode ocorrer de três modos.¹ O primeiro deles ocorre pelo exercício do poder de polícia, em que o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica. A segunda possibilidade é o Estado atuar diretamente no setor, exercendo atividade econômica mediante as pessoas que cria para tal fim. Por último, o Estado pode incentivar a iniciativa privada a exercer certas atividades cuja realização também atenda ao interesse público.

A última modalidade de intervenção pode ser denominada genericamente de “fomento”. Das três formas de atuação estatal enunciadas, é a que foi menos estudada até o presente momento pela doutrina nacional. De um lado, isso pode ser resultado da amplitude desta forma de intervenção estatal, que é exteriorizada sob as mais diversas atividades e ainda não foi objeto de disciplina legal específica. De outro, freqüentemente a execução do fomento estatal é vista de modo preconceituoso, sendo reputada como forma de “favorecimento indevido” aos particulares.

Diante disso, faz-se necessário o aprofundamento do seu estudo. Somente assim as exteriorizações desta atuação estatal poderão ser devidamente enquadradas no sistema jurídico e, especialmente, controladas sob todos os ângulos cabíveis. O presente estudo pretende analisar mais especificamente as implicações da atividade estatal de apoio e incentivo econômico à atividade industrial privada no tocante ao direito da concorrência.

II. A ATUAÇÃO ESTATAL DE INCENTIVO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRIVADA

1. O fomento como forma de intervenção do Estado no domínio econômico

¹ Curso de Direito Administrativo, p. 610 e ss.

Para atingir os fins de interesse público no que diz respeito à ordem econômica, a atuação do Estado pode ocorrer sob a forma de apoio e estímulo das atividades dos particulares. Nestes casos, as orientações estatais não visam suprir a vontade dos agentes privados, impondo-lhes determinada conduta. São orientações veiculadas em normas dispositivas, não cogentes, de modo a estimular os particulares a adotar determinada conduta cuja realização também atende ao interesse público. Na nomenclatura de Eros Grau, são as normas de intervenção por indução.²

A ação do Estado nestes campos consiste em colocar à disposição do maior número possível de particulares os instrumentos necessários ao desenvolvimento e progresso das mais diversas atividades que apresentam interesse coletivo.³ Por realizarem determinadas atividades que também atendem aos objetivos estabelecidos nas diretrizes de política econômica governamental, certos agentes passam a receber um tratamento jurídico diferenciado.⁴

A previsão genérica da atividade de execução fomento público está no art. 174 do texto constitucional, ao estabelecer que uma das funções a ser exercida pelo Estado é a de incentivo da atividade econômica. Ao longo do próprio texto constitucional são enumeradas diversas atividades dos particulares que serão objeto de especial apoio e estímulo pelo Estado, por sua realização ter relevância social e dar atendimento ao interesse público.⁵

2. As modalidades do fomento

O fomento pode ser compreendido numa acepção bastante ampla, abrangendo todas as formas de apoio e incentivo dados pelo Estado para as atividades desempenhadas pelos agentes privados nos mais diversos setores.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto divide a atividade de fomento em quatro grandes grupos: o planejamento estatal, o fomento social, o fomento econômico e o fomento institucional.⁶ Essa divisão considera os fins a alcançar e não os meios empregados, pois estes apresentam grande diversificação.

² A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 158.

³ Marcos Juruena Villela Souto, Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico, p. 53.

⁴ Nesse contexto, Cabral de Moncada alude à “publicização” de toda a atividade econômica privada. O exercício da livre iniciativa adquire dimensão de interesse público, sendo objeto da política econômica governamental. (Direito Econômico, p. 350).

⁵ São exemplos de atividades com previsão constitucional de tratamento diferenciado a modalidade cooperativa de atuação econômica (art. 174, §2º), o apoio às empresas de pequeno porte (art. 170, IX) e o fomento da agropecuária (art. 23, VIII).

⁶ Curso de Direito Administrativo, p. 515 e ss.

O fomento industrial é uma das modalidades de fomento econômico e compreende todas as ajudas, benefícios e estímulos dados pelo Estado à atividade industrial. As medidas de fomento industrial podem ser de caráter geral, dirigindo-se a todos os agentes econômicos que delas poderão se beneficiar, ou medidas de caráter específico, que consistem em políticas de apoio e estímulo a determinadas empresas ou setores produtivos e são implementadas de modo seletivo, sendo dirigidas a agentes econômicos determinados.

São inúmeras as formas através das quais o Estado exterioriza seu incentivo e apoio às atividades de operadores econômicos industriais. Esses instrumentos são variados e apresentam grande mutabilidade, conforme a própria evolução da estrutura social e do aparato jurídico. Outro fator que contribui para a diversidade dos mecanismos utilizados é a constatação de que muitas destas medidas apresentam caráter conjuntural, elaboradas para atender determinadas necessidades de um momento específico.

Logo, qualquer classificação de tipos de incentivos dirigidos à atividade industrial que pretenda a exaustividade está fadada à incompletude ante a impossibilidade de exata definição dos instrumentos que têm sido utilizados nessa função estatal. Aliás, para Sílvia Faber Torres a existência de inúmeros meios pelos quais pode manifestar-se a atividade de fomento e a flexibilidade são exatamente sua característica precípua, pois em cada caso o administrador deverá selecionar o meio mais idôneo para a obtenção do resultado desejado.⁷

Ressalvada a impossibilidade de uma classificação exauriente, alguma forma de sistematização dos tipos de fomento econômico faz-se necessária com o objetivo de maior aproximação dos atos que exteriorizam a função estatal de que se está tratando. Exclusivamente para esse fim, enuncia-se a classificação dos tipos de fomento elaborada por Augusto de Athayde⁸, que considera os instrumentos jurídicos utilizados: a) benefícios e incentivos tributários; b) garantias de dívidas de empresas privadas; c) subsídios; d) empréstimos em condições favoráveis; e) assistência técnica; f) privilégios especiais; g) desenvolvimento do mercado de títulos; h) protecionismo à produção industrial; i) pólos industriais e comerciais e sociedades de capital de risco.

3. Aspectos de controle dos auxílios concedidos

Conforme se pretendeu expor, uma das principais dificuldades na matéria das medidas de fomento é a exata definição a priori dos diversos meios e instrumentos que poderão vir a ser utilizados pelos Estados com o objetivo de estimular e apoiar a atividade econômica privada. Assim, apenas no caso concreto, com a análise de todas as circunstâncias envolvidas, é que se

⁷ O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo, p. 167.

⁸ Apud Marcos Juruena Villela Souto, ob. cit., pp. 56 e ss.

poderá aferir se se trata de intervenção estatal através da função do fomento econômico.

Desta forma, adquire maior relevância a necessidade de efetivo controle da utilização dos mecanismos de fomento. Dentro dos limites do presente trabalho, apenas serão enunciados os principais aspectos de controle dos auxílios estatais. Em seguida, será analisado mais detidamente um dos critérios a ser considerado.

Conforme Marcos Juruena Villela Souto, o controle dos mecanismos de fomento pode ser feito sob três aspectos:⁹

1. Legalidade: compreende a análise dos benefícios concedidos aos limites e objetivos previstos em lei. Consiste na observância das normas que disciplinam os instrumentos utilizados na função de incentivo. Como não poderia deixar de ser, este critério apresenta grande variabilidade conforme o meio que é utilizado. Certamente o aspecto de legalidade que mais intensamente foi analisado pela doutrina e jurisprudência nacionais foi o de direito tributário. As medidas de incentivo concedidas de modo seletivo utilizam-se principalmente do ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.¹⁰ Sob outro ângulo, deverá adquirir cada vez maior relevância o controle no que diz respeito ao cumprimento das diretrizes de Responsabilidade Fiscal, previstas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.¹¹

⁹ Ob. cit., p. 74-75.

¹⁰ Diante disso, inúmeras foram as disputas acerca de benefícios concedidos sem observância da necessidade de celebração de convênios entre os Estados no âmbito do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária para a concessão de isenções e reduções de ICMS (CF, art. 155, §2º, XII, “g”, e LC 24/75). São diversas as decisões do Supremo Tribunal Federal coibindo os benefícios concedidos sem aprovação no âmbito do CONFAZ. Entre outros, confira-se ADIN 1247-9/PA, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 8.9.95, ADIN 1.522-2/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 27.6.97, ADIN 1179-1/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.4.97.

¹¹ São diversos os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal aplicáveis aos auxílios estatais em suas diversas modalidades. Entre outros, o art. 14 disciplina especificamente a renúncia de receita, estipulando uma série de condicionamentos para sua concessão ou ampliação. Exige-se a elaboração de “estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária (...) e que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elaboração de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição”.

2. Legitimidade: diz respeito à necessidade de todos os benefícios concedidos estarem vinculados a determinado interesse global, previsto anteriormente na lei de diretrizes de planejamento (nos termos do artigo 174 da Constituição Federal). Há estreita relação entre planejamento e fomento. Os benefícios concedidos devem estar vinculados a determinados objetivos que integram o plano de desenvolvimento e metas do ente estatal, uma vez que é necessário que se procure compensar a redução de receita que os benefícios implicam com a realização de outros objetivos maiores, tais como a ampliação de investimentos e geração de novos empregos, que posteriormente propiciarão aumento da arrecadação. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o planejamento do Estado serve de “fundamento racionalizador para o exercício da função administrativa de fomento público”.¹²

3. Economicidade: como decorrência do dever de eficiência, esse critério indica a necessidade de obtenção dos melhores resultados com o menor custo possível. Para tanto, promove-se a análise econômica da eficiência das medidas de fomento. Sob outro ângulo, inclui também o controle da eficácia, quer seja, a efetiva obtenção dos resultados visados e que ensejam a concessão do benefício. Gaspar Ariño Ortiz defende a necessidade de análise econômica das medidas de fomento também para avaliar sua eficácia na correção das falhas do mercado a que se propuseram, sem que tenham sido criados outros problemas ou surgido novas falhas.¹³

A função estatal de incentivo também deve ser realizada em conformidade com os demais princípios constitucionais.

Nesse contexto, outra limitação que se coloca às medidas de fomento é o princípio da igualdade. Como as medidas de fomento beneficiam apenas alguns sujeitos em detrimento de outros, há sempre o risco de tratamento desigual dos administrados.¹⁴ É necessário que todos os interessados e potenciais destinatários do benefício tenham iguais possibilidades de acesso à ajuda estatal.

A exigência de obediência ao princípio da igualdade pode ser traduzida em duas diretrizes principais.¹⁵ A primeira é sob o ponto de vista econômico, na acepção de que as medidas de fomento não podem comprometer as regras de concorrência, discriminando aqueles que não foram favorecidos pelas ajudas. A segunda considera o plano jurídico, que impõe a obediência a

¹² Curso de Direito Administrativo, p. 516.

¹³ Principios de Derecho Público Económico, p. 315.

¹⁴ Ariño Ortiz anota que a jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo na Espanha firmou o entendimento no sentido de que o princípio da igualdade é um dos critérios de controle das medidas de fomento (ob. cit., p. 295).

¹⁵ Ariño Ortiz, ob. cit., p. 296.

um procedimento administrativo para a outorga dos benefícios, procedimento este realizado sob as regras da transparência, publicidade, objetividade e livre concorrência, sendo recomendada a utilização, na medida do possível, de mecanismos competitivos.

Muito embora existam diversos critérios de controle, a avaliação das práticas de fomento não têm sido muito positiva. Nesse sentido, cabe mencionar as considerações manifestadas por Gaspar Ariño Ortiz acerca das medidas de fomento.¹⁶

Sob o ponto de vista econômico, o doutrinador pondera que os benefícios, na maior parte dos casos, são inúteis ou supérfluos, distorcem o mercado e significam má aplicação dos recursos públicos. No aspecto jurídico, constata-se que a concessão dos auxílios dificilmente atende ao princípio da legalidade próprio dos atos administrativos. Os princípios da publicidade, concorrência e objetividade como base de controle são bastante flexíveis, restando larga margem para apreciação discricionária do administrador.

Ariño Ortiz conclui no sentido de ser difícil a jurisdicionalização das medidas de ajuda do Estado Social. Isso seria uma decorrência do próprio sistema em que, ao Estado Social manejar recursos públicos para prestação de auxílio, facilmente deixa de ser Estado de Direito e se converte em Estado de “amiguismo”.

Apesar de ser estudo contextualizado na Espanha, muitas destas constatações são aplicáveis às medidas de fomento praticadas no Brasil. Aliás, tais conclusões devem merecer especial atenção entre nós, considerando-se a nossa ausência de tradição no controle das medidas de fomento estatal para além dos critérios de legalidade tributária.

4. Os auxílios concedidos pelos Estados federados – a “Guerra Fiscal”

Para os fins do presente estudo, em que se procura analisar os reflexos da atividade de incentivo estatal na concorrência interna, dar-se-á ênfase aos auxílios econômicos concedidos às indústrias pelos Estados-membros. No contexto nacional, é especialmente nestes auxílios que pode ser encontrado o aspecto seletivo. Em regra beneficiam apenas determinadas empresas ou setores produtivos, sem que todos os concorrentes tenham possibilidade de acesso ao benefício.

No âmbito dos Estados federados brasileiros, o que se verifica é que cada qual procura atrair os investimentos de empresas privadas para o seu território para geração de receitas e empregos. É a denominada “Guerra Fiscal”.

¹⁶ Ob. cit., p. 307 e ss.

Em termos econômicos, o fenômeno da “Guerra Fiscal” pode ser conceituado como sendo a “disputa fiscal no contexto federativo, ou seja, refere-se à intensificação de práticas concorrenciais extremas e não-cooperativas entre os entes da Federação, no que diz respeito à gestão de suas políticas industriais”.¹⁷

Devem ser feitas duas ressalvas acerca da abrangência do conceito “Guerra Fiscal”. A primeira delas é que, apesar de ser geralmente referida aos Estados-membros, os municípios também participam da “Guerra Fiscal”, na maioria das vezes atuando de modo coordenado com os Estados para atrair investimentos para seu território. A segunda ressalva a ser feita é a de que, apesar da denominação “Guerra Fiscal”, os mecanismos utilizados pelos Estados vão muito além dos incentivos tributários. A redução e isenção de tributos pelos Estados é o principal mecanismo para a atração de investimentos. Porém, geralmente são acompanhadas de uma série de outras medidas na tentativa de se fazer a “melhor oferta” para a empresa que está sendo disputada.

Há de se considerar que, diante da aplicação generalizada dos expedientes de isenção e redução de ICMS pelos Estados, seus efeitos tendem a se anular¹⁸ e deixam de ser um instrumento decisivo para a atração de investimentos para determinada região. Diante disso, ganham relevância os outros benefícios concedidos que não os tributários. Estas outras medidas são as mais variadas possíveis, envolvendo desde a doação de terrenos para implantação de unidades industriais e oferecimento de infra-estrutura em determinada região até a construção de creches e escolas visando ao atendimento dos funcionários de determinada empresa.

Com essa ponderação acerca da extensão do termo, utilizar-se-á a expressão “Guerra Fiscal” por já ser consagrada, porém abrangendo todo e qualquer mecanismo utilizado pelos Estados e municípios na execução da função de fomento da atividade industrial privada.

Os benefícios e incentivos fiscais foram e continuam sendo um dos principais instrumentos para atração de investimentos. No âmbito dos Estados-membros, o tributo especialmente utilizado para esse fim é o ICMS. Em parte, essa estratégia foi acentuada com o advento da Constituição Federal de 1988, que conferiu maior autonomia aos Estados quanto ao ICMS e acabou por ampliar a disputa para atração de investimentos.¹⁹

¹⁷ André Eduardo da Silva Fernandes e Nélio Lacerda Wanderlei, “A questão da guerra fiscal: uma breve resenha” em Revista de Informação Legislativa 148:6.

¹⁸ Nesse sentido, Marcelo Piancastelli e Fernando Perobelli, ICMS: Evolução Recente e Guerra Fiscal, p. 27.

¹⁹ Uma das principais diretrizes das propostas de reforma do sistema tributário é a transferência para o Estado consumidor do encargo de cobrar seus próprios impostos

Nos termos do art. 155, §2º, inciso XII, “g” da Constituição Federal, 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”. A Lei Complementar nº 24/75, que foi recepcionada pelo texto constitucional, veda a concessão de incentivos fiscais referentes ao ICMS, salvo nos casos estabelecidos em convênios firmados no âmbito do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária (que dependem de decisão por unanimidade dos Estados-membros).

Para José Souto Maior Borges, é bastante ampla a abrangência do disposto no art. 155, §2º, inc. XII, “g” do texto constitucional. O autor comenta que “a referência aí a incentivos e benefícios é uma cláusula de ‘abertura’: submete à sua regência qualquer vantagem (exoneração), qualquer retirada do ônus fiscal. Por isso, não só os incentivos fiscais: qualquer ‘benefício’, i.é, tudo que reduza o ‘ônus’ do ICMS sujeita-se ao seu império”.²⁰

Com essa interpretação bastante ampla, é possível submeter à exigência de aprovação pelo CONFAZ a maior parte dos mecanismos utilizados na “Guerra Fiscal”. Quase todas as modalidades de benefícios oferecidos acabam por repercutir de algum modo no recolhimento do ICMS.²¹

Para além dos diversos aspectos do sistema tributário, é de extrema relevância a constatação de que “todos os estados brasileiros têm concentrado mais esforços em políticas voltadas à atração de investimentos e à geração de empregos, baseadas em concessões fiscais derivadas do ICMS, do que em propriamente implementar políticas fiscais estáveis e duradouras”.²² Verifica-se que a diversidade de instrumentos adotados pelos Estados na “Guerra Fiscal” acaba beneficiando todo e qualquer investimento, sem identificação precisa de qual área ou segmento econômico os governos desejam realmente incentivar.²³

(implantação do princípio de destino em substituição ao princípio de tributação na origem vigente). Visa à redução dos desequilíbrios regionais ao aumentar a arrecadação dos Estados consumidores. Pretende-se, com isso, coibir a utilização do ICMS no contexto da “Guerra Fiscal”.

²⁰ “Incentivos Fiscais e Financeiros” em RTDP 8:99-100. No mesmo sentido, confira-se Paulo de Barros Carvalho, Incentivos Fiscais – Conflitos entre Estados em RTDP 9:140.

²¹ Ademais, a concessão de incentivos fiscais por determinado Estado é passível de violar o art. 152 da Constituição Federal, que veda o estabelecimento de “diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”.

²² Marcelo Piancastelli e Fernando Perobelli, ob. cit., p. 25.

²³ Marcelo Piancastelli e Fernando Perobelli, ob. cit., p. 26.

Marcelo Piancastelli e Fernando Perobelli enfatizam que um dos resultados da “Guerra Fiscal” travada entre os Estados sem estar vinculada a um planejamento para o setor é a perda de receita fiscal sem que tenha sido avaliada a relação entre custo e benefício dos investimentos privados. Anotam que “as disputas fiscais generalizadas fazem com que os estados não definam políticas de investimento explícitas, nem prioridades setoriais compatíveis com as vantagens comparativas locais”.²⁴

No mesmo passo, estudo preparado pelo BNDES afasta o argumento redistributivista, freqüentemente utilizado para argumentar ser a “Guerra Fiscal” instrumento de desenvolvimento das regiões mais pobres. Constata que “o mais provável é que a medida em que incentivos são disseminados, inclusive com a participação crescente dos Estados mais desenvolvidos, o efeito final redistributivo da guerra fiscal torna-se neutro. Estatísticas recentes do PIB por Estado não evidenciam uma desconcentração da renda nacional. Alguns Estados menos desenvolvidos e que notoriamente foram mais agressivos na guerra fiscal chegaram a sofrer perdas em suas participações no PIB nacional, inclusive industrial”.²⁵

Outro aspecto apontado pelo BNDES é o de que a “Guerra Fiscal” é travada predominantemente no setor industrial e empresas beneficiadas são as de maior porte, que podem arcar com os custos necessários para buscar e obter incentivos dos Estados. O estudo conclui que “com o aumento das renúncias fiscais, os Estados de menor poder financeiro perdem capacidade de prover serviços e a infra-estrutura de que as empresas necessitam para produzir e escoar a produção. As batalhas da guerra fiscal passam a ser vencidas somente pelos Estados mais desenvolvidos, que têm poder financeiro, sendo, por isso, capazes de suportar o ônus das renúncias e, ainda assim, assegurar razoável qualidade dos serviços públicos”.²⁶

Logo, uma das conseqüências a longo prazo é justamente a concentração regional da produção industrial. É a denominada “aparente neutralidade distributiva no longo prazo” da guerra fiscal.²⁷

O mais relevante no contexto do presente estudo é que todos esses benefícios concedidos na disputa da “Guerra Fiscal” entre Estados e municípios são passíveis de violar o princípio da livre concorrência consagrado no texto constitucional (art. 170, inc. IV). As empresas beneficiadas pelas diversas medidas de fomento econômico individualizado são artificialmente dotadas de vantagens em relação aos seus concorrentes no território nacional. Ou

²⁴ Ob. cit., p. 26.

²⁵ BNDES, Informe SF nº 4, janeiro 2000, p. 1.

²⁶ Ob. cit, p. 2

²⁷ BNDES, ob. e loc. cit.

seja, as empresas poderão ocupar posição privilegiada no mercado não como consequência de sua maior eficiência e sim da atuação estatal de incentivo seletivo a determinadas empresas.

III - AS MEDIDAS DE INCENTIVO ESPECÍFICAS CONCEDIDAS PELOS ESTADOS E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

1. Intervenção estatal e concorrência

No âmbito nacional, muito mais se tem discutido a “Guerra Fiscal” no tocante ao sistema tributário, deixando-se de lado os efeitos por ela provocados sobre a livre concorrência entre os agentes econômicos. Um dos fatores aos quais isso pode ser atribuído é a implantação relativamente recente dos empreendimentos. No entanto, como se trata de grandes grupos empresariais atuando em setores geralmente oligopolizados, há de se considerar a possibilidade de que a situação vantajosa de tais empresas falseie significativamente a concorrência.

A aceitação dos benefícios concedidos pelos Estados a título de incentivo à atividade privada coloca determinado agente econômico em posição diferenciada.²⁸ A questão é que diversas medidas de incentivo não são acessíveis a todos os concorrentes de determinado mercado. Conforme visto, é de grande relevância o fenômeno da “Guerra Fiscal” travada entre os Estados-membros. Nesses casos, os Estados concedem incentivos para determinadas empresas ou setores de produção, que irão concorrer com empresas de outros Estados que não têm acesso aos mesmos benefícios. Logo, não se trata de uma questão de aderir ou não à política governamental de indução à prática de determinada atividade. São incentivos oferecidos de modo seletivo, apenas para determinados operadores econômicos.

É nesse ponto que ganha relevância a questão das distorções no mercado concorrencial interno provocadas pela intervenção estatal de incentivo.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, analisando especificamente a questão da “Guerra Fiscal”, constata que “a concorrência e a ação do Estado que procura fomentar sua própria economia podem implicar-se mutuamente. De um

²⁸ Eros Grau constata que “a sedução à adesão ao comportamento sugerido é, todavia, extremamente vigorosa, dado que os agentes econômicos por ela não tangidos passam a ocupar posição desprivilegiada nos mercados. Seus concorrentes gozam, porque aderiram a esse comportamento, de uma situação de donatário de determinado bem (redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito, subsídio, v.g.), o que lhes confere melhores condições de participação naqueles mesmos mercados” (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 159).

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”.²⁹

1.1. A defesa da concorrência e o Estado

A positivação da concorrência entre os princípios da ordem econômica corresponde à mudança de perspectiva do comportamento do Estado ante o mercado.³⁰ De garantidor de direitos subjetivos, o que supostamente seria suficiente para a garantia da livre concorrência consoante os postulados liberais da economia, passa o Estado a ser defensor ativo da concorrência, assegurando-a através de sua ação normativa e reguladora do mercado.

Com isso, não se pretende o estabelecimento de modelo de concorrência perfeita, por ser inviável diante das características do mercado atual. Deve-se garantir que a concorrência seja efetiva, com níveis aceitáveis de concorrência tanto para a oferta quanto para a procura.³¹

As ameaças à concorrência podem decorrer do comportamento dos próprios agentes econômicos privados que, atuando de forma concertada, acabam por concentrar excessivamente o poder comercial e financeiro e impedem o pleno funcionamento dos mecanismos naturais do mercado. De outro lado, a concorrência também pode ser ameaçada pela própria intervenção estatal, violando o “princípio da equidade econômica”, que consiste na “preservação da igualdade de oportunidades dos operadores econômicos, proporcionando-lhes as mesmas condições de concorrência, sem privilegiar nenhum”.³²

É nesse contexto que se insere o controle dos diversos benefícios e auxílios concedidos pelos Estados aos agentes econômicos privados. Ao ajudar determinada empresa ou atividade através das diversas medidas de fomento, é o próprio Estado que acaba favorecendo esses agentes econômicos em relação aos seus concorrentes nacionais e estrangeiros.

1.2. Correntes jurisprudenciais norte-americanas acerca da intervenção do Estado na economia e o direito antitruste

²⁹ “Concorrência e Guerra Fiscal” em Folha de São Paulo de 9.2.98, p. 2-2.

³⁰ Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, p. 187.

³¹ Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, p. 315.

³² Manuel Afonso Vaz, *ob. cit.*, p. 198.

Há duas tendências jurisprudenciais paralelas no direito norte-americano acerca da intervenção do Estado no domínio econômico e o direito antitruste.³³

Uma primeira corrente é denominada State Action Doctrine. Em razão da grande autonomia atribuída aos Estados norte-americanos, são frequentes as situações em que o poder regulamentar dos Estados entra em conflito com a legislação antitruste federal. Discute-se se a regulação dos Estados possui ou não imunidade em relação à aplicação do direito antitruste federal. São utilizados dois critérios para avaliar essa circunstância.

Primeiro, analisa-se se o ato praticado é consequência “de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação”.³⁴ Consiste em examinar se há a expressa intenção do Estado de que a competição entre os agentes econômicos seja substituída pela regulamentação. Para tanto, é necessário que as variáveis econômicas fundamentais (quantidade e preço) sejam determinadas pelo órgão regulamentar.

Além disso, exige-se o preenchimento do segundo requisito, que é a existência de um sistema de supervisão ativo e constante do cumprimento das obrigações estipuladas na regulamentação. Tal controle destina-se principalmente à verificação dos resultados desta política no que diz respeito à concorrência e aos consumidores.

A segunda corrente extraída da jurisprudência norte-americana é a Persuasive Power Doctrine, aplicada aos atos das agências governamentais federais americanas. Consiste na verificação dos poderes atribuídos às agências, se sua competência afasta ou não a incidência da legislação antitruste.

Apenas em dois casos seria possível imunizar os atos das agências em relação ao direito concorrencial. A primeira hipótese é verificada quando o poder do órgão estatal é extenso o suficiente para afastar outra competência. Define-se “poder extenso o suficiente” como sendo “aquele poder que é conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial”.³⁵ O segundo caso ocorre quando, apesar do poder não ser extenso o suficiente, é profundo o bastante para afastar a aplicação do direito antitruste. Consiste em verificar se a competência atribuída à agência governamental já inclui o poder de aplicação da legislação concorrencial federal, afastando o controle desta matéria pelo órgão específico.

³³ Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, p. 201 e ss. e Gesner Oliveira, “Atuação Estatal e Ilícito Antitruste” em *Revista de Direito Econômico* 24:1-14.

³⁴ Calixto Salomão Filho, *ob. cit.*, p. 202.

³⁵ Calixto Salomão Filho, *ob. cit.*, p. 204.

Pode-se dizer que, no tocante às agências federais norte-americanas, a não incidência da legislação antitruste é uma questão de competência para sua aplicação. Se o poder de que for dotada a agência não for extenso ou profundo o suficiente para afastar o controle sob o ponto de vista concorrencial, a regulamentação por ela expedida que desrespeitar o direito antitruste federal será ilegal. Portanto, não se trata da pura e simples possibilidade de desconsideração das regras concorrenciais.

1.3. A orientação norte-americana e o direito brasileiro

Para os fins do presente estudo, são especialmente relevantes as diretrizes lançadas pela corrente da *Station Action Doctrine*. Trata-se do questionamento acerca da possibilidade do particular que exerce atividade mediante apoio e incentivo do Estado tornar-se imune à aplicação do direito concorrencial. Ou seja, o problema é determinar se os atos que implementam uma determinada política pública de fomento industrial podem ser questionados sob o ângulo do direito concorrencial.

O texto constitucional não cria imunidade expressa das regras de concorrência para nenhum setor. Diante disso, é necessário avaliar as diversas formas de intervenção estatal na economia e os poderes envolvidos em cada caso.

Para Calixto Salomão Filho, a aplicação dos critérios norte-americanos no sistema brasileiro “levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploração de serviço público mediante concessão haveria a imunidade”.³⁶ Ou seja, apenas nestes casos é que haveria a clara intenção estatal de substituição da concorrência e existiriam poderes suficientes para a supervisão ampla e ativa do cumprimento das regras estipuladas e das conseqüências de tal política.

Na função estatal de incentivo da atividade econômica, não há intervenção estatal ao ponto de substituir as decisões próprias da livre iniciativa, até mesmo porque a adesão aos incentivos é facultativa. Também nesses casos o Estado não assume a realização da atividade nem determina as variáveis econômicas fundamentais. Logo, o agente econômico beneficiado pelos incentivos estatais deverá ser tratado como qualquer outro sob o ponto de vista concorrencial. Não há porque beneficiá-lo mais do que já está sendo pela atuação estatal.

Como não há imunidade genérica à incidência da legislação antitruste nesses casos, há de se analisar a possibilidade de serem permitidos atos restritivos da concorrência em casos específicos, em razão dos objetivos de

³⁶ Ob. cit., p. 204. No mesmo sentido, Gesner de Oliveira, ob. cit., p. 6 e ss.

interesse público a que se propõem. No entanto, antes deve ser analisado o modelo de concorrência adotado pela legislação nacional.

2. Modelos de defesa da concorrência

Pode-se distinguir dois modelos básicos de sistemas de defesa da concorrência.

O primeiro deles considera a concorrência como um bem em si mesmo (teoria da concorrência-condição). Estabelece uma vedação genérica de todos os acordos e práticas que poderão vir a comprometer a concorrência, tendendo a realizar um controle prévio dos referidos atos. Ou seja, “abstrai dos resultados efetivos das restrições à concorrência, para centrar a sua atenção no perigo que estas, por si mesmas, representam”.³⁷

O segundo sistema avalia comportamentos efetivos dos operadores econômicos, tutelando a concorrência como um bem entre outros e não como um bem em si mesmo (teoria da concorrência-meio). Nesse passo, em determinados casos a defesa da concorrência poderá vir a ser afastada para que sejam tutelados outros bens ou realizados outros fins de relevância social. Em regra o controle é realizado a posteriori, reprimindo-se os atos que geraram efeitos negativos sobre a concorrência sem estarem amparados em outra justificativa.

O Direito antitruste norte-americano é o exemplo clássico da primeira categoria. Inicialmente tinha um caráter absoluto e rígido, proibindo todos os atos que pudessem restringir ou monopolizar o livre comércio. Porém, ao longo do tempo foi sendo permeabilizado por objetivos de política industrial. Ainda no final do séc. XIX, na casuística norte-americana passou-se a adotar a “regra da razão” (rule of reason) para excepcionar o princípio geral da proibição. A incidência dessa regra conduz a que o juízo acerca da concorrência não se restrinja às relações empresariais, analisando-se também os efeitos da prática restritiva.³⁸

Já o sistema europeu de defesa da concorrência, mais recente do que o norte-americano, atribui funções diversas às normas concorrenciais. Por isso, aproxima-se do modelo da concorrência-meio. Partindo da regra geral de proibição de atos restritivos da concorrência, geralmente os sistemas europeus contam também com disposições que autorizam práticas, em princípio, restritivas da livre concorrência.

³⁷ António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, p. 293.

³⁸ Reputa-se que os atos atualmente restritivos podem contribuir para o incremento da “concorrência futura”, em momento posterior (António Carlos dos Santos e outros, *ob. cit.*, p. 294).

Em última análise, “a questão que se põe é a da inadmissibilidade radical de atos contra a concorrência, dentro da doutrina norte-americana do ilícito per se de qualquer ato que venha a restringir a liberdade de comércio, ou a da tolerância e admissibilidade de alguns atos que, posto restrinjam a concorrência, têm no seu contexto elementos de justificação que os tornam aceitos”.³⁹

Conforme se pretende expor adiante, o direito nacional antitruste aproxima-se do modelo da concorrência-meio. Antes, porém, proceder-se-á a uma breve análise de dois sistemas de proteção da concorrência que contemplam regras expressas para disciplinar os incentivos estatais à atividade econômica privada.

3. Os auxílios estatais no comércio internacional

No âmbito das trocas comerciais internacionais são freqüentes as disputas que envolvem auxílios concedidos pelos países que acabam favorecem a circulação de seus produtos no mercado. Nesse contexto, normalmente os benefícios estatais são concedidos sob a forma de subsídios para determinadas produções ou empresas.

Nas normas que regulamentam o comércio internacional há dispositivos específicos tratando da matéria. Um dos anexos do General Agreement on Tariffs and Trade – GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) de 1994 é o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.⁴⁰ A regra geral é a vedação dos subsídios que possam vir a causar danos à economia de outros países. Apesar disso, são admitidos subsídios em casos específicos.⁴¹

O Acordo apresenta no Artigo 1 uma definição de subsídio bastante ampla, resultante da conjugação de uma “contribuição financeira por um governo ou órgão público” com a outorga de uma “vantagem”. Define no Artigo 2 o conceito de subsídio específico como sendo aquele destinado “especifica-

³⁹ João Bosco Leopoldino da Fonseca, “Admissibilidade de atos que limitam a concorrência” em Revista de Direito Econômico 26:19.

⁴⁰ Referido anexo consta da Ata Final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

⁴¹ Nesse contexto de conflitos no mercado internacional envolvendo auxílios estatais cabe lembrar a recente disputa na Organização Mundial do Comércio (OMC) entre a Embraer e a Bombardier, concorrente canadense da empresa brasileira, envolvendo a prática de subsídios à exportação. Sobre as etapas da disputa entre as referidas empresas, consulte-se o artigo de Amélia Regina Mussi Gabriel, “A disputa Embraer e Bombardier na Organização Mundial do Comércio” em Revista de Informação Legislativa a. 38, n. 150, p. 231-258.

mente a uma empresa ou produção, ou a um grupo de empresas ou produções”. Somente os subsídios específicos poderão ensejar a imposição de medidas compensatórias.

São previstas três categorias de subsídios.

A primeira é a dos “proibidos”. São os “vinculados, de fato ou de direito, ao desempenho exportador” e os “vinculados, de fato ou de direito, ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros” (Artigo 3). Estes subsídios deverão ser eliminados por serem considerados distorcivos ao comércio.

A segunda compreende os subsídios “recorríveis” (Artigo 5). Nesta categoria estão os subsídios que não são necessariamente danosos ao livre comércio, mas que em determinadas situações poderão sê-lo. Caso constatados os efeitos danosos aos interesses de outro Estado, determina-se que sejam tomadas as medidas adequadas para a remoção dos referidos efeitos ou a eliminação do próprio subsídio.

Por último, há os subsídios “irrecorríveis”. Estes podem ser ou os subsídios “não específicos” (conforme definido no Artigo 2) ou subsídios específicos desde que destinados à “assistência para atividades de pesquisa realizadas por empresas ou estabelecimentos de pesquisa ou de educação superior”, “assistência a uma região economicamente desfavorecida dentro do território de um Membro, concedida no quadro geral do desenvolvimento regional” e “assistência para promover a adaptação de instalações existentes a novas exigências ambientalistas impostas por lei e/ou regulamentos” (Artigo 8). São os subsídios cuja concessão admite-se por não restringir o comércio internacional.

Na parte VIII do referido Acordo há regras conferindo tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento, partindo-se da premissa de que os “subsídios podem desempenhar papel importante em programas de desenvolvimento econômico” dos referidos países (Artigo 27, 1).

4. Controle das ajudas estatais na União Européia

O sistema comunitário de defesa da concorrência é considerado um dos mais bem estruturados, inclusive no tocante à disciplina dos auxílios estatais. Compreende dois conjuntos articulados de normas. Um deles é dirigido diretamente aos operadores econômicos e, o segundo deles, tem em vista a ação dos Estados membros, especialmente no que diz respeito à concessão de auxílios públicos.

No âmbito do presente trabalho, têm relevância as normas que se dirigem à ação estatal, contempladas precipuamente no artigo 87 e seguintes do Tratado de Roma. É a regulação aplicável a certas práticas estatais suscetíveis

de afetar os mecanismos de competição interempresarial ou das trocas comunitárias. A questão de maior relevância nesse capítulo é a dos auxílios de Estado.

Não há definição legal no âmbito comunitário do que seja “auxílio estatal”. Com isso, a noção foi sendo construída com a aplicação das regras aos casos concretos. Disso resultou uma noção bastante ampla de auxílios de Estado, significando “toda e qualquer vantagem concedida, direta ou indiretamente, independentemente dos seus objetivos e da sua forma, através de recursos públicos ou, mesmo de recursos privados, quando proporcionados mediante regras de direito público ou, eventualmente, atos de autoridades públicas”.⁴²

Uma das notas características do sistema comunitário é a definição dos auxílios estatais como sendo um conceito muito mais econômico do que jurídico. Isso importa caracterizar determinado ato como auxílio estatal conforme os efeitos que pretende produzir.

Outra peculiaridade do conceito para fins de direito concorrencial é a exigência de que a concessão do benefício seja seletiva, ou seja, que favoreça especificamente determinada empresa ou setor produtivo. Logo, não compreende as intervenções do poder público exteriorizadas sob a forma de medidas gerais, que se aplicam uniformemente aos agentes econômicos.

Ainda para a definição comunitária de auxílio estatal, deve haver situação de concorrência efetiva ou potencial entre empresas ou facultativa.

As derrogações automáticas (*ex lege*) são as previstas no art. 87, n° 2. São os “auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos” e “os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários”.⁴³ Note-se que os primeiros não beneficiam diretamente empresas e sim consumidores. O auxílio concedido nessas hipóteses é considerado automaticamente como compatível com o mercado comum, dispensando a manifestação da Comissão especificamente a esse respeito. Isso implica a admissão de

⁴² António Carlos dos Santos e outros, *ob. cit.*, p. 339. Vale citar, também, a definição de Eugenio Picozza: “todos os investimentos dos poderes públicos, efetuados em circunstâncias tais que não teriam induzido a uma escolha análoga de um investidor privado, que operando nas condições normais de economia de mercado, tivesse que decidir no lugar daquele ente público” (*Il Diritto Pubblico dell’economia nell’integrazione Europea*, p. 133).

⁴³ No art. 87, n° 2, há previsão de uma terceira hipótese de derrogação automática. Eram os auxílios destinados a determinadas regiões que faziam parte da Alemanha Oriental, previsão essa atualmente considerada apenas como de interesse histórico.

tais auxílios mesmo que falseiem ou ameacem falsear a concorrência nas trocas comunitárias.

Há também as derrogações facultativas, previstas no art. 87, nº 3 do Tratado. São as seguintes: “a) os 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; b) os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro; c) os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições setoriais de pelo menos dois Estados membros na atividade objeto de questionamento.⁴⁴ Isso porque o auxílio deve provocar distorção na concorrência, que pode ser exteriorizada de diversas formas tais como o aumento das exportações da empresa beneficiada, diminuição de importações de determinado produto ou, até mesmo, a transferência de empresas para determinada região em razão dos benefícios concedidos.

Há regimes especiais que derogam total ou parcialmente as regras gerais de concorrência previstas no Tratado de Roma. Tais regimes especiais são os consagrados nos arts. 65 e 66 do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e os previstos no próprio Tratado de Roma para os transportes (arts. 70 a 80) e para a agricultura (art. 36).

O princípio fundamental que rege os auxílios estatais no âmbito comunitário é o da incompatibilidade com o mercado comum das ajudas concedidas pelos Estados membros⁴⁵ às empresas localizadas em seus territórios que acarretem distorções nas regras de livre concorrência.⁴⁶

O objetivo é o de evitar que a atuação de um fator externo ao funcionamento do mercado, tal como a atuação estatal, atribua vantagens a certos operadores econômicos em detrimento de outros. Parte-se do pressuposto de

⁴⁴ António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, ob. cit., p. 340.

⁴⁵ A menção a “Estado” é interpretada de forma bastante ampla, compreendendo também todos os órgãos estatais e coletividades, de direito público ou privado, que sejam encarregados de outorgar determinado benefício com a utilização de recursos públicos (André Decocq e Georges Decocq, *Droit de la Concurrence Interne et Communautaire*, p. 455).

⁴⁶ É o princípio consagrado no art. 87, nº1, do Tratado: “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 auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.

que a concessão de benefícios a determinadas empresas vai favorecê-las de modo artificial nos mercados interno e externo.

Há dois tipos de derrogação ao princípio da incompatibilidade das ajudas estatais com o mercado comum previstos no art. 87 do Tratado, sendo um de caráter automático e outro de natureza das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum; d) 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”.⁴⁷ Nessas hipóteses cabe à Comissão autorizar os auxílios em cada caso, ao considerá-los compatíveis com o mercado comum. A Corte de Justiça comunitária reputa ser discricionário esse poder de apreciação da Comissão⁴⁸, devendo ser conciliados os interesses nacionais com os comunitários.

Os órgãos comunitários deverão ser informados acerca de todo o projeto dos Estados membros de criação ou modificação de ajudas estatais. Nitidamente esta exigência constitui uma limitação à atuação dos entes estatais na área dos auxílios e incentivos econômicos. António Carlos dos Santos e outros constataam que “em função deste princípio, os Estados abdicam, pois, de utilizar internamente, de forma unilateral, como instrumento de política econômica, este tipo de incentivos às empresas quando possam falsear a concorrência no mercado comunitário”.⁴⁹

5. O modelo nacional de defesa da concorrência

A constatação de que a concessão de auxílios econômicos estatais sob as mais diversas formas afeta as relações de concorrência no mercado é clara ao se analisar as regras de comércio internacional e do direito comunitário. A razão de aplicação de tais regras de defesa de concorrência deve ser a mesma para sua incidência no âmbito das trocas realizadas no território nacional. No caso brasileiro, a concessão de incentivos pelos Estados e municípios, de diversas modalidades, também gera atritos e desequilibra a concorrência entre os operadores econômicos no mercado interno.

⁴⁷ Nas hipóteses das alíneas “a” e “c”, os critérios a serem utilizados pela Comissão para definição da compatibilidade dos auxílios com o mercado comum estão previstos nas “Orientações Relativas aos Auxílios estatais com Finalidade Regional” (98/C 74/06), que estipulam as condições que devem satisfazer as regiões para serem classificadas como estando abaixo da média comunitária para fins de incidência das derrogações.

⁴⁸ Assim tem decidido a partir do Philip Morris, processo 730/79 da CJCE 17 set. 1980, conforme Didier Linotte, Achille Mestre e Raphaël Romi, *Services Publics et Droit Public Économique*, p. 443.

⁴⁹ Ob. cit., p. 338.

A doutrina nacional reconhece o caráter instrumental de nossa legislação antitruste. Nesse sentido, Paula A. Forgioni afirma ser o direito da concorrência “um instrumento de que lança mão o Estado para atuar determinada política pública”.⁵⁰ A instrumentalidade da concorrência significa que esta poderá deixar de ser tutelada para que sejam atendidos outros fins de maior relevância, em determinado caso concreto.

Na sistemática da Lei de Defesa da Concorrência nacional (Lei 8.884/94), para a caracterização da infração à ordem econômica basta que qualquer uma das condutas tipificadas no art. 21 tenha por objeto ou possa produzir algum dos efeitos previstos no art. 20 (“limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, “aumentar arbitrariamente os lucros” e “exercer de forma abusiva posição dominante”).

Conforme se mencionou anteriormente, a defesa da concorrência na União Européia adota o sistema de isenções para legitimar determinadas práticas restritivas da concorrência. No sistema brasileiro foi consagrado o sistema das autorizações. Para a prática de atos que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, os interessados devem requerer autorização ao CADE (Lei 8.884/94, art. 54, caput e §4º).

No §1º do art. 54 são estabelecidas as condições a serem observadas para a concessão de autorização, com a previsão dos objetivos a que deverão visar os atos que poderão ser autorizados (inc. I). Os objetivos a serem atendidos, cumulada ou alternativamente, são os seguintes: aumentar de produtividade, melhorar da qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Além de atender a estes objetivos, são estabelecidas outras três condições: “os benefícios decorrentes seja distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro” (inc. II), “não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços” (inc. III) e “sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados” (inc. IV).

No §2º do art. 54 dispõe-se que, caso os atos a serem autorizados sejam necessários “por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum” e “desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”, exige-se o preenchimento de pelos menos três das condições previstas nos incisos do §1º.

6. As medidas de fomento econômico e a Lei 8.884/94

⁵⁰ Os Fundamentos do Antitruste, p. 81.

É possível enquadrar-se diversas das conseqüências das medidas de fomento econômico industrial promovidas pelos Estados nas hipóteses de infrações da ordem previstas nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94.

Note-se que a Lei de Concorrência aplica-se também às pessoas jurídicas de direito público (conforme está previsto expressamente no art. 15 da Lei 8.884/94). Também há suficiente abertura legal para controle das diversas medidas de fomento possíveis ao serem caracterizados como suscetíveis de infração à ordem econômica “os atos sob qualquer forma manifestados” (Lei 8.884/94, art. 20, caput).

Serão analisados dois dos principais aspectos sob os quais os incentivos estatais poderão infringir os princípios concorrenciais.

6.1. Formação dos preços

O primeiro aspecto diz respeito à própria produção da empresa beneficiada, repercutindo sobre os preços que poderão ser ofertados no mercado.

Um dos fatores que compõem o preço dos produtos e serviços em geral é o seu custo de produção. A Lei 8.884/94 prevê em diversos incisos do art. 21 hipóteses em que o custo é considerado para fins de verificação de práticas de infração à ordem econômica.⁵¹

A empresa beneficiária de determinado incentivo terá um custo menor na formação do preço do seu produto. Diante disso, pode reduzir seu preço em relação aos concorrentes ou manter o preço no mesmo patamar, aumentando a sua lucratividade.

Ademais disso, a “Guerra Fiscal” travada entre os Estados utilizando-se de nosso sistema tributário acarreta danos especialmente graves em razão da pesada carga tributária que incide sobre bens e serviços. A redução da parcela tributária na composição do custo do produto repercute significativamente no seu preço e na lucratividade do produtor.⁵²

⁵¹ É o caso, por exemplo, dos incisos XVIII (venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo), XIX (importar bens abaixo do custo no país exportador), XXII (retenção de bens de produção ou consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção) e XXIV c/c par. único, inc. I (aumento dos preços não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos). A esse respeito, pode-se consultar o estudo de Marcel Bragança “Efeitos da Tributação sobre o Direito Concorrencial – Uma visão harmônica do ordenamento” em Revista de Direito Mercantil 121:121-147.

⁵² No Fórum Permanente da Concorrência do CADE sobre “Defesa da Concorrência e Guerra Fiscal” foram apresentados estudos retratando os efeitos dos incentivos fiscais em uma empresa hipotética. Foram constatadas alterações dramáticas no lucro daquela empresa em razão dos benefícios fiscais. Na simulação em que houve altera-

Outro ponto a ser considerado é o de que a empresa beneficiada poderá apresentar preços bastante inferiores aos da concorrência e, o que é mais relevante, indefinidamente. Ou seja, a empresa não precisará elevar seus preços posteriormente para recompor as perdas da “prática predatória”.

A questão deve ser analisada também sob o ângulo dos concorrentes da empresa favorecida. Na resposta à consulta que lhe foi formulada especificamente sobre a matéria, o CADE afirma que para os concorrentes “o resultado da isenção é cabal”.⁵³ Assim ocorre porque se encontram “numa situação brutal de desvantagem independentemente dos seus méritos. Por mais eficientes que sejam em relação à empresa incentivada, o favorecimento desta (...) é de tal monta que esforços de redução de custos ou mesmo de melhorias tecnológicas dificilmente poderiam chegar perto de compensá-los”.⁵⁴

Deve-se levar em conta, ainda, o fator da insegurança no planejamento empresarial, considerando-se que a qualquer momento poderão ser concedidos benefícios a novos concorrentes ou aos já existentes. Disso resulta o desestímulo para a realização de novos investimentos para ampliação e melhoria da produção, com efeitos negativos para toda a coletividade.

Diante destes fatores, as medidas de fomento econômico implementadas pelos Estados federados poderão ser enquadradas em diversas hipóteses de infração à ordem econômica previstas na Lei 8.884/94. Dentre elas, destacam-se a de “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” (art. 21, inc. IV) e a de “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços” (art. 21, inc. V).

6.2. Perda da eficiência da economia

Sob outro ângulo, os incentivos estatais repercutem sobre a distribuição dos recursos produtivos e a própria organização do mercado. É a noção de eficiência econômica, cuja inobservância também caracteriza violação aos princípios da concorrência.

ção da alíquota de ICMS incidente sobre a produção da empresa de 18% para 12%, o lucro aumentaria 128%. Considerando-se a diminuição da alíquota de ICMS para 8%, a elevação do lucro seria de 215%. Já no caso de isenção de ICMS (alíquota 0%), o lucro daquela empresa hipotética aumentaria 388%. Estes dados foram citados no voto do Cons. Relator da Consulta nº 38/99 ao CADE, p. 6-9. Consultante: Pensamento Nacional das Bases Empresariais – PNBE. Relator: Cons. Marcelo Calliari. Março de 2000.

⁵³ CADE, Consulta nº 38/99, voto do relator, p. 21.

⁵⁴ CADE, ob. cit., p. 21.

Com efeito, uma das repercussões decorrentes da “Guerra Fiscal” travada entre os Estados federados é o efeito geral de redução do grau de eficiência da economia como um todo. Podem ser diferenciados dois tipos de eficiência econômica: a alocativa e a produtiva.

Segundo Calixto Salomão Filho, “a eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade. Não se deve confundir a questão com o problema da distribuição de renda e de riqueza (...) Verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam”.⁵⁵

Por sua vez, a eficiência produtiva relaciona-se com a utilização dos fatores de produção pelas empresas. Em última análise, refere-se à produtividade.

A eficiência sempre foi relacionada com o mercado competitivo.⁵⁶ Trata-se de um objetivo a ser perseguido pelas regras antitruste.⁵⁷ No âmbito do presente estudo, importa destacar que os efeitos da “Guerra Fiscal” são usualmente associados à ineficiência. Os diversos benefícios concedidos pelos Estados podem ser um fator relevante para a deficiente alocação de recursos na economia.

Numa situação em que funcionam normalmente os mecanismos naturais do mercado concorrencial, as empresas tendem a utilizar como critérios para escolha do setor em que atuam e do local em que se instalam a possibilidade de gerar o maior volume de riquezas com o menor uso de recursos possível. Uma vez concedidos benefícios estatais para determinada empresa, essa lógica deixa de ser considerada.

⁵⁵ Ob. cit., p. 167-168.

⁵⁶ Ana Maria de Oliveira Nusdeo expõe que “o argumento clássico, formulado por Adam Smith, é o de que os preços fornecem a informação necessária à ação dos produtores no sentido do aumento da produção dos bens mais valorizados pelos consumidores, alternativamente a outros bens, e pelos processos produtivos mais eficientes, promovendo a melhor alocação de recursos escassos no mercado” (Defesa da concorrência e globalização econômica, p. 180).

⁵⁷ A Lei 8.884/94 adota a noção de eficiência em dois momentos. No art. 20, §1º, caracteriza como excludente da conduta de domínio do mercado quando a posição tiver sido conquistada como resultado “de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”. Já no art. 54, a eficiência é arrolada entre as condições necessárias para que seja autorizada a prática de determinado ato potencialmente lesivo à livre concorrência.

Estudo realizado pelo BNDES constatou que alguns dos principais efeitos da concessão de incentivos pelos Estados a determinadas empresas são justamente distorções na eficiência alocativa.⁵⁸

As principais conclusões daquele estudo foram as seguintes: 1) os incentivos tributários destinam-se a grandes empresas, pois apenas estas podem arcar com os altos custos para buscar e obter incentivos; 2) os projetos aprovados privilegiam o capital em detrimento do trabalho; 3) os incentivos fiscais baseados no ICMS discriminam as firmas já estabelecidas, criando vantagens artificiais para a instalação de novas indústrias em determinado território; 4) observa-se a tendência a postergar os investimentos para modernização e expansão do empreendimento, destinando-se os recursos preferencialmente para atividades lobistas objetivando manter as vantagens por mais tempo; 5) maior investimento em atividades voltadas à obtenção dos benefícios (maiores gastos com contabilidade, advogados e lobistas, entre outros); 6) as firmas passam a escolher sua localização conforme as vantagens oferecidas e não em função da oferta de fatores de produção, ocasionando distorções locacionais e perda da produtividade do capital da firma; 7) distorção na composição do gasto público dos Estados, que passam a privilegiar o investimento em infraestrutura em detrimento do gasto social; e 8) distorção das vantagens comparativas, privilegiando-se artificialmente atividades estranhas às características da economia local de cada Estado.

Conforme consta na Consulta nº 38/99 do CADE, a empresa favorecida “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”.⁵⁹

Ou seja, a partir dessas constatações já se extraem diversos efeitos negativos que a “Guerra Fiscal” provoca na concorrência ao promover a distribuição ineficiente de recursos produtivos.

⁵⁸ BNDES, Informe SF nº 4, pp. 2 e ss. As conclusões sobre os reflexos na eficiência alocativa baseiam-se em análise realizada pelo Banco Mundial acerca de um caso específico de incentivo concedido por um Estado brasileiro para que determinada indústria se instalasse em seu território.

⁵⁹ Ob. cit., p. 20.

Também sob o ângulo da eficiência produtiva poderão não ser verificados os ganhos esperados. Como a empresa beneficiada passa a ter uma lucratividade bastante superior à de suas concorrentes, verifica-se a perda de incentivo à busca de maior eficiência e inovação tecnológica. Muito dificilmente o ganho decorrente do aprimoramento desses fatores se aproximaria ao dos incentivos. Note-se que esse ganho de lucratividade não decorre do aumento da eficiência ou aprimoramento tecnológico da produção. É resultado da intervenção estatal seletiva.

Logo, nos casos de incentivos concedidos pelos Estados no âmbito da “Guerra Fiscal” muito dificilmente estará presente o requisito da eficiência, que é um dos objetivos exigidos para que seja autorizada a prática de ato que possa limitar ou prejudicar a livre concorrência (Lei 8.884/94, art. 54, §1º, inc. I, “c”).

7. A autorização para atos restritivos da concorrência

Conforme visto, as medidas de fomento econômico consistem em uma das formas de implementação das diretrizes de uma política industrial governamental. Por sua vez, a legislação antitruste nacional, em consonância com a diretriz da concorrência instrumental que adota, consagra as regras que procuram superar a antinomia aparente entre atos potencialmente restritivos da concorrência e a realização de outros objetivos de interesse público.

Nesse contexto, Paula Forgioni denomina “válvulas de escape” os meios que permitem a interpretação da legislação de proteção da concorrência de modo a dar o melhor atendimento aos demais objetivos da ordem econômica.⁶⁰ Uma das “válvulas de escape” diz respeito ao interesse juridicamente protegido, ou seja, à existência de interesses especialmente tutelados por determinada política econômica. É o denominado “jogo do interesse protegido”.⁶¹

Exemplo de aplicação do “jogo do interesse protegido” para fins de implementação de determinada política econômica está na própria sistemática da Lei 8.884/94, que contempla a possibilidade de autorização de atos restritivos da concorrência. No âmbito do presente estudo, interessa especialmente a aplicação desse mecanismo às medidas de fomento econômico industrial.

Com efeito, essa intervenção estatal encontra amparo constitucional nos diversos dispositivos em que há menção ao apoio e incentivo a serem dados pelo Estado a determinadas atividades privadas. Porém, há outros dis-

⁶⁰ Ob. cit., p. 180 e ss.

⁶¹ Paula Forgioni, ob. cit., p. 219 e ss.

positivos que consagram princípios constitucionais que não poderão ser simplesmente afastados. A atuação estatal de incentivo deverá ser realizada em conformidade com os princípios constitucionais.

Entre os princípios a serem observados estão os da ordem econômica, previstos no artigo 170 da Constituição. Para Calixto Salomão Filho, “entre os vários princípios ali previstos (alguns dos quais claramente podem entrar em contraposição com os demais) parece ser possível destacar três que se sobrepõem. São eles os mencionados no caput, os dois primeiros como fundamento e o terceiro como objetivo da ordem econômica: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca da justiça social. São todos eles limites absolutos a qualquer política industrial. (...) Dessas observações emerge um critério constitucional importante para avaliação da política industrial. Ela não pode ser direcionada a substituir ou eliminar o sistema concorrencial”.⁶²

De um lado, portanto, não há imunidade absoluta da função estatal de fomento em relação ao direito concorrencial. De outro, diante da possibilidade de se autorizar a prática de determinados atos mesmo que restritivos da concorrência, há de se analisar o preenchimento dos requisitos para tanto (previstos no art. 54 da Lei 8.884/94).

Ressalte-se que o referencial para a ponderação entre esses princípios é o interesse da coletividade, pois é a satisfação deste interesse que deve ter em vista tanto a aplicação das normas de proteção da concorrência quanto da política industrial do Estado. Conforme se tentou expor anteriormente, os efeitos da “Guerra Fiscal” promovida pelos Estados membros podem ser bastante danosos sob o ponto de vista concorrencial. Ademais disso, a sua instrumentalidade no tocante à realização dos objetivos constitucionais de promoção da justiça social, inclusive o de redução das desigualdades regionais, é no mínimo questionável em determinadas situações concretas.

Aliás, segue essa linha de raciocínio a justificativa que a União Européia expõe para que os auxílios estatais concedidos para o desenvolvimento de certas regiões não constituam derrogações automáticas da regra geral da incompatibilidade. Impõe-se a apreciação específica de cada caso, podendo os auxílios serem considerados ou não compatíveis com o mercado comum.⁶³

⁶² Ob. cit., p. 176-177.

⁶³ “Um auxílio individual ad hoc concedido a uma única empresa ou auxílios limitados a um único setor de atividade podem ter um impacto importante sobre a concorrência no mercado em causa, enquanto os seus efeitos para o desenvolvimento regional tendem a ser demasiado limitados” (“Orientações Relativas aos Auxílios estatais com Finalidade Regional”, Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 10.3.98 - 98/C 74/10).

Para a deliberação acerca da autorização ou não da prática potencialmente restritiva da concorrência, deve-se proceder a um confronto entre prejuízos e benefícios causados pelos referidos atos. O objetivo é o de avaliar se os ganhos obtidos com a autorização do ato restritivo da concorrência superam os benefícios que seriam obtidos com um rígido controle antitruste.⁶⁴ Ou seja, trata-se de ponderar na situação concreta se os ganhos para a coletividade derivados da concessão de incentivos para atividades indústrias específicas compensam e superam os prejuízos causados sob o ponto de vista concorrencial. Estas questões não poderão ser devidamente analisadas apenas com critérios jurídicos, devendo também ser considerados os aspectos econômicos envolvidos. O principal método utilizado para tanto é a Análise Econômica do Direito.⁶⁵

IV CONCLUSÃO

O poder do Estado para estabelecer diferenciações através de práticas de incentivo a operadores econômicos específicos não é absoluto. Em se tratando do exercício de função estatal, as políticas públicas a serem implementadas devem obedecer ao sistema jurídico como um todo.

A vontade dos Estados-membros de se industrializarem e promoverem o desenvolvimento regional é perfeitamente legítima. Porém, as medidas a serem implementadas sempre deverão observar a legalidade em todos os seus aspectos, inclusive no que diz respeito ao direito concorrencial.

Certamente em muitos casos haverá um aparente confronto entre os objetivos visados pela política industrial dos Estados membros e a defesa da concorrência no âmbito nacional.

Em última análise, a questão ora analisada é um dos reflexos dos denominados “conflitos ideológicos na Constituição Econômica”. Conforme Washington Peluso Albino de Souza, isso decorre da adoção pela Constituição de 1988 do modelo ideológico misto do neoliberalismo.⁶⁶ Na Constituição Econômica foram consagrados fundamentos e princípios tanto do “modelo

⁶⁴ João Bosco Leopoldino da Fonseca, *ob. cit.*, p. 26.

⁶⁵ É ampla a bibliografia sobre Análise Econômica do Direito, especialmente de autores norte-americanos. Especificamente acerca da sua aplicação ao Direito Concorrencial, podem ser consultados, a título de exemplo: Daniel J. Gifford e Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law*, p. 6 e ss., Ana Maria de Oliveira Nusdeo, *ob. cit.*, p. 176 e ss., João Bosco Leopoldino da Fonseca, *ob. cit.*, p. 26-27.

⁶⁶ Washington Peluso Albino de Souza, “Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica” em *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 74/75:17-39.

liberal” (no caso, a livre concorrência) quanto do “modelo socialista” (como a redução das desigualdades regionais, entre outros).

Em se tratando de atividade para a qual não há imunidade ampla e genérica quanto à incidência de determinado princípio – como é o caso -, há de se averiguar em cada situação concreta de aparente conflito qual merece ser tutelado mais intensamente.

Essa análise circunstancial, no tocante à concorrência, não prescinde da análise dos benefícios e prejuízos resultantes da adoção de determinada política econômica naquele caso concreto, inclusive com a utilização de critérios econômicos. A ponderação deve levar em consideração os custos da adoção de tais medidas para a coletividade, pois é precipuamente o interesse daquela que visam tutelar os princípios em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico (con la colaboración de Juan Miguel de la Cuétara e Lucía López de Castro García-Morato). Granada: Fundación de Estudios de Regulación - Comares, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BNDES. Secretaria para Assuntos Fiscais. Informe SF, nº 4. Guerra Fiscal: competição tributária ou corrida ao fundo do tacho? Jan. 2000.

BORGES, José Souto Maior. “Incentivos fiscais e financeiros”. RTDP 8:86-106. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRAGANÇA, Marcel. “Efeitos da Tributação sobre o Direito Concorrencial – Uma visão harmônica do ordenamento” em Revista de Direito Mercantil 121:121-147. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 2001.

CADE. Consulta nº 038/99. Consulente: Pensamento Nacional das Bases Empresariais. Relator: Cons. Marcelo Calliari. Março de 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. “Incentivo Fiscal – Conflito entre Estados” em RTDP 9: 130-148, 1995.

DECOCQ, André e DECOCQ, Georges. Droit de la Concurrence Interne et Communautaire. Paris: L.G.D.J, 2002.

FERNANDES, André Eduardo da Silva e WANDERLEI, Nélcio Lacerda. “A questão da guerra fiscal: uma breve resenha” em Revista de Informação Legislativa a. 37 n. 148:5-20, out./dez. 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência e Guerra Fiscal. Folha de São Paulo, São Paulo, 9 de fevereiro de 1998, p. 2-2.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. “Admissibilidade de atos que limitam a concorrência” em Revista de Direito Econômico 26:6-27, set./dez. 1997.
- FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- GABRIEL, Amélia Regina Mussi. “A disputa Embraer e Bombardier na Organização Mundial do Comércio”, em Revista de Informação Legislativa a. 38, n. 150:231-258.
- GIFFORD, Daniel J. e RASKIND, Leo J. Federal Antitrust Law – Cases and Materials. St. Paul: West Publishing Co., 1983.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- LINOTTE, Didier; MESTRE, Achille e ROMI, Raphaël. Services Publics et Droit Public Économique. 3. ed. Paris: Litec, 1995.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Económico. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. Mutações do Direito Administrativo. 2. ed. at. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da Concorrência e Globalização Econômica (O controle da concentração de empresas). São Paulo: Malheiros, 2002.
- OLIVEIRA, Gesner. “Atuação estatal e ilícito antitruste” em Revista de Direito Econômico 24:1-14, CADE, jul./dez. 1996.
- PIANCASTELLI, Marcelo e PEROBELLI, Fernando. ICMS: Evolução Recente e Guerra Fiscal. Texto para discussão nº 402. Brasília: IPEA, 1996.
- PICOZZA, Eugenio. Il Diritto Pubblico dell’economia nell’integrazione Europea. 2. reimp. Roma: Carocci, 1998.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Económico. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. “Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica” em Revista Brasileira de Estudos Políticos n. 74/75:17-39, UFMG, jan./jul. 1992.

TORRES, Silvia Faber. O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VAZ, Manuel Afonso. Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.