

O EQUILÍBRIO INTER-REGIONAL DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA NOVA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA

Otacílio dos Santos Silveira Neto*

RESUMO

A Constituição Federal brasileira dispõe em seu texto como um de seus objetivos básicos o fim das desigualdades regionais e sociais além da busca pelo desenvolvimento. Por outro lado eleva à categoria de princípios que norteiam a ordem econômica a livre iniciativa e a liberdade de concorrência, além de tê-los como instrumentos catalisadores do desenvolvimento nacional. Diante da notória diferença de desenvolvimento entre as regiões do país, mais especificamente entre o Nordeste e o Sudeste, o equilíbrio da concorrência passa a ser um dos maiores instrumentos postos nas mãos do Estado para se alcançar esses objetivos. A nova lei de defesa da concorrência brasileira (Lei 12.529/11) deu uma nova postura ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ao trazer para dentro de seu corpo poderes de indução de políticas públicas concorrenciais que agora podem e devem ser usadas também para a diminuição das assimetrias concorrenciais entre as diversas regiões do país.

Palavras-chave: Concorrência. Constituição Federal. Nova lei antitruste.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution has in his text as one of its basic objectives the purpose of regional and social inequalities in addition to the search by development. On the other hand increases the category of principles that guide the economic order free initiative and freedom of competition, in addition to have them as instruments catalysts of

* Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Doutor em Direito Público pela Universidade de Zaragoza. Professor de Direito Econômico da UFRN.

national development. Before the remarkable difference in development between the regions of the country, more specifically between the Northeast and the Southeast, the balance of competition becomes one of the largest instruments placed in the hands of the State to achieve these goals. The new law on the protection of competition brazilian (Law 12.529/11) gave a new posture in the Brazilian System of protection of competition to bring inside of her body powers of induction of public policies that competitive now can and should be used also for the reduction of competitive disparities between the various regions of the country.

Keywords: Competition. Federal Constitution. New law antitrust.

1 INTRODUÇÃO

Um das características mais marcantes do federalismo brasileiro é sem dúvida o desequilíbrio entre as diversas regiões do país. Há notoriamente uma forte concentração empresarial e da atividade econômica nas regiões Sul e Sudeste em detrimento das regiões Norte e Nordeste do país. Essa disparidade da atividade econômica gera um profundo desequilíbrio concorrencial de forma que a atividade econômica das regiões menos desenvolvidas tende a se desenvolver mais lentamente que as demais dada a menor oportunidade de expansão de suas atividades.

A livre concorrência e a livre iniciativa são dois grandes instrumentos catalisadores do desenvolvimento econômico de uma nação de tal forma que não há desenvolvimento que não passe necessariamente por esses dois institutos, embora de fato, nem de longe, eles sejam os únicos responsáveis por tal processo.

A Constituição Federal brasileira trouxe para dentro de seu corpo dispositivos de apoio ao equilíbrio inter-regional no país que devem passar necessariamente pelo equilíbrio da concorrência entre tais regiões. Há clara falta de oportunidade e de espaço econômico entre as regiões ricas e as regiões pobres do Brasil que necessitam ser tratadas na mesma proporção de suas desigualdades.

Nos últimos 10 anos a economia brasileira vem se expandido rapidamente, há claramente um forte processo de desenvolvimento nacional apoiado pelo vigoroso

crescimento do consumo interno. Esse processo tem encontrado na fragilidade da concorrência brasileira um grande obstáculo à sua marcha. Já é por demais sabido as diferenças de preços entre os produtos produzidos aqui no Brasil com aqueles produzidos em outros países, mesmo quando comparado a nossos pares no Mercosul.

Esse processo deve ser visto dentro do contexto de desequilíbrio econômico existente entre as diversas regiões do país de tal forma a se promover um desenvolvimento equânime internamente.

Sensível a essa nova situação a lei de defesa da concorrência brasileira foi recentemente alterada para se enquadrar nesse novo contexto, privilegiando muito mais as políticas públicas de indução à livre concorrência do que simplesmente à repressão às práticas anticompetitivas entre as empresas.

Se a âncora do desenvolvimento nacional tem sido a expansão da economia é necessário que os níveis de concorrência existentes entre essas regiões estejam em equilíbrio sob pena de se cair por terra todo esse processo, ferindo frontalmente os dispositivos constitucionais que pregam o equilíbrio inter-regional

A par disso esse artigo tem por finalidade traçar uma análise acerca da nova lei antitruste brasileira e da Constituição Federal no que diz respeito ao equilíbrio concorrencial entre as diferentes regiões do país.

2 O EQUILÍBRIO DA CONCORRÊNCIA E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Seguindo uma tradição que remonta desde as suas primeiras constituições o Brasil optou por um sistema de livre mercado para sua economia. A livre iniciativa e a livre concorrência, como pilares essenciais da nossa economia, dão a tônica do funcionamento do mercado brasileiro, que assim se compõe desde os tempos do Brasil-Colônia.

A livre concorrência entre os participantes do mercado, como subproduto das revoluções liberais, nasceu como uma conquista de liberdade dos cidadãos modernos. Se no passado tínhamos o Estado mercantilista, gigante, pesado, lento e sufocante do mercado, a livre iniciativa e depois como sua consequência a livre concorrência, nasceram como instrumentos de proteção à expansão capitalista, do próprio desenvolvimento das pessoas e de suas sociedades no Brasil e no mundo, sobretudo no mundo ocidental.

Nesse contexto a livre concorrência consolida-se, como diria FORGIOGI, como concorrência-liberdade pois é através dela, do livre direito de empreender e concorrer em condições de igualdade e lealdade, que o cidadão conquista sua independência política e financeira em relação ao Estado.¹

No entanto, os excessos produzidos pelo livre mercado – leia-se livre mercado literalmente – descambaram numa concorrência escravizante dos mais fortes sobre os mais fracos, pois livres das amarras do poder público e imbuídos pela completa falta de controle dos Estados sobre seus respectivos mercados, estes naturalmente se concentraram em grandes grupos – que os americanos passaram a chamar de Truts -, deformando completamente a concepção de livre iniciativa e livre concorrência como instrumento de liberdade da sociedade.²

O fenômeno da concentração empresarial do início do século passado é instrumento decisivo para a alteração da concepção de livre concorrência como instrumento de liberdade individual para a nova livre concorrência como instrumento de desenvolvimento econômico.³ Não é por outra razão que Eros Grau expõe que “O Direito Moderno é o instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas.”⁴ Torna-se inconcebível que os empresários se concentrem em grandes grupos empresariais para a defesa de seus interesses exclusivos em detrimento do restante da sociedade.

¹ Assim dispõe a autora: “A concorrência passa a ser encarada como solução para conciliar liberdade econômica individual e interesse público: preservando-se a competição entre os agentes econômicos, atende-se ao interesse público (preços inferiores ao de monopólio, melhora da qualidade dos produtos, maior nível de atividade econômica etc.), ao mesmo tempo em que se assegura ao industrial ou comerciante ampla liberdade de atuação, com a concorrência evitando qualquer comportamento danoso a sociedade.” (FORGIOGI, 2010). Nesse sentido dispõe SALOMÃO FILHO: Colocar a concorrência como garantia institucional mínima do sistema econômico tem uma consequência muito relevante. A afirmação da concorrência como valor mínimo garante a liberdade de escolha e informação o mais abundante possível para o consumidor. A ele caberá descobrir a solução mais adequada para as suas necessidades (SALOMÃO FILHO, 2008).

² Nesse sentido também BRUM “Fase do surgimento do capitalismo monopolista (1880 – 1945) – marcada ainda por acirrada concorrência, profundas injustiças sociais e agitados conflitos entre o capital o trabalho. Essa fase caracterizou-se pelo domínio dos monopólios nacionais. Nos países que lideravam a expansão industrial (Inglaterra, França, Alemanha, Itália, Estados Unidos) consolidam-se alguns grandes grupos econômicos, que passaram a controlar monopolisticamente as matérias primas e os respectivos mercados internos, alijando os concorrentes mais fracos. Acirrou-se também a competição entre os monopólios nacionais dos diversos países, na disputa por fatias mais amplas do mercado mundial - o que contribuiu, inclusive, para provocar as duas guerras mundiais, na primeira metade do século XX.” BRUM, 1999.

³ Nesse sentido relata FONSECA: “O fenômeno da concentração capitalista foi, segundo Farjat, o elemento decisivo para o surgimento do Direito Econômico, pois que a partir de então, surgiu a necessidade de o Estado intervir (através de normas) no mercado, não para impedir a concentração de empresas, como falsamente se entende, mas para garantir efetivamente a liberdade de mercado, com proteção das classes que poderiam vir a ser desfavorecidas com a nova feição das empresas.” FONSECA, 1995.

⁴ GRAU, 2011.

Assim a livre iniciativa e livre concorrência passam a ser tuteladas pelo Estado como instrumentos não apenas de liberdade dos cidadãos⁵ mas principalmente a partir daí como instrumentos direcionadores de políticas públicas. Os grandes movimentos das empresas como as fusões e as práticas de mercado passam a ser controlados pelo Estado, cujo fito é não apenas mantê-lo livre da concentração sufocante dos grandes grupos, mas sobretudo direcioná-lo para os caminhos mais interessantes para a economia nacional, surge então a concorrência-instrumento como uma das pontes para o desenvolvimento nacional.

Dentro desse contexto, a concorrência passa a ser não apenas um instrumento de liberdade econômica do cidadão, mas também – ou ainda, sobretudo – um forte instrumento do Estado moderno na sua busca pelo desenvolvimento. Através das políticas públicas concorrenciais, vai ele direcionando o mercado, fortalecendo áreas estratégicas para sua economia por meio das fusões e incentivos fiscais e aí suprindo artificialmente as lacunas deixadas pelo livre mercado, lacunas essas que levariam anos para serem completadas naturalmente por ele.

Observe-se, seguindo essa linha de entendimento, que o artigo 54 da antiga lei antitruste brasileira, a Lei 8.884/94, permitia em alguns casos que houvesse a fusão entre empresas desde que fosse vantajosa para os consumidores e para o país.⁶ Em outras palavras desde que tal fusão fosse também vantajosas para as políticas econômicas traçadas pelo Estado na sua busca pelo desenvolvimento nacional.

Essa é a melhor forma de se permitir uma interpretação sistemática do artigo 3º, II da Constituição Federal com os princípios gerais da atividade econômico do 170, especialmente aqueles que pregam a livre iniciativa e livre concorrência como instrumentos balizadores da atividade econômica brasileira.

⁵ Também nessa linha SALOMÃO FILHO assevera: “Colocar a concorrência como garantia institucional mínima do sistema econômico tem uma consequência muito relevante. A afirmação da concorrência como valor mínimo garante a liberdade de escolha e informação o mais abundante possível para o consumidor. A ele caberá descobrir a solução mais adequada para as suas necessidades. SALOMÃO FILHO, 2008.

⁶ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou; c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Quando o artigo 3º fala em Desenvolvimento Nacional como uma das obrigações fundamentais do nosso país não resta dúvida, pelo que se viu no contexto histórico aqui exposto, que esse desenvolvimento passa necessariamente pelo equilíbrio dos mercados, por óbvio centrados da concorrência. Nesse sentido dispõe TAVARES:

Sobre o conteúdo do princípio em apreço, tem-se que o mesmo impõe que o desenvolvimento econômico e as estruturas normativas (liberais) criadas para fundamentar o crescimento econômico *devam estar voltados também à redução das desigualdades em todas as regiões do país, bem como ao desenvolvimento social*. Para tanto, poder-se-á utilizar, especialmente, da implementação de políticas públicas, como incentivos, buscando reduzir as diferenças entre a essas regiões e alcançar melhorias de ordem social.⁷ (grifamos)

Na medida em que a concorrência encontra-se em equilíbrio aos olhos do Estado (este visto aqui como indutor de políticas públicas) e de nossas leis concorrenciais, o alcance do desenvolvimento econômico pode ser bastante facilitado embora, por certo, ela não seja por si só instrumento de sua promoção.

É importante sempre lembrar que faz parte da livre concorrência a manutenção natural de níveis de desigualdade concorrencial, trata-se de um instituto inerente à livre concorrência, aliás, como diria REALE JÚNIOR citado por GRAU “A desigualdade das empresas, dos agentes econômicos, é característica de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa (...)”⁸. Por certo, dentro de um contexto de livre iniciativa é praticamente impossível haver competidores, todos em condições de igualdade absoluta.

A desigualdade concorrencial, repita-se, é inerente ao livre mercado e à livre iniciativa, o que preocupa não é essencialmente a sua desigualdade, mas o seu grau de intensidade. Graus de desigualdade concorrenciais excessivos tem o condão de promover desequilíbrios sociais, como ocorre em qualquer área social.

Desequilíbrios concorrenciais em regiões do país naturalmente levam ao processo de desagregação federativa, de inquietude social, algo com que o direito naturalmente tende a se preocupar e para corrigir essa distorção ele intervém no mercado.

Surge aí então um segundo problema a ser resolvido: o grau de intervenção para a correção de distorções concorrenciais. Se o país adotou o livre mercado como instrumento balizador de sua economia, a princípio deveria ser ele – o livre mercado - o responsável pela sua auto - regulação.

⁷ TAVARES, 2012.

⁸ GRAU, 2006.

Mas as imperfeições do liberalismo exigem a ação do Estado no escopo de se corrigir esses desequilíbrios, isso fica claro pela leitura do artigo 170 da Constituição Federal. O grande problema nesse caso é a concepção clara do grau de intervenção, pois este não pode ser tão suave ao ponto de se manter as distorções concorrenciais, mas também não pode ser tão forte a ponto de se restringir excessivamente a liberdade de mercado, afrontado os dispositivos constitucionais de liberdade concorrencial e livre iniciativa.

O entendimento desse nível de intervenção – embora repita-se não é uma tarefa fácil – pode ser facilitado a partir da concepção do que seja de fato desenvolvimento econômico, em outras palavras, do que realmente um país – no caso o nosso – deseja em termos de desenvolvimento para o seu povo.

Ora se o Brasil adotou como premissas para a liberdade de seu povo e seu desenvolvimento o livre mercado e a livre iniciativa é de se supor que tal processo – o desenvolvimento – passe necessariamente pela livre iniciativa e livre concorrência dos mercados.

Há uma grande diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico. Embora não exista esse sem aquele, ambos se apartam na sua essência. O crescimento econômico é meramente quantitativo ao passo que o desenvolvimento econômico é qualitativo, incorpora em sua essência, não apenas valores econômicos mas também culturais e sociais.

Neste há uma expansão não apenas do PIB do país, mas há sobretudo melhora significativa da qualidade de vida da população em todos os sentidos. O crescimento econômico é apenas um dos pilares do desenvolvimento econômico.⁹

NUSDEO quando expõe acerca do que seja de fato desenvolvimento assevera:

“O desenvolvimento envolve uma série infindável de modificações de ordem qualitativa e quantitativa, de tal maneira a conduzir a uma radical mudança de estrutura da economia e da própria sociedade do país em questão. Mesmo quando tais mudanças são quantitativamente expressas, elas revelam uma massa substancial de alterações de natureza qualitativa, inclusive de ordem psicológica, cultural e política.”¹⁰

⁹MARTINS, ELALI, PEIXOTO, 2007..

¹⁰ NUSDEO, 2008. Para MILONE: “Para caracterizar o processo de desenvolvimento econômico, devemos observar ao longo do tempo a existência de: 1) crescimento de bem-estar social, medido por indicadores de natureza econômica, por exemplo: produto nacional per capita; 2) diminuição dos níveis de pobreza, desemprego e desigualdade; e 3) melhoria das condições de saúde, nutrição, educação, moradia e transporte.” PINHO, VASCONCELOS, 2004. De acordo com RISTER: “Distinguindo o mero crescimento do desenvolvimento, Eros Grau afirma que a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de

Ora, dentro desse contexto, e tendo em conta que o Brasil adotou sistema de livre mercado para sua economia, é de mediana clareza entender que o processo de desenvolvimento nacional passa necessariamente pelo equilíbrio do mercado.¹¹ Forte concentração em determinadas áreas estratégicas para o país, como é o caso da Aviação Civil ou ainda falta de concorrência inter-setorial como é o caso do Sistema Bancário Brasileiro demonstram desequilíbrios claros de concorrência.

É notória a pouca participação dos brasileiros no mercado de aviação civil assim como é de geral sabença que o Spread bancários no Brasil é o maior do mundo, dificultando sobremaneira o acesso dos brasileiros ao crédito. Não há a menor possibilidade de passarmos a um país desenvolvido sem inserção dos brasileiros no crédito bancário do país, assim como a maior participação dos consumidores brasileiros no mercado nacional de aviação civil. São exemplos claros de desequilíbrios concorrenciais graves no país.

Quando o tema concorrência é visto como um todo, afigura-se claro seu desequilíbrio entre as diferentes regiões brasileiras. Não se pode dar o mesmo tratamento de política pública econômica para a Região Sudeste e Nordeste do país. Esse fato, agrava-se ainda mais se compararmos Sudeste com o Norte.

É notório o desequilíbrio de concorrência entre as diversas regiões do Brasil. Nessa linha, se é um dos objetivos fundamentais da República o desenvolvimento nacional bem como a redução das desigualdades regionais e sociais e tal processo passa necessariamente pelo livre mercado e livre iniciativa, é de se supor também, por consequência óbvia, que há a necessidade clara de tratamento diferenciado no que diz respeito às políticas públicas concorrenciais entre as diferentes regiões do país, daí a necessidade de equilíbrio inter-regional de concorrência.

3 O EQUILÍBRIO INTER-REGIONAL DA CONCORRÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

desenvolvimento poderia levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado de elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí por que, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não poderia o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este último, meramente quantitativo, compreenderia uma parcela da noção de desenvolvimento.” RISTER, 2007.

¹¹: MARTINS, ELALI, PEIXOTO, 2007.

A paz social é a busca maior do Direito. As leis, sobretudo a Constituição Federal, como se sabe, tem por escopo principal o equilíbrio na sociedade: a paz social.

A elaboração de uma lei para que surta o efeito desejado dentro da sociedade deve levar em conta, por certo, todos os contextos que possam influenciar no desequilíbrio da sociedade, como o nível de seus atuantes, o clima, a sua história, seus hábitos, inclusive a sua geografia. Essa situação aplica-se integralmente ao tratamento jurídico que é dado às diferentes regiões do país. É mais do que sabido a diferença de desenvolvimento econômico existente entre as regiões Sul, Sudeste e o restante do país, em especial as regiões Norte e Nordeste.

Em razão desse contexto, a própria Constituição Federal já se antecipou a esse entendimento dispondo em seu artigo 3º, inciso III, que um dos objetivos fundamentais do nosso país “é erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais e regionais;*”

Embora os institutos da livre concorrência e livre iniciativa sejam um dos pilares da liberdade no nosso país¹², as novas concepções econômicas que passaram a recair sobre eles (agora como institutos direcionados pela economia para se alcançar o desenvolvimento econômico) empurram necessariamente o gestor público brasileiro e sobretudo o legislador a dar um tratamento diferenciado para as atividades empresarias desenvolvidas em cada um dessas regiões, na mesma proporção de suas desigualdades, pois como bem lembra ANTUNES: “Sem oportunidades sociais, econômicas e políticas iguais, a competição – pedra de toque da sociedade industrial capitalista – e, principalmente, a convivência são sempre realizadas em bases e com resultados desiguais.”¹³

Observe-se que não é apenas o artigo 3º da Constituição que trata do tema nessa ótica¹⁴. Ao disciplinar mais especificamente a ordem econômica o constituinte expôs expressamente que tal ordem (inclusive por óbvio a concorrencial) deverá, dentre outros princípios, balizar-se pela busca do equilíbrio entre as diferentes regiões do país¹⁵.

¹² GRAU, 2010.

¹³ ANTUNES, 1996.

¹⁴ Ricardo Lobo Torres quando fala das diversas passagens em que a Constituição Federal trata do assunto lembra o artigo 165, 7º também trata do assunto assim como o artigo 23, parágrafo único; e o Artigo 163, VII . TORRES, 2009.

¹⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais;(...).

É certo que para se alcançar tal objetivo será necessária uma séria de fatores tais como um justa tributação, o respeito ao direito de propriedade, respeito as leis trabalhistas dentre outros. Mas principalmente, é necessário o equilíbrio da concorrência entre tais regiões.

É por demais sabida a falta de oportunidade que as empresas do Nordeste do país têm se comparadas às do Sul e Sudeste onde se concentra a maior parte da economia nacional. Ora, dentro desse raciocínio, e se tratar desiguais com igualdade é uma suprema injustiça, como já diria Rui Barbosa, como admitir o tratamento igualitária na órbita concorrencial entre as diferentes regiões do país? E quando falamos diferentes é exatamente em todos os sentidos, sobretudo no econômico.

As desigualdades regionais e sociais são das mais graves – senão a mais grave – mazelas que assolam e envergonham o país. Se desde os tempos de Brasil-Colônia nós optamos por um modelo de liberdade de iniciativa e de concorrência, os moldes a serem dados a esses dois institutos ao longo do país certamente não podem ser os mesmos. O próprio Sistema Tributário Nacional foi moldado para reequilibrar essas desigualdades, veja-se o que diz o artigo 151 da Constituição Federal em seu inciso I:

“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 fiscais¹⁶ destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;*”

Os incentivos fiscais, dentro do sistema tributário nacional, devem servir também para equilibrar as diferentes regiões do país com o fito de promover não apenas o desenvolvimento nacional, mas o desenvolvimento nacional equilibrado – em termos de regiões. Esse mesmíssimo raciocínio vale para o setor concorrencial, mesmo que tal equilíbrio seja alcançado por meio de incentivos fiscais.

A Constituição Federal em várias passagens trata da defesa da livre iniciativa e ela é tratada não apenas como instrumento de liberdade do cidadão, mas também como instrumento direcionador de políticas públicas o que inclui por um corolário lógico a livre concorrência, pois se a concorrência não for livre não há porque se falar em livre iniciativa. Nesse sentido já dissertamos:

¹⁶ Sobre o tema, assim dispõe Heleno Taveira Torres citado por ELALI: “O papel promocional dos incentivos fiscais consiste no servir como medida para impulsionar ações ou corretivos de distorções do sistema econômico, visando atingir certos benefícios, cujo alcance poderia ser tanto ou mais dispendioso, em vista de planejamentos públicos previamente motivados”: MARTINS, ELALI, PEIXOTO, 2007.

No entanto não é suficiente que as regras do jogo sejam seguidas pelos agentes econômicos no topo da concorrência, no mercado já estabelecido onde as empresas já consolidadas participam. Para que se tenha o livre mercado com concorrência em equilíbrio é necessário principalmente que a livre iniciativa – princípio irmão da livre concorrência – também seja posto em prática sob pena de formação de acordos entre os concorrentes com o fito de dominar os mercados e distorcer preços de produtos e serviços. É preciso que a entrada de novos competidores seja livre para que aí sim a concorrência esteja em equilíbrio.¹⁷

Cabe ao administrador público brasileiro, a partir da identificação desses espaços de desequilíbrio, promover leis e políticas que induzam a igualdade de oportunidades de todos os participantes no mercado, tendo em conta que este pertence a todos indistintamente de tal forma que a não participação dos cidadãos brasileiros no livre mercado (como ocorre no sistema bancário e no de aviação civil, apenas à guisa de exemplo) é motivo suficiente para a atuação estatal com o fito de facilitar seu acesso.

A Constituição Federal brasileira antecipou-se a essa interpretação e estatuiu em seu artigo 146-A que :

“Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”¹⁸

No entanto a nós nos afigura que o leque de opções do legislador e do administrador público não deve se restringir apenas ao campo tributário. Na busca do desenvolvimento nacional com equilíbrio regional, embora o manejo da tributação seja muito eficiente ele não

¹⁷ SILVEIRA NETO, 2011. Nesse sentido também veja POSSAS, FAGUNDES, PONDE: Do ponto de vista da política antitruste, é essencial avaliar a extensão e a rapidez com que as medidas de intervenção no mercado conseguiriam prevenir os indesejáveis efeitos anticompetitivos de um ato de concentração mais eficazmente do que o mercado seria capaz de fazer por si mesmo; o que requer invariavelmente uma análise cuidadosa das condições de entrada no mercado, em princípio independentemente do grau de concentração vigente, uma vez que é a entrada “a resposta natural do mercado a lucros excessivos”, e sua eficácia reduziria a necessidade de ação antitruste em cada caso específico (Geroski, 1988, p. 182). Com efeito, nos anos 80 foi proposta a chamada teoria dos mercados contestáveis, procurando examinar justamente as condições nas quais um mercado concentrado, oligopolístico ou até monopolístico, pode apresentar desempenho competitivo nos preços (conduta) e nos custos (eficiência) apenas sob ameaça de entrada da concorrência potencial, sem necessidade de reduzir a estrutura à condição atomística da concorrência perfeita, e visando ainda extrair daí implicações normativas (Baumol, 1982). POSSAS, FAGUNDES, PONDE, 1996.

¹⁸ Nesse sentido veja-se decisão do STF: “Não há impedimento a que norma tributária, posta regularmente, hospede funções voltadas para o campo da defesa da liberdade de competição no mercado, sobretudo após a previsão textual do art. 146-A da CF. Como observa Misabel de Abreu Machado Derzi, ‘o crescimento da informalidade (...), além de deformar a livre concorrência, reduz a arrecadação da receita tributária, comprometendo a qualidade dos serviços públicos (...). A deformação do princípio da neutralidade (quer por meio de um corporativismo pernicioso, quer pelo crescimento da informalidade (...), após a EC 42/2003, afronta hoje o art. 146-A da CF. Urge restabelecer a livre concorrência e a lealdade na competitividade.’” (AC 1.657-MC, voto do Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-6-2007, Plenário, DJ de 31-8-2007.)

nos parece suficiente para tal tarefa, haja vista que a livre iniciativa e livre concorrência muitas vezes são fomentadas pela facilidade de entrada de novos atuantes no mercado, ou seja, não é suficiente que se dê incentivo fiscal aos que já participam do mercado ou aqueles que querem participar, é necessário também que se facilite, através de instrumentos de administração pública a entrada de novos participantes. A diminuição das exigências burocráticas para abertura de micro e pequenas empresas, preferência nas licitações públicas para elas e facilidade na hora de encerrar suas atividades são apenas, à guisa de exemplo, fatores extra fiscais que podem facilitar a vida daqueles que estão em situação de desigualdade econômica.

4 A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRA E O EQUILÍBRIO INTER-REGIONAL DE CONCORRENCIA.

A Constituição Federal do alto do seu poder de comando tem o condão de moldar toda a atividade legislativa no país, desde a própria União Federal até os Municípios. Dentro dessa linha e tendo-se em conta os entendimentos traçados nas linhas atrás, uma lei que disciplina a concorrência no país não pode quedar-se inerte a esse assunto. Se a concorrência sadia nos mercados é um meio para que se alcance o desenvolvimento do país e este deve ser equilibrado entre regiões, é difícil imaginar que tal lei quede-se inerte diante dessa situação.

Embora a antiga Lei Antitruste brasileira fosse uma lei bastante moderna, as rápidas modificações que o país vem enfrentando no campo econômico tem despertado a necessidade da criação de uma nova lei de defesa da concorrência no Brasil, não que seja necessário romper por completo com o sistema legal vigente, mas é necessário fazer alguns ajustes para que se acompanhe as alterações na economia brasileira que vem atravessando um dos mais longos períodos de crescimento estável dos últimos 40 anos.

Mais do que isso e no nosso entender o mais importante: a concepção de que o processo de desenvolvimento nacional passa necessariamente pela maior eficiência da economia brasileira, impulsionou as alterações na legislação antitruste do país.

De fato arraigou-se no meio econômico nacional a concepção de que o acesso dos brasileiros aos bens e serviços no país precisa aumentar rapidamente para dar suporte ao crescimento econômico e facilitar o consumo dos brasileiros a bens e serviços essenciais à sua melhoria da qualidade de vida. Passar a viajar de avião, ter acesso ao crédito, viajar para o

exterior, comprar carros novos, ter acesso a banda larga, são apenas alguns dos exemplos de situações que puxam o consumo no país, mas que só podem ser oferecidos à população a partir de empresas sólidas muitas vezes com grandes ganhos em escala.

Essa mudança de concepção do brasileiro atual em relação ao seu mercado vem impulsionando a necessidade de se corrigir as distorções concorrenciais que afetam a economia brasileira há décadas. Nessa linha o pleno acesso dos empresários aos mercados funciona como um instrumento de equilíbrio econômico na medida em que estes operam nos espaços deixados pelos grandes concorrentes, puxando os preços de bens e serviços para baixo e dando uma nova opção para o consumidor final¹⁹.

Ora esse tipo de raciocínio cai por água abaixo se nas regiões menos desenvolvidas do país não houver reações por parte do poder público no sentido de dar acesso a esses novos concorrentes em condições de igualdade com os demais.

Não se justifica que a riqueza de uma nação esteja fundamentalmente concentrada numa só região fazendo-se o restante do país dela dependente. Não se trata aqui, por óbvio, de punir aqueles que em razão de sua natural maior desenvoltura para a atividade empresarial saíram na frente e conseguiram expandir suas atividades empresariais, por certo que não. Trata-se aqui de concretizar um ponto essencial da Constituição Federal brasileira que é o equilíbrio entre as diversas regiões do país, e isso não é feito única e exclusivamente com o fito de se promover o equilíbrio entre tais regiões, é feito também para que o equilíbrio no meio concorrencial sirva de instrumento para o acesso dos brasileiros ao mercado de consumo, que como se sabe é a mola-mestra do mercado.

É bem verdade que o incentivo entregue a um não pode ser instrumento de supressão de mercado para outros. Não se pode conceber, certamente, que a busca e efetivação do equilíbrio concorrencial entre as diversas regiões do país seja feita às custas do cerceamento do direito de concorrer dos demais que não deram causa a ela. Não é isso que pregamos aqui, aliás, sem isso seria desequilíbrio concorrencial da mesma forma. Trata-se apenas de se observar que os desiguais devem ser tratados na mesma proporção de suas desigualdades. O que se prega aqui é a manutenção de níveis de concorrência entre as regiões do país compatíveis com aquilo que prega a Constituição Federal: o equilíbrio entre as diversas regiões do país.

¹⁹ SILVEIRA NETO, 2011

Partindo dessas premissas a nova Lei Antitruste brasileira trouxe para dentro do seu campo de atuação a necessidade de se promover políticas públicas no sentido de melhorar a concorrência no Brasil como um todo, por certo também, no que se refere ao equilíbrio da concorrência no país.

Esse aspecto fica bastante claro na nova postura que atualmente deve ter a Secretaria de Acompanhamento Econômico ao assumir a partir da agora uma função de articuladora na promoção da concorrência não apenas entre as empresas mas também por meio dos vários setores governamentais.²⁰ Esse dispositivo da nova Lei Antitruste brasileira, no que respeita ao equilíbrio concorrencial, deve ser interpretado a partir do artigo 43 da Constituição Federal, verbis: “Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.”

Agora, como se pode ver dos novos dispositivos da lei antitruste brasileira, cabe à Secretaria, como um apêndice do sistema brasileiro de defesa da concorrência, identificar gargalos na concorrência do país e propor medidas para desafogar essa situação.

Pode-se perceber que diante da nova dinâmica da defesa da concorrência no país os órgãos de defesa deixaram de ter uma atitude passiva de apenas se pronunciarem quando da efetiva lesão aos institutos concorrenciais para ter uma participação ativa, prévia, corretiva de eventuais danos à concorrência dos mercados e dentro desse contexto, não há como a Secretaria, a partir da conjuntura distorcida da concorrência entre as diversas regiões do país, não promover políticas de equilíbrio concorrencial.

²⁰ Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento; VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País; VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos; VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

É por demais inconcebível, a partir de uma interpretação da Constituição Federal, que os órgãos de promoção da concorrência brasileira, diante da notória distorção concorrencial entre as regiões não induzam ao seu equilíbrio. Repita-se que não estamos aqui defendendo, por óbvio, punição aqueles que em virtude de sua competência empresarial alcançaram um patamar diferenciado no porte de sua empresa. De forma alguma, aliás, certamente defender essa prática seria promover ainda sim um desequilíbrio na concorrência, pois estaríamos dando ao mercado contornos artificiais de atuação que inevitavelmente descambariam na qualidade dos preços e serviços ofertados por essas empresas.

O que se prega aqui é a instituição de políticas públicas concorrenciais que diante da notória desigualdade regional e conseqüentemente de oportunidades de mercado, promova o equilíbrio entre essas regiões díspares via equilíbrio dos mercados.

A Constituição Federal não perderia tempo em dispor duas vezes (no artigo 3º e no artigo 170) da necessidade de se promover o equilíbrio entre as diversas regiões do país se não tivesse certeza de sua importância para o desenvolvimento nacional e ele, como se viu, passa necessariamente pelo equilíbrio da concorrência. Veja-se, para efeito de exemplo a decisão abaixo emanada do Supremo Tribunal Federal em que se nega os benefícios fiscais a empresas produtoras de açúcar não sediadas no Nordeste justamente para manter o equilíbrio da concorrência:

A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei 8.393/1991, art. 2º) objetiva conferir efetividade ao art. 3º, II e III, da CF. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função extra fiscal desse tributo, utilizando-o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais." (AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008.)²¹

²¹ Também nessa mesma linha: "Decreto 420/1992. Lei 8.393/1991. IPI. Alíquota regionalizada incidente sobre o açúcar. Alegada ofensa ao disposto nos arts. 150, I, II e § 3º, e 151, I, da CB. Constitucionalidade. O Decreto 420/1992 estabeleceu alíquotas diferenciadas – incentivo fiscal – visando dar concreção ao preceito veiculado pelo art. 3º da Constituição, ao objetivo da redução das desigualdades regionais e de desenvolvimento nacional. Autoriza-o o art. 151, I da Constituição. A alíquota de 18% para o açúcar de cana não afronta o princípio da essencialidade. Precedente. A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, cujo controle é vedado ao Judiciário. Precedentes." (AI 630.997-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-4-2007, Segunda Turma, DJ de 18-5-2007.). "Decreto 420/1992. Lei 8.393/1991. IPI. Alíquota regionalizada incidente sobre o açúcar. Alegada ofensa ao disposto nos arts. 150, I, II e § 3º, e 151, I, da CB. Constitucionalidade. O Decreto 420/1992 estabeleceu alíquotas diferenciadas – incentivo fiscal – visando dar concreção ao preceito veiculado pelo art. 3º da Constituição, ao objetivo da redução das desigualdades regionais e de desenvolvimento nacional. Autoriza-o o art. 151, I da Constituição. A alíquota de 18% para o açúcar de cana não afronta o princípio da essencialidade. Precedente. A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, cujo controle é vedado ao Judiciário. Precedentes." (AI 630.997-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-4-2007, Segunda Turma, DJ de 18-5-2007.)

O Direito concorrencial brasileiro nos últimos anos tem mudado seu perfil de um Direito que essencialmente reprime os atos danosos à livre concorrência para um direito que molda previamente a livre concorrência pelas ações de políticas públicas induzindo o mercado à salutar concorrência em benefício do consumidor.

Os últimos prêmios nobéis na área de economia foram direcionados justamente para pessoas cujas pesquisas contribuíram para o equilíbrio entre a ação natural do livre mercado e a intervenção do Estado nesse domínio econômico. Esse certamente é um desafio que o país inevitavelmente vai ter que administrar nos próximos anos.

O Brasil tem uma longa tradição de atuação excessiva do Estado sobre sua economia, isso ocasionou distorções profundas na nossa economia e uma das maiores provas disso são as desigualdades concorrenciais entre as diversas regiões do país. Como se não fosse suficiente a atuação desproporcional, ainda por cima é feita de forma deficiente.

O caminho traçado pelo novo Direito Antitruste brasileiro deve necessariamente passar por esse problema. É bem verdade que pelas decisões do STF trazidas ao corpo do texto, o Brasil tem procurado corrigir essas distorções na sua economia, o que agora se mostra inovador é que a legislação que trata da concorrência no país, especificamente, trouxe para si a missão de promoção de política públicas concorrência voltadas para essa problemática.

5 CONCLUSÃO

Já dizia o ex-ministro Eros Grau que a Constituição não se interpreta em tiras, não se interpreta a Constituição Federal a partir de artigos isolados. A Constituição Federal deve ser interpretada como um conjunto harmônico assim como a legislação que lhe completa também segue o mesmo destino. Além disso as normas jurídicas devem ser interpretadas também dentro do contexto histórico, social, político e econômico em que estão imersas.

Nos últimos 10 anos o Brasil tem evoluído muito no campo econômico embora exista ainda o espaço enorme para ser conquistado. Dentro desse contexto chama fortemente a atenção o aspecto concorrencial. Nunca se fomentou tanto a concorrência no mercado brasileiro como nos últimos anos e isso é extremamente benéfico para o desenvolvimento do país, pois na medida em que esses mercados tornam-se mais maduros sob o ponto de vista

concorrencial, mais brasileiros passam a ter acesso à base de consumo de bens e produtos antes restritos a determinadas classes sociais de brasileiros.

Esse processo deve passar necessariamente pelo equilíbrio concorrencial entre as diversas regiões do país de forma que o desenvolvimento nacional seja equânime como de fato obriga a Constituição Federal.

O novo direito antitruste brasileiro, com a nova roupagem que lhe trouxe a Lei 12.529/11, inovou fortemente esse contexto trazendo para dentro de si a concepção de fomento a livre concorrência e a livre iniciativa via políticas públicas. Isso pode ser facilmente visualizado pelo fortalecimento do CADE que agora ganhou contornos de órgão direcionador de políticas concorrenciais, o que é algo muito vantajoso para os consumidores brasileiros.

Essa política deve ser traçada com o escopo, também de se induzir ao equilíbrio concorrencial entre as diversas regiões do país para que todos possam ter as mesmas oportunidades sem ter que migrar de uma região para outra.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Carmem Lúcia. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Revista de Informação Legislativa, v.33, nº 131, p. 283-295, jul./set. de 1996.

BRUM, Argemiro J. **O desenvolvimento econômico brasileiro.** Editora Ijuí. São Paulo. 1999

ELALI, André. PEIXOTO, Marcelo Magalhães Peixoto. (orgs). **Incentivos fiscais : questões pontuais nas esferas Federal, Estadual e Municipal.** Editora MP. São Paulo. 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** Editora Forense. Rio de Janeiro. 1995.

FORGIOGI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. Editora Malheiros. São Paulo. 2010.

MARTINS, Ives Granda. ELALI, André. PEIXOTO, Marcelo Magalhães Peixoto. (orgs). **Incentivos fiscais : questões pontuais nas esferas Federal, Estadual e Municipal**. Editora MP. São Paulo. 2007

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008.

PINHO, Diva Benevides. VASCONCELOS, Marco Antônio. (orgs.). **Manual de Economia: equipe de professores da USP**. Editora Saraiva. São Paulo. 2004

POSSAS, Mano Luiz. FAGUNDES, Jorge. PONDE, João Luiz. **Política Antitruste: um enfoque Schumpeteriano**. Revista de Direito Econômico. Nº 22. 1996.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Editora Renovar. São Paulo. 2007

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. Editora Malheiros. São Paulo. 2008

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. Incentivos fiscais, equilíbrio concorrencial e desenvolvimento. Natal. 2011. No prelo
SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. Incentivos fiscais, equilíbrio concorrencial e desenvolvimento. Natal. 2011. No prelo

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. Editora Método. São Paulo. 2012

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2009