

OS DESAFIOS DO DIREITO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL¹

Prof. Dr. Rabah Belaidi/FD-UFG²
rbelaidi@gmail.com
Celso Lucas Fernandes Oliveira/FD-UFG³
celso_lucas@hotmail.com

Palavras chaves: Defesa da Concorrência. Direito Comunitário. MERCOSUL. Protocolo de Fortaleza. União Européia.

¹ Revisado pelo Orientador.

² Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - Orientador

³ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Goiás - Orientando

Introdução

A realidade econômica exige, cada vez mais, condutas por parte dos agentes econômicos dos países, visando enfrentar os desafios do comércio global. Isso ocorre, pois houve uma abertura da concorrência dentro de diversos setores, a qual era anteriormente controlada pelo poder público. Além de um grande aumento na área tecnológica e na liberalização do comércio internacional. O estabelecimento de um projeto integracionista constitui uma das principais alternativas para o crescimento, já que impulsiona, de forma positiva, as economias dos países que tomam parte na empreitada. A expansão dos mercados nacionais para um comum permite a especialização das empresas nos setores em que são mais competentes. O alargamento do mercado possibilita às indústrias aumentar a produção efetiva, atingindo economias de escala, com conseqüente redução de custos e aumento da produtividade.

Este artigo mostra a experiência da União Européia na aplicação de normas de defesa da concorrência e, ao comparar com a realidade do MERCOSUL, demonstrar a necessidade desse bloco econômico em se aparelhar de normas e instituições supranacionais para a integração efetiva entre os Estados-Membros. Faremos a análise de alguns aspectos de defesa da concorrência no MERCOSUL com base em analogia com a União Européia, que, desde 1957, com o Tratado de Roma, possui normas sobre a matéria. A análise comparativa será feita em relação aos princípios e ao funcionamento de ambos os sistemas. A discussão estará centrada em dois problemas fundamentais: o primeiro referente à necessidade de legislação comum de defesa da concorrência em um sistema de integração e o segundo referente à eficácia das duas legislações, a do MERCOSUL e a da União Européia.

1. Defesa da Concorrência na União Européia

Nos sistemas econômicos de mercado aberto, deve haver a inserção de normas de livre concorrência para que funcionem de forma efetiva. Na União Européia – UE, as normas de defesa da concorrência se consolidam nos princípios do direito comunitário que permeiam todo o Tratado da União Européia –TCE. São três as principais áreas de atividade da política de livre concorrência (artigos 81 a 89 do TCE) em que a UE atua:

a) acordos e práticas contrários à concorrência;

- b) setores regulados ou monopolísticos e;
- c) ajudas estatais.

Entretanto, aplicar normas da concorrência não é tarefa fácil, pois se faz necessária a eliminação dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, para garantir uma livre concorrência, oferecendo segurança jurídica e estabilidade, as quais são necessárias para a expansão econômica e equilíbrio das trocas comerciais no bloco e, conseqüentemente, a consolidação da integração.

O órgão que faz cumprir as normas comunitárias na UE é a Comissão, que junto às demais instituições⁴ e Estados-Membros trabalham aplicando a política de concorrência comunitária. O intuito é combater condutas que falseiam ou restringem a livre concorrência, a exemplo dos acordos entre empresas que segmentam mercados nacionais ou inter-regionais, ou das relações entre produtores e distribuidores, dificultando o processo de integração.

1.1 As Normas de Defesa da Concorrência

As normas de defesa da concorrência fizeram parte da origem da UE, então chamada Comunidade Econômica Européia. No Tratado de Roma, instituidor desta organização internacional, estavam presentes, desde 1957, normas sobre a defesa da concorrência. A defesa da competição na UE baseava-se em três pilares. O primeiro deles estava relacionado com a repressão contra as práticas concertadas (art. 81 do TCE); o segundo, o controle de abuso de posição dominante (art. 82); e o terceiro, o controle das concentrações econômicas (Regulamento do Conselho ns. 4.064/89 e 1.310/97).

O disposto nos artigos 81 e 82 do TCE trouxe os parâmetros básicos para a defesa da concorrência. Os conceitos presentes em tais dispositivos eram extremamente amplos e genéricos, tendo sido precisados por duas atividades.

Primeiramente, a atividade legislativa dos órgãos da UE. A capacidade regulamentar do Conselho e da Comissão delimitou a forma de emprego das normas de defesa da concorrência, como, por exemplo, na criação de normas procedimentais para a apuração das infrações (Regulamento n. 17/62) e normas específicas para alguns setores, como as presentes no Regulamento n. 2.790/99. Esta função legislativa ágil e

⁴ A colaboração da Comissão e do Conselho, na qualidade de autoridades comunitárias, proporciona o suporte necessário para cumprir com o objetivo do Tratado da UE, de criar um espaço único de livre concorrência no mercado interior (letra g) do artigo 3º do TCE.

dinâmica representa grande importância devido à nova realidade, representada pelo alargamento da União e as rápidas alterações do cenário econômico mundial.

Além disso, outra atividade de grande relevância foi a atividade interpretativa dos órgãos comunitários. A Comissão, órgão “administrativo” aplicador das normas da concorrência, e o Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional, tiveram grande influência na interpretação dos artigos 81 e 82 do TCE, por meio da qual foi possível estabelecer um sistema de defesa da concorrência eficaz. Devido à generalidade das normas destes artigos, a atividade destes órgãos foi necessária para que se pudesse dar a elas a aplicação desejada.

1.2 Os Órgãos Aplicadores

A efetividade alcançada pelo direito da concorrência na União Europeia resultou, principalmente, da atuação dos órgãos comunitários, que foi possível, por sua vez, devido ao poder a eles outorgado, podendo atuar de maneira eficaz e independente. O Conselho, a Comissão e o Tribunal de Justiça são os principais órgãos que contribuem para a constituição e aplicação do direito da concorrência. O fato de maior relevância é o grande poder destes órgãos, que está presente tanto na elaboração quanto no cumprimento das regras de defesa da competição, no âmbito econômico. No que concerne à elaboração de normas, o Conselho e a Comissão podem, por exemplo, criar regulamentos, os quais podem ser aplicados diretamente nos ordenamentos jurídicos dos países membros. Os Estados, neste caso, devem obedecer aos ditames dos órgãos supranacionais. A Comissão aplica as normas relacionadas ao direito da concorrência na esfera “administrativa”, sendo que dispõe de enormes poderes, dentre os quais se destacam a cessação da prática, impor multas, não admitir a concentração econômica, determinando a desconstituição do ato, além de outras prerrogativas. As decisões deste órgão aplicam-se diretamente aos particulares, e não aos Estados nos quais desempenham suas atividades econômicas. O Tribunal de Justiça, por sua vez, pode rever a legalidade das decisões da Comissão, possuindo poder para revisá-las.

A grande funcionalidade e eficácia do direito comunitário de defesa da concorrência na UE resulta dos amplos poderes concedidos à organização internacional. Como veremos, no MERCOSUL a realidade é diferente, o que gera questionamento acerca da possibilidade efetiva de funcionamento de um sistema de defesa da concorrência com as características apresentadas.

1.3 Fontes do Direito da Concorrência na União Européia

O direito da concorrência na União Européia é composto, fundamentalmente, das seguintes fontes:

- a) Tratado (TCE) que originou a UE, no vértice da hierarquia do ordenamento jurídico comunitário. Constitui o direito originário (artigos 81 a 89 sobre defesa da concorrência);
- b) Regulamentos do Conselho e da Comissão (sobre concentração de empresas de dimensão comunitária, categorias de acordos e outros).
Constituem o direito derivado⁵;
- c) Decisões da Comissão (dirigidas individualmente a empresas ou instituições da UE, sobre práticas de acordos, etc), também constituem direito derivado;
- d) Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias – TJCE, do Tribunal de Primeira Instância - TPI e dos tribunais nacionais dos Estados-Membros;
- e) Prática administrativa da Comissão⁶ e dos órgãos nacionais de defesa da concorrência;
- f) Princípios do direito comunitário (primazia, efeito direto, subsidiariedade);
- g) Doutrina especializada.

2. Defesa da Concorrência no MERCOSUL

O Tratado de Assunção, em seu penúltimo parágrafo do artigo 1º prevê “assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes”, apesar de não constar qualquer norma expressa sobre a defesa da livre concorrência. A livre concorrência está inserida, indiretamente, nos objetivos gerais do MERCOSUL, junto à livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos.

Entretanto, o fortalecimento do mercado comum dependerá da harmonização entre as legislações sobre concorrência dos Estados-membros, possibilitando, assim, que o processo de integração seja mais efetivo.

⁵ Normas derivadas das instituições comunitárias: Regulamentos, Diretivas, Decisões e outros atos.

⁶ A Comissão elabora Decisões, e Comunicações gerais sobre assuntos específicos, e mesmo sem caráter obrigatório servem de suporte nos relatórios anuais sobre a evolução da política de concorrência.

Há também a previsão no Tratado Assunção, em seu artigo 4º, do compromisso dos Estados-Membros de coordenar as respectivas políticas nacionais, a fim de elaborar normas comuns sobre a concorrência comercial.

Apesar disso, inexistem mecanismos que possam aplicar de maneira efetiva normas criadas por órgãos institucionais do MERCOSUL. O fato de os ordenamentos jurídicos nacionais não permitirem a exigência de cumprimento imediato de normas que viessem a ser editadas por órgão supranacionais da administração do MERCOSUL dificulta a efetiva defesa da concorrência, além de retardar a integração.

Na União Européia, a contrário senso, os Tratados e Regulamentos são de aplicação direta e imediata, devendo os Estados-Membros cumprir obrigatoriamente, sob pena de serem responsabilizados patrimonialmente pelo inadimplemento na regulamentação. Nesse caso, há as Diretivas que servem para harmonizar tais normas aos ordenamentos nacionais.

No MERCOSUL, a omissão com relação às normas de defesa da concorrência no Tratado de Assunção foi sanada a partir da Decisão 21/94 do Conselho do Mercado Comum - CMC, que, posteriormente, originou o Protocolo de Defesa da Concorrência ou Protocolo de Fortaleza, assinado em 17 de dezembro de 1996, objetivando harmonizar a defesa da concorrência no bloco.

Contudo, o sucesso da aplicação das normas desse protocolo depende de instrumentalização, que está ligada ao aumento da coesão dentro do próprio bloco. O Protocolo de Fortaleza incentiva a competitividade das empresas no MERCOSUL, além de assegurar o livre acesso ao mercado, de empresas nacionais e de outros espaços econômicos.

O sistema adotado pelo MERCOSUL, no Tratado de Assunção, protocolos, decisões e diretrizes, é de caráter intergovernamental e, devido à ausência de um órgão jurisdicional supranacional, encontra barreiras para exigir a obrigatoriedade e executoriedade das normas de defesa da concorrência. Entretanto, as definições enunciadas no artigo 4º do Protocolo de Fortaleza, com relação às normas de defesa da concorrência e das práticas restritivas, apresentam semelhanças com a definição adotada no direito comunitário europeu.

A diferença primordial está no fato de existirem, na UE, órgãos judiciários supranacionais, os quais impõem o cumprimento das normas e aplicam multas pelo inadimplemento, diferentemente do MERCOSUL, onde inexistem órgãos judiciários acima da competência dos Estados-Membros.

Existe, portanto, necessidade de criar órgãos com poderes supranacionais para impor, de forma coercitiva, as normas no MERCOSUL. Caso contrário, os problemas continuarão sem solução satisfatória para as partes envolvidas.

O diferencial na experiência do direito comunitário europeu está na criação de tribunais supranacionais para solucionar os conflitos entre os Estados-Membros e entre seus cidadãos, destacando-se o papel decisivo do Tribunal de Justiça e Tribunal de Primeira Instância ao dirimir conflitos, desenvolvendo critérios claros e precisos sobre a aplicação das normas comunitárias de defesa da concorrência na UE.

A falta de órgãos supranacionais no MERCOSUL é sinônimo de atraso no processo de integração. Entende-se que o modelo de controle da aplicação de normas de concorrência, confiado ao Comitê de Defesa da Concorrência⁷, dificulta a aplicação de normas concorrenciais.

2.1 Considerações sobre o Protocolo de Fortaleza

O Protocolo de Fortaleza trata, inicialmente, do seu âmbito de aplicação, adotando regra semelhante à utilizada pela UE no artigo 85, caput, do Tratado de Roma, restringindo a sua aplicação às medidas que tenham efeito regional, ou seja, sobre mais de um dos Estados-Membros.

No Capítulo II, o referido protocolo apresenta os atos que restringem a concorrência, elencando, de maneira semelhante à legislação brasileira, as condutas de maneira exemplificativa e estabelecendo punições para aquelas consideradas prejudiciais à livre concorrência.

Nos dois capítulos seguintes, o protocolo trata dos órgãos responsáveis pela aplicação da legislação e do procedimento a ser adotado. Esse procedimento compreende três órgãos que são o Comitê de Defesa da Concorrência, a Comissão de Comércio do MERCOSUL e os órgãos nacionais responsáveis pela aplicação do protocolo.

A iniciativa do eventual processo é exclusiva dos Estados-Membros por meio do órgão nacional de defesa da concorrência, o qual optará pelo prosseguimento ou não do processo. No caso de arquivamento, o mesmo se configurará *ad referendum* da Comissão de Comércio. Se houver prosseguimento, o órgão nacional apresentará

⁷ Órgão de natureza governamental, que funciona de maneira integrada aos órgãos nacionais de defesa da concorrência de cada Estado-Membro, tomando decisões de maneira consensual e por unanimidade.

parecer a respeito do procedimento ao Comitê de Defesa da Concorrência, o qual, caso aceite a “denúncia”, definirá as infrações cometidas e as sanções aplicáveis.

A execução de medidas e a instrução do procedimento cabem ao órgão nacional, já o poder investigatório é concorrente entre o órgão nacional e o Comitê de Defesa da Concorrência.

Com relação às sanções, o Protocolo de Fortaleza as prevê em seu artigo 28. Ademais, dispõe expressamente, em seu artigo 31, que as controvérsias que vierem a surgir serão solucionadas conforme os protocolos de Brasília e Ouro Preto.

Finalmente, o Protocolo traz o compromisso de promover, num prazo de dois anos, a harmonização das normas que o integram com as legislações nacionais, bem como integralizá-las às demais medidas de defesa da concorrência, com vista a fortalecer a posição do bloco.

3. Integração do MERCOSUL, a Defesa da Concorrência e suas peculiaridades

Dentre as tentativas de integração econômica regional que ocorreram no século XX, a UE e o MERCOSUL representam os processos de integração econômica regional com maiores pretensões, pois outros projetos de blocos econômicos buscaram fases de integração menos ambiciosas, como os acordos de preferências, união aduaneira ou uma zona de livre comércio. O bloco formado por Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, e a Venezuela, a caminho de se incorporar, pretende chegar a um mercado comum. Entretanto, não possui ainda uma estrutura orgânica mínima necessária ao avanço do processo de integração de uma forma mais efetiva.

A falta de coesão entre os Estados-Membros do MERCOSUL dificulta a solidificação de um pilar fundamental para o desenvolvimento, qual seja o acesso à livre concorrência. A experiência européia deve ser observada, primeiro porque, na UE, a forma como as normas de defesa da concorrência são aplicadas serve de parâmetro para o tratamento que as mesmas devem receber no âmbito do MERCOSUL, salvadas as diferenças regionais características de cada bloco econômico; segundo, porque serve de reflexão para analisar, de forma comparativa, a efetividade do sistema do MERCOSUL, não apenas em matéria de concorrência, mas também nas demais áreas do direito.

Devemos, ainda, diferenciar as peculiaridades de ambos os blocos, que contribuem para entendermos a integração, ainda pequena, do Cone Sul. O início da

integração na Europa ocorreu no pós-guerra, para reestruturar a sua economia que ficou assolada pelos conflitos bélicos, tendo o caminho de recuperação passado por um profundo processo de integração. A UE, hoje com 27 Estados-Membros, contrasta com o MERCOSUL, criado pelo jovem Tratado de Assunção - TA em 1991, o qual também possui o objetivo de alcançar um mercado comum, mas esbarra em barreiras técnicas e divergências políticas. O MERCOSUL padece de uma estrutura orgânica, que seja eficaz na gestão das necessidades dos Estados-Membros de forma a fortalecer a integração regional.

Na UE, as normas de concorrência fazem parte dos objetivos fundamentais e são garantidas pelo eficiente sistema econômico que sustenta o bloco. Por outro lado, no MERCOSUL é comum a prática de condutas, como acordos que repartem geograficamente mercados nacionais e restringem a concorrência, afetando diretamente o funcionamento do mercado comum. Essas condutas dificultam a aplicação de normas de defesa da concorrência.

Dessa forma, a supressão de barreiras, como direitos de aduana ao trânsito de mercadorias entre Estados-Membros, não apresenta resultados positivos, uma vez que as empresas, mediante acordos, instituem barreiras semelhantes, dividindo os mercados.

Portanto, é evidente a necessidade dos Estados-Membros procurarem alcançar, de forma efetiva, os objetivos propostos para o MERCOSUL, criando instituições com a finalidade de fazer cumprir normas de defesa da concorrência, como ocorre na UE com órgãos, tais quais o Conselho, a Comissão e o Tribunal de Justiça.

Vale ressaltar, que não se defende a importação do modelo da UE para o MERCOSUL, mas o fortalecimento de um sistema de integração que esteja adaptado à realidade econômica e social de seus Estados-Membros. Nesse sentido, afirma Guido Soares⁸ que a experiência europeia é de utilidade pelos resultados alcançados no bloco.

4. Conclusões

O objetivo principal do nosso estudo era comparar os sistemas de defesa da concorrência na União Europeia e no MERCOSUL. Concluímos que as diferenças são enormes, mesmo porque, no primeiro caso, tanto o direito de defesa da competição

⁸ “As comparações do MERCOSUL com a Comunidade Europeia são de toda utilidade, visto que esta experiência europeia representa a mais perfeita realização, na atualidade, de um sistema normativo regional de integração econômica, que tem produzido resultados palpáveis e que tem cumprido com suas finalidades maiores”. (SOARES, 1998, p. 68)

quanto à integração propriamente dita existem há décadas, ao passo que, no segundo, ambos são extremamente novos. O intuito principal da comparação era obter respostas referentes à necessidade de uma legislação comum de defesa da concorrência e à análise do melhor sistema de defesa da concorrência que pudesse ser aplicado ao MERCOSUL.

Os blocos econômicos necessitam de um sistema eficiente de defesa da concorrência. Na Europa, a política de defesa da concorrência foi um dos princípios basilares para a construção da União Européia. O projeto de integração econômica europeu visa, dentre os objetivos primordiais, a criação de um ambiente de livre concorrência entre os agentes econômicos. Por isto a União Européia somente chegou aos patamares atuais devido à existência de um direito que resguarda a competição, bem como de órgãos aplicadores das normas.

Dessa forma, no MERCOSUL, cuja meta é aumentar a concorrência para garantir o desenvolvimento, necessita-se urgentemente de aplicação das leis na matéria. Portanto, para a integração, o sistema de defesa de concorrência impõe-se como algo necessário e indispensável para a real e saudável união das economias.

Podemos afirmar que o sistema de defesa da concorrência no MERCOSUL, em comparação ao da UE, apresenta falhas estruturais. Apesar de se tentar estabelecer um sistema eficaz de defesa no Mercado Comum do Sul, a falta de poder dos órgãos não permitiu efetivamente o desenvolvimento dessa função.

O Protocolo de Fortaleza representa um começo para a concorrência no MERCOSUL. No entanto, há a necessidade de harmonizar políticas macroeconômicas e aprofundar o modelo de integração regional, de modo a criar um sistema eficaz de defesa da concorrência que reprima o abuso do poder de mercado e possibilite aos agentes econômicos atuar com liberdade no mercado interno.

Então, quais seriam as perspectivas de se estabelecer um sistema verdadeiramente eficaz no âmbito do MERCOSUL? A melhor opção seria a criação do sistema supranacional de defesa da concorrência, dotado de órgão de aplicação da lei e do controle jurisdicional, além do direito obrigatório e diretamente aplicável aos Estados-Membros. Tais instrumentos necessitam, entretanto, da vontade política dos governantes estatais para sua criação. A saída, talvez, seria tentar-se aprimorar o atual sistema do MERCOSUL.

Referências Bibliográficas

ACORDO sobre o Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, de 5 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/MRCSR/agcompop.asp>>. Acesso em: 01/04/2010.

ACCIOLY, Elizabeth. MERCOSUL e União Européia: Estrutura Jurídico-Institucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2000.

BAGNOLI, Vicente, Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil-Globalização-União Européia-Mercosul-ALCA. São Paulo: Singular, 2005.

BRANCHER, Paulo Brancher ; ZANOTTA Pedro, Desafios atuais do direito da concorrência, 2008, Ed. Singular.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência: MERCOSUL e União Européia*. Barueri, SP: Manole, 2003.

FERNANDEZ, Luis de La Gandara; CALVO, Alfonso-Luis Caravaca. *Derecho Mercantil Internacional*. 4ª Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Forense, 2009.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos e Soluções de Controvérsias – Uma Análise Comparativa a partir da União Européia e MERCOSUL*. Curitiba: Juruá, 2001.

Ocampo, Raul Granillo. *Direito Internacional Público da Integração*. São Paulo,: Elsevier, 2009.

PROTOCOLO de Defesa da Concorrência para o MERCOSUL. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/internacional/Protocolo_Defesa_Concorrencia_Mercosul.pdf>. Acesso em: 01/04/2010.

SOARES, Guido. Uma revisão em profundidade em 1996 de: As Instituições do MERCOSUL e as soluções de litígios no seu âmbito – Sugestões. In: BAPTISTA, Luis Olavo; MERCADANTE DE AZEVEDO, Araminta; CASELLA BORBA, Paulo (Coord). *MERCOSUL, das negociações à implantação*. São Paulo: LTr Editora, 1998.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

Vaz, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.