

Doutrina

LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA: FUNDAMENTOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL



Mina Kaway

Advogada; Mestranda em Direito Internacional pelo Instituto de Hautes Études Internationales e du Développement (IHEID)/Université de Genève.

Introdução; 1. Dos Princípios do Direito Econômico e da Concorrência; 2. Livre Iniciativa; 3. Liberdade de Iniciativa; 4. Livre Concorrência; 5. Normas Concorrenciais no MERCOSUL; 6. Os Órgãos de Defesa da Concorrência no MERCOSUL; 6.1. Objeto e Âmbito de Aplicação das Normas de Defesa da Concorrência no MERCOSUL; 6.2. Órgãos de Aplicação; 6.3. Procedimento e Aplicação; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito da concorrência no âmbito do MERCOSUL, sob a luz dos princípios do direito econômico e da concorrência. O Protocolo de Fortaleza é o instrumento jurídico que trata das normas concorrenciais no MERCOSUL. Apesar de alguns avanços já terem sido observados no que tange à sua implementação, ainda há muito o que se fazer para uma operacionalização efetiva do direito da concorrência no âmbito do MERCOSUL. Por se tratar de aspecto de suma importância para o desenvolvimento do almejado mercado comum, o direito da concorrência deve ser visto por meio dos princípios fundantes do direito econômico: a livre iniciativa, a liberdade de iniciativa e a livre concorrência. Esses serão analisados individualmente, ressaltando suas importâncias como fundamentos para a implementação do direito da concorrência no MERCOSUL, bem como relacionando e diferenciando-os através de suas peculiaridades.

Introdução

O MERCOSUL, instituído com o Tratado de Assunção em 26.03.1991 e, posteriormente, complementado pelo Protocolo de Ouro Preto em 17.12.1994, foi instituído como uma zona de livre comércio plena e como uma união aduaneira incompleta, a partir de 1995, a se completar em 2001, a fim de que caminhasse para um mercado comum. O comércio e o desenvolvimento econômico dos países membros são inerentes a este objetivo de se consolidar como um mercado comum. Por este motivo, é de suma importância a implementação de normas concorrenciais comuns que garantam condições adequadas de concorrência entre os signatários. Neste sentido, o art. 4º¹ do Tratado de Assunção prevê a elaboração de normas comuns sobre concorrência. Destaca-se o Protocolo de Fortaleza (1996) que, em seus arts. 8º² e 9º³, atribui à Comissão de Comércio do MERCOSUL e ao Comitê de Defesa da Concorrência a atribuição de aplicação de suas disposições relativas ao controle de atos, contratos, condutas e práticas restritivas da concorrência.

Notas:

1 “Art. 4º Nas relações com terceiros países, os Estados-partes assegurarão condições eqüitativas de comércio. Para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais, para inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, dumping qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados Parte coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.” (grifo nosso)

2 “Art. 8º Compete à Comissão de Comércio do Mercosul, nos termos do art. 19 do Protocolo de Ouro Preto, e ao Comitê de Defesa da Concorrência, aplicar o presente Protocolo.

Parágrafo Único. O Comitê de Defesa da Concorrência, órgão de natureza intergovernamental, será integrado pelos órgãos nacionais de aplicação do presente Protocolo em cada Estado Parte.”

3 “Art. 9º O Comitê de Defesa da Concorrência submeterá à aprovação da Comissão de Comércio do Mercosul, a regulamentação do presente Protocolo.”

Tratando-se, precipuamente, de normas com caráter internacional, os princípios passam a adquirir grande importância, eis que abrangem grande conteúdo em suas expressões e respeitam os mais diversos ordenamentos e entendimentos acerca da matéria. Por esta razão, o presente artigo passa a apresentar os principais princípios do direito da concorrência e sua aplicação no âmbito do MERCOSUL, buscando estabelecer subsídios teóricos para a implementação efetiva dos órgãos de

defesa da concorrência estatuidos no Protocolo de Fortaleza.

1. Dos princípios de direito econômico ⁴ e da concorrência

Nota:

4 AGUILAR (2006, p. 01) destaca que o direito econômico é o direito das políticas públicas na economia. Para o autor, o referido conceito relaciona-se com as normas e institutos jurídicos que permitem ao Estado exercer influência, orientar, direcionar, estimular, proibir ou reprimir comportamentos dos agentes econômicos num dado país ou conjunto de países. Desta forma, tem-se que o direito da concorrência é um ramo do direito econômico. O autor ainda faz referência à “preciosa monografia” de Carvalhosa em que o autor resenha os conceitos de direito econômico das mais diversas formas.

Os princípios possuem, em suma, a função de nortear e determinar a existência, o sentido e a finalidade da criação de uma norma, bem como auxiliam o operador do Direito quando do momento de sua aplicação e interpretação, constituindo-se em fonte do Direito reconhecida e útil.

Eles encontram-se descritos ora expressamente, ora tacitamente na Constituição ou nas leis esparsas que regulam a matéria (GRAU, 2005, p. 157). No caso do presente estudo, será dada ênfase aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, que são os principais dentro do direito econômico e, especificamente, do ramo do direito da concorrência, que auxiliam e orientam, de maneira efetiva, a criação de um direito da concorrência no bloco econômico do MERCOSUL, com vistas ao desenvolvimento de uma economia sólida e competitiva no âmbito global e regional.

Manifestando-se acerca da interpretação das normas jurídicas e princípios, Eros Grau (2005, p. 163) destaca sua finalidade primordial, ou seja, a concretização de uma decisão particular por meio de normas gerais. Dentro desta óptica consiste a importância dos princípios, dando ao intérprete os nortes buscados pela norma:

“Em síntese: a interpretação do Direito tem caráter constitutivo – não, pois, meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [=concretizar] ao Direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [=do Direito] no mundo do ser [=mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o Direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingenciabilidade que faltava para tornar plenamente contingencial o particular.”

BASTOS (2004, p. 110), ao analisar o fundamento da livre iniciativa e da livre concorrência, aponta o modelo capitalista de produção, ou economia de mercado, como fundamento ideológico dos mesmos.

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência encontram-se previstos tacitamente no preâmbulo do Tratado de Assunção de 1991, que constituiu o MERCOSUL, com o fim de instituir “a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-partes [...] a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-partes;” e, tacitamente, no Protocolo de Fortaleza de 1996, que estabeleceu normas para a preservação dos referidos princípios ao instituir normas acerca do direito da concorrência no âmbito do MERCOSUL.

O referido protocolo ainda carece de concretização, sendo que sua aplicabilidade tornar-se-á mais efetiva assim que o processo de integração, pautado na flexibilidade e graduação entre os países integrantes do MERCOSUL, alcançar um grau maior de identidade, principalmente no que tange à harmonização das legislações internas (KLEIN, 2003, p. 199).

No Brasil, os referidos princípios possuem disposição expressa no *caput* e inciso IV do art. 170 da CRFB, junto com um rol de princípios gerais da atividade econômica, quais sejam, a soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade privada, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades sociais e regionais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte.

Na legislação infraconstitucional, os referidos princípios ainda encontram espaço junto ao art. 1º da Lei nº 8.884/1994 que dispõe sobre a prevenção e repressão das infrações à ordem econômica.

Ao estudar a livre concorrência e a livre iniciativa, é necessário destacar que eles exprimem sentidos antagônicos que se complementam na medida em que o primeiro exige uma interferência de um órgão Estatal com vistas a reprimir aqueles que estejam limitando a concorrência e o segundo exprime um direito individual que visa proteger a atividade privada, e, portanto, requer omissão estatal (SILVEIRA, 1998, p. 54).

Por esta linha de raciocínio, a explanação e estudo dos mesmos justificam-se tendo em vista justamente o fato de que a repressão de condutas anticoncorrenciais, o respeito, a observância e a concretização de seus sentidos serão responsáveis pela consagração de uma economia de mercado eficiente e competitiva no MERCOSUL.

2. Livre iniciativa

A livre iniciativa, sendo abordada como princípio da ordem econômica, merece uma abordagem conceitual a ser relacionada com a inserção do Estado na atividade privada, sem deixar de mencionar o ponto de vista dos direitos fundamentais e suas limitações.

No aspecto conceitual, caracteriza-se a livre iniciativa como a liberdade individual de desenvolver uma atividade ⁵ adquirindo recursos para a sua subsistência por meio de sua prestação perante a coletividade que usufrui direta ou indiretamente dela. Conceituando o princípio, PETTER (2005, p. 161) caracteriza a livre iniciativa como “[...] um dos fundamentos da ordem econômica”. Pode ser traduzida no direito que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco” (grifo nosso).

Nota:

5 O conceito de atividade coaduna-se em termos técnicos ao de empresa, utilizado pelo Código Civil em seus arts. 966 e 1142, sendo considerada a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços.

Segundo CAIXETA (2004, p. 48), há grande relação entre a economia de mercado ⁶, a livre iniciativa, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, pois,

Nota:

6 SINDRONI (1994, 109) conceitua a economia de mercado como a economia livre onde o sistema é baseado na livre ação da empresa privada, na ausência de mecanismos restritivos à concorrência, ao comércio e ao consumo. Corresponde aos princípios do liberalismo econômico, segundo o qual a única função do Estado seria garantir a livre concorrência entre as empresas. O autor destaca ainda as limitações que ela vem sofrendo com a ação dos monopólios e a intervenção estatal.

“A livre iniciativa deve ser desenvolvida num regime de livre concorrência. Assim, na organização da economia de mercado, deve existir liberdade de iniciativa, se desenvolvendo com a presença da competitividade, na constante disputa das livres negociações.”

Neste mesmo sentido, TAVARES (2003, p. 252) caracteriza a livre iniciativa como um princípio de decorrência lógica da proteção ao princípio da livre concorrência, eis que todos devem ter o direito de se inserir no mercado contestando os que já se encontram nele, buscando a melhor qualidade dos produtos e fixando os preços mais competitivos.

O Estado, com relação à livre iniciativa, é livre para se projetar na esfera privada, exemplos desta projeção são as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas concessionárias ou permissionárias que desenvolvem atividade econômica preservando alguns aspectos e prerrogativas de um ente público (BASTOS, 2004, p. 121). Destaque-se, neste sentido, a atuação da Petrobras, empresa pública brasileira com uma série de contratos internacionais tanto no MERCOSUL quanto fora dele.

Apesar das discussões referentes à intervenção do Estado na economia, é certo que ela tende a beneficiar a economia de um modo geral. É neste sentido que coloca PÉTTTER (2005, p. 162): “[...] a intervenção do Estado no domínio econômico (CF (*sic*), art. 174), muito antes de limitar a iniciativa e a liberdade do particular tem por fim, mesmo, preservá-la”.

Por outro lado, BASTOS (2004, p. 122) coloca que o exercício da atividade econômica pelo Estado tende a ser extinta com o abundante crescimento do fenômeno da privatização ⁷: “[...] É facilmente previsível que dentro de certo tempo, em virtude das privatizações que vem sendo feitas, que haja um abandono pelo Estado da prestação de atividade econômica”.

Nota:

7 SINDRONI (1994, p. 284) conceitua o fenômeno da privatização como a aquisição e a incorporação de uma companhia ou empresa pública por uma empresa privada. A privatização de uma empresa ocorre, na maioria das vezes: 1) quando ela passa a apresentar lucros a curto ou médio prazo, após a maturação do investimento pioneiro feito pelo Estado, tornando-se então um empreendimento atraente para a empresa privada; 2) após um trabalho saneador do Estado, quando se trata de empresa falida absorvida pelo Poder público. O termo entrou em voga no Brasil no início da década precedente. Com as dificuldades de financiamento de suas necessidades e o aumento de dívida interna e os sucessivos déficits públicos, foi criado durante o governo Collor o Programa Nacional de Desestatização, destinado a promover a desestatização das empresas estatais. A referida política se manteve nos dois mandatos presidenciais seguintes, exercidos por Fernando Henrique Cardoso.

Ressalte-se, ainda, que o exercício desregulado da livre iniciativa tende a gerar graves danos ao mercado e, principalmente, em economias ainda em desenvolvimento, como a brasileira, conforme já destacado no prefácio da obra “*Curso de direito econômico e da concorrência*”, de João Grandino Rodas e Gesner de Oliveira em que se exemplificam os casos já ocorridos no Brasil de concentração de mercado das empresas de cerveja e pasta dental (2004, prefácio de autoria do Vice Presidente do Conselho de Concorrência francês). Este entendimento pode ser aplicado também à economia ainda em desenvolvimento do MERCOSUL.

Desta forma, restou caracterizado o princípio da livre iniciativa como um fundamento do Estado e característica essencial da economia de mercado. O referido princípio é uma das subespécies de liberdade e, por esta razão, merece limitações para evitar o abuso do poder econômico. Dentro do estudo que ora se desenvolve, é conveniente destacar que aqueles que buscam empreender uma atividade no MERCOSUL ainda não possuem um controle efetivo de suas condutas ou estruturas. Um instrumento jurídico já vem sendo desenvolvido, qual seja, o Protocolo de Fortaleza, onde se prevê um controle de atos, contratos, condutas e práticas restritivas da concorrência, juntamente com órgãos e procedimentos de aplicação de normas de concorrência. No entanto, conforme já salientado, este protocolo ainda não foi efetivamente utilizado, merecendo ainda uma integração mais efetiva dos membros do MERCOSUL.

3. Liberdade de iniciativa

Para compreender a liberdade de iniciativa, necessário se faz uma breve abordagem conceitual e histórica, bem como

sobre as conseqüências de sua violação.

A liberdade de iniciativa, apesar de possuir denominação seme-lhante ao princípio anteriormente visualizado, não pode ser confundida com ele, apesar de estarem interligados. Enquanto a livre iniciativa diz respeito à garantia ou ao direito de um sujeito se lançar ao mercado desenvolvendo uma atividade econômica, a liberdade de iniciativa é o princípio que regula a possibilidade deste sujeito efetivamente se inserir e contestar o mercado, consolidando-se (CAIXETA, 2004, p. 44).

PETTER (2005, p. 164), sustentando a conceituação anteriormente mencionada, ressalta que a liberdade de iniciativa

“[...] Consiste no poder reconhecido aos particulares de desenvolverem uma atividade econômica. É mesmo uma fonte axiológica de liberdade do particular perante o Estado e até perante os demais indivíduos, um atributo essencial da pessoa humana em termos de realização direta de sua capacidade, suas realizações e seu destino.”

Sua aceitação foi por muito tempo indesejada, assim como muitos outros princípios ligados à economia de mercado. Por muito tempo, fortes influências de uma concepção que condenava o lucro, sob a égide da idéia de que o que um tem é tirado de outro, reinou na sociedade. Com o declínio destas idéias, ensejadas principalmente pelo desenvolvimento do comércio e do liberalismo no século XVIII, o homem passou a se dar conta de sua liberdade e do livre arbítrio de atribuir um destino a sua vida, concebendo o lucro como um fim social, ainda que esteja revestido com um caráter tipicamente egoístico (BASTOS, 2004, p. 115-117).

Dentro deste contexto de evolução e alteração, também a liberdade de iniciativa se alterou e passou a ser encarada muito mais como um ramo do direito à liberdade do que do direito de propriedade. É que não basta mais, nos dias de hoje, tão-somente ter a propriedade sobre os meios de produção⁸ de uma determinada atividade e passar a desenvolvê-la. Com o desenvolvimento do comércio, a propriedade sobre os meios de produção passou a ser relativizada perante propriedades e patrimônios de empresas gigantes. Analisando o mesmo conceito se posiciona PETTER (2005, p. 165): “A liberdade de iniciativa, destacada da propriedade passou a ser relacionada com a liberdade em geral, aproximando-se dos direitos fundamentais do homem, caso se queira, dos direitos humanos”.

Nota:

8 SINDRONI (1994, p. 215) conceitua os meios de produção como o conjunto formado pelos meios de trabalho e pelo objeto de trabalho. Os meios de trabalho incluem os instrumentos de produção (ferramentas, máquinas), as instalações (edifícios, silos, armazéns), as diversas formas de energia e combustível e os meios de transporte. O objeto de trabalho é o elemento sobre o qual ocorre o trabalho humano: a terra e as matérias primas, as jazidas minerais e outros recursos naturais.

Realçando ainda mais a imbricação da liberdade de iniciativa com o direito fundamental da liberdade, BASTOS (2004, p. 124) enfatiza a relação do referido princípio com a liberdade específica de contratar:

“A liberdade de iniciativa pressupõe também a existência de uma liberdade contratual. Vale dizer que o compromisso firmado entre agentes econômico normalmente é realizado por contratos. No nosso Direito, todos civilistas estão de acordo sobre a vigência da ampla liberdade de contratar entre os particulares.”

Ocorre que o ser humano, visto sob o seu aspecto mais cruel, tende a abusar das liberdades que dispõe, impondo suas vontades e interesses sobre os demais, razão pela qual o exercício ilimitado da livre iniciativa vem limitando significativamente a liberdade de iniciativa. Se não há liberdade de iniciativa, passa-se a deflagrar um estado de decadência social e ambiental dentro de uma organização baseada na economia de mercado (BASTOS, 2004, p. 159).

Pensando em frear e impedir o mau uso da livre iniciativa e visando preservar a liberdade de iniciativa, muitos países criaram os Conselhos de Concorrência, cada vez mais atuantes e eficientes na busca pela promoção do desenvolvimento econômico e social dos países. No Brasil, a situação não é diferente, com a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia criada pela Lei nº 8.884/1994, que é responsável pela repressão de condutas lesivas à concorrência, como o abuso do poder econômico, a exigência de condições desproporcionais aos pequenos e médios empresários e a prática de cartéis (PETTER, 2005, p. 166-168). Destaque-se, ainda, a criação do Conselho de Concorrência Europeu, que atua no âmbito da União Européia.

Desta forma, acerca da liberdade de iniciativa, é importante destacá-la como precursora da concretização do Direito fundamental à liberdade, e que ela é um limitador do mau uso do exercício da livre iniciativa. Este mau uso implicou em prejuízos para ordem social e econômica mundial, razão pela qual os governos passaram a criar instituições – autarquia, no caso do Brasil – para regular a utilização desenfreada desta liberdade. No MERCOSUL, este mecanismo ainda encontra-se em fase de implementação, e sua consolidação tende a fortalecer a economia, preservando princípios como o da liberdade de iniciativa no âmbito do MERCOSUL e consolidando um mercado mais aberto e estável para instalação de novas empresas no cenário econômico.

4. Livre concorrência

O princípio da livre concorrência, previsto no preâmbulo do Tratado de Assunção, parte da idéia de garantir aos agentes econômicos o direito de exercer seu poder econômico na busca por clientes no mercado. Ele visa à concretização da utópica concorrência perfeita, onde a lei da oferta e da procura determina os preços dos produtos e serviços, atraindo os consumidores de forma igualitária entre os concorrentes.

O grau do poder econômico é determinado de acordo com o conceito de mercado relevante, e sua proteção parte do princípio de que há não só um interesse das empresas concorrentes, mas de toda a coletividade de proteger o mercado e a concorrência (FORGIONI, 1998, p. 199-200).

Dentro deste ambiente se faz necessário, no entanto, uma intervenção do Estado no sentido de limitar o exercício deste poder econômico que, em determinados casos, pode eliminar a concorrência ou até mesmo levar à dominação de mercado (CAIXETA, 2004, p. 48).

O referido princípio é decorrência lógica do modelo econômico adotado pelo Estado. LEOPOLDINO DA FONSECA (2005, p. 129) explica a relação entre a concorrência e a economia de mercado:

“Afirmando uma opção pelo regime de economia de mercado e assumindo essa postura ideológica, a Constituição adota como princípio a mola básica que rege aquele tipo de organização de economia. Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas.” (grifo nosso)

Ressalte-se, neste sentido, o posicionamento de TAVARES (2003, p. 255), que destaca a necessária ligação entre a livre concorrência, o capitalismo e a economia de mercado: “Sem concorrência livre não se pode, efetivamente, falar de economia de mercado, de sistema capitalista ou de Estado liberal”.

O conceito de concorrência parte da idéia de que todos os agentes econômicos agem em igualdade de condições e de recursos, agindo da melhor maneira possível para conquistar seus clientes. Não é outro o posicionamento de PETTER (2005, p. 221): “A partir de um quadro de igualdade jurídico-formal disputa-se o mercado, abocanhando cada agente econômico a parcela que lhe é devida segundo os méritos que apresentou”.

O referido conceito visa estabelecer um mercado onde o exercício do poder econômico de cada agente é incapaz de influir na determinação do preço do produto do outro, conferindo a cada um a possibilidade de permanecer com estabilidade no mercado, ou seja, trata-se do modelo da concorrência perfeita. PETTER (2005, p. 222), estudando o ideal, destaca que “a ‘concorrência perfeita’ corresponde ao modelo onde são muitos os vendedores e, isoladamente, nenhum deles tem poder suficiente para dominar o mercado [...]”.

A concorrência tem como finalidade fazer com que a oferta e a procura pelos produtos e serviços determinem os seus preços, desta forma, ganham os agentes econômicos e os consumidores com preços mais acessíveis e produtos de maior qualidade. É este o sentido que BASTOS (2004, p. 144) confere à livre concorrência, realçando ainda o seu mau uso e o papel da legislação antitruste em reprimi-lo:

“A livre concorrência é um esteio do sistema liberal porque é pelo seu jogo e funcionamento que os consumidores vêm assegurados os seus direitos a consumir produtos de qualidade a preços justos. E, de outra parte, para quem se lança à atividade econômica é uma forma de obter uma recompensa pela sua maior capacidade, dedicação e empenho, prosperando mais que os concorrentes. No entanto, nem mesmo por via desta vitória na competição pode a empresa manter-se em situação monopolista. De alguma maneira, há de multiplicar-se o número de agentes nesse ramo econômico para escapar-se das leis antitruste.”

Este domínio nem sempre é ilegítimo, pois pode derivar tão-somente da eficiência da atuação do agente econômico. PETTER (2005, p. 224), abordando estes casos, coloca que:

“[...] nem toda concentração de poder econômico será considerada ilegítima, pois poderá decorrer de naturais movimentos do mercado, no mais das vezes guiado por inspirações de eficiência, redução de custos e potencialização das tarefas realizadas, quase sempre com reflexos positivos sobre o lucro.”

Por fim, deve-se ressaltar que o interesse acerca da consecução e da preservação do princípio da livre concorrência, além de proteger os interesses dos agentes econômicos já inseridos no mercado no sentido de perpetuar a sua existência com estabilidade para si, garante também os direitos de toda a coletividade consumidora e que deles dependem (TAVARES, 2005, p. 257).

Conforme observado, apesar do Tratado de Assunção mencionar como objetivo a preservação da livre concorrência aos agentes econômicos, é reconhecido que há a possibilidade de um agente dominar um determinado mercado dentro do MERCOSUL e auferir grandes margens de lucro às custas dos consumidores e da eliminação dos concorrentes, razão pela qual se faz necessária a intervenção do Comitê de Defesa da Concorrência e à Comissão de Comércio do Mercosul em determinadas condutas, contratos e atos de concentração com vistas à consolidação de uma economia pujante no cenário internacional.

5. normas concorrenciais no mercosul

Conforme já mencionado, o Tratado de Assunção prevê a harmonização das legislações dos Estados-membros relativas ao direito da concorrência. Esta harmonização é importante, pois visa à integração total do comércio entre os membros e transformação em um único mercado com as mesmas regras e condições.

A integração de países traz como uma consequência a tendência de empresas criarem barreiras artificiais a fim de que seus produtos atinjam melhores preços e um maior número de consumidores, em detrimento de outras empresas, neste novo mercado integrado. Desta forma, ressalta-se, novamente, a importância da existência de normas que garantam a concorrência no mercado integrado, bem como o bem estar dos consumidores.

Com relação ao MERCOSUL, no entanto, observa-se que apesar de todos os países membros mencionarem a garantia ao direito da concorrência em suas Constituições, somente o Brasil (Lei nº 8.884/1994), a Argentina (Lei nº 22.262/1980) e o Uruguai, apenas recentemente, em 17 de agosto de 2007, com a publicação da Lei nº 18.159, possuem normas infraconstitucionais sobre o tema.

Essa constatação demonstra o estágio embrionário em que se encontra o direito da concorrência no âmbito do MERCOSUL, uma vez que, para que os Estados membros possam cumprir com as previsões do Tratado de Assunção de harmonizar suas legislações concorrenciais e, após, elaborar normas comuns, é preciso antes que efetivamente existam tais normas no âmbito interno do Paraguai, e que elas estejam efetivamente eficazes no âmbito interno de cada país.

Acerca desta problemática das normas de concorrência no MERCOSUL, aponta Dyle Campello (2001, p. 312):

“Não só a tarefa de harmonização das legislações nacionais o Tratado de Assunção impõe aos Estados-partes. Foram eles incumbidos de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial. A esta tarefa não podem ficar omissos, pois o êxito do comércio intracomunitário do MERCOSUL depende de uma livre e leal concorrência entre eles.”

Assim, enquanto as normas de direito da concorrência não forem harmonizadas, ou ao menos presentes em todos os

Estados-membros, o processo para o desenvolvimento do mercado comum torna-se prejudicado, pois os prejuízos decorrentes da prática de condutas anticoncorrenciais e concentrações econômicas são inerentes à formação de qualquer bloco econômico. Urge, neste sentido, a necessidade de aumento da consciência concorrencial no âmbito do MERCOSUL, ou, como já praticado no Brasil, a realização da advocacia da concorrência a fim de que o direito da concorrência se desenvolva efetivamente nos Estados-membros e, conseqüentemente, no âmbito do MERCOSUL.

6. Os órgãos de defesa da concorrência no mercosul

Estabelecidos os fundamentos que justificaram a assinatura do Protocolo de Fortaleza, embora não ratificado por todos os Estados (Argentina e Uruguai não ratificaram), e a posterior implementação dos órgãos de Defesa da Concorrência no MERCOSUL e, especificamente para o artigo em apreço, para a criação do Comitê de Defesa da Concorrência e da Comissão de Comércio do MERCOSUL, cumpre esclarecer neste tópico os principais aspectos e características deste sistema que encontra previsão no Protocolo de Defesa da Concorrência (Protocolo de Fortaleza), no Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto) e no Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Tratado de Assunção).

6.1. Objeto e Âmbito de Aplicação das Normas de Defesa da Concorrência no MERCOSUL

Tendo em vista a adoção do modelo de economia de mercado e adoção de princípios como da livre iniciativa e da livre concorrência no Tratado de Assunção, conforme delineado nos subtítulos anteriores, o objeto de aplicação das normas da concorrência não poderia ser outro além da preservação deste ambiente caracterizado pelo sistema capitalista de produção e pela competitividade entre os agentes econômicos. A configuração deste ambiente e a preservação de seus princípios visam garantir o bem estar do consumidor, a segurança e a estabilidade no mercado comum que se pretende construir.

Neste sentido, SILVEIRA (1998, p. 224) aponta o valor da preservação da livre concorrência em uma economia de mercado, considerando-a condição indispensável para o alcance do objetivo fundamental do MERCOSUL:

“O objetivo do MERCOSUL somente será plenamente atingido por meio da livre circulação de fatores produtivos, com a garantia da livre concorrência no mercado regional. Caso contrário, o direito de escolha do consumidor, garantido pelo livre comércio, será destruído pela ação nociva dos monopólios, oligopólios e demais formas de *trusts*.”

Desta forma, se preocupou o Protocolo de Fortaleza, logo em seu art. 1º, em estatuir a defesa da concorrência como objeto precípua da aplicação do direito da concorrência. Esta disposição é realizada reconhecendo a imprescindibilidade da presença de concorrência para a consolidação de um ambiente competitivo em uma economia de mercado, pressuposto este essencial para que se garanta o desenvolvimento econômico e social dentro de um mercado comum pautado pelo sistema capitalista de produção.

Quanto ao âmbito de aplicação, muita discussão se gera com relação ao conflito de normas eventualmente gerado entre os Estados integrantes do MERCOSUL. Pode se dizer, inclusive, que este é um dos principais obstáculos para a efetiva atuação do Sistema de Defesa da Concorrência no MERCOSUL, ou seja, não há uma harmonia consolidada entre os membros integrantes capaz de fazê-los render sua própria soberania para a aplicação de um ente supra-estatal e a ele passar o poder de decidir sobre efeitos nocivos gerados em seu próprio mercado.

Tendo em vista que não é pacífico o entendimento acerca do âmbito de aplicação das normas de defesa da concorrência no MERCOSUL, cabe ressaltar as razões pelas quais ainda não aceitam os Estados-membros do MERCOSUL a aplicação supra-estatal de normas anticoncorrenciais.

É fato que, quando há um dano gerado ao mercado comum do MERCOSUL, direta ou indiretamente são atingidos individualmente os Estados que fazem parte dele. Desta forma, aplicando o princípio da subsunção, os responsáveis pela aplicação das normas anticoncorrenciais, dentro do Estado atingido pelo ato, legitimamente, aplicam suas normas internas, apesar do Protocolo de Fortaleza estabelecer que esta atribuição pertence ao Comitê de Defesa da Concorrência no MERCOSUL.

Na legislação brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE exige, inclusive, que sejam apresentados pelos requerentes em processos administrativos que tramitam junto à instituição, sua parcela de participação no MERCOSUL como anexo da submissão de atos de concentração a apreciação do Conselho⁹. A análise, no entanto, não buscará saber se o mercado comum do MERCOSUL encontra-se lesado, mas buscar maiores dados sobre os sujeitos envolvidos e se o ato ou a conduta em apreço geram lesões à concorrência interna.

Nota:

9 Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998. “Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Anexo I, Parte IV: PARTE IV – DOS MERCADOS DE ATUAÇÃO: IV.1. Relação das linhas de produtos/serviços ofertados por cada uma das requerentes no Brasil e no Mercosul. IV.2. Relação das linhas de produtos/serviços ofertados pelas demais empresas que pertencem aos mesmos grupos das requerentes no Brasil e no Mercosul”.

Referida exigência deve ser modelo a orientar também os demais estados membros deste bloco econômico que, ao vislumbrar um negócio com entes membros do MERCOSUL e que possam vir a gerar danos ao mercado comum, encaminhariam cópia dos autos ao Comitê de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, aprimorando ainda mais o controle da concorrência tanto no âmbito do mercado comum como no âmbito interno dos estados membros.

De maneira alguma se propõe que os conselhos de concorrência dos Estados-membros abstenham-se de analisar os

casos em que os efeitos do ato são percebidos exclusivamente dentro de seu território, mesmo porque, o art. 3º do Protocolo de Fortaleza impede esta invasão do Comitê de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, com fulcro nos princípios da soberania e da independência das nações.

O que se busca legitimar a partir da análise do art. 2º do Protocolo de Fortaleza é que fiquem sujeitos à aplicação das suas normas os atos de pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado e a outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados-partes com o seu encaminhamento à apreciação do Comitê de Defesa da Concorrência no MERCOSUL.

Esta análise acerca de eventuais efeitos anticoncorrenciais no âmbito do MERCOSUL, no entanto, não caberá necessariamente ao conselho de concorrência do Estado-membro, sendo apenas uma faculdade sua determinar a ocorrência ou não dos referidos efeitos com a intenção de auxiliar o Comitê de Defesa da Concorrência do MERCOSUL. Cabe ao Conselho de Concorrência Estatal tão-somente, ao analisar as informações apresentadas pelos requerentes do processo submetido à análise, se há participação ou não em mercados no MERCOSUL. Havendo a referida participação, incide a hipótese de encaminhamento ao Comitê de Defesa da Concorrência do MERCOSUL. Ressalte-se, neste sentido, o papel significativo que os órgãos de defesa da concorrência internos passam a assumir no processo de integração entre os Estados-membros do MERCOSUL e também no que tange à defesa da concorrência no mesmo âmbito.

Além de serem constatados como âmbito de aplicação os atos que geram efeitos anticoncorrenciais no MERCOSUL, observa-se a aplicação da doutrina da regra da razão (*rule of reason*), a qual afasta aplicação de ilegalidades *per se* e que, nas palavras da doutrinadora Paula Forigioni (1998, p. 186), traduz método de interpretação “[...] que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável’”.

6.2. Órgãos de Aplicação

Conforme disposto no art. 8º do Protocolo de Fortaleza, compete à Comissão de Comércio do MERCOSUL, por meio do Comitê de Defesa da Concorrência, a aplicação das normas referentes aos atos anticoncorrenciais previstos nos arts. 4º, 5º, 6º (controle de condutas) e 7º (controle dos atos de concentração) do referido diploma legal.

A Comissão de Comércio do MERCOSUL encontra previsão expressa de criação junto ao protocolo de Ouro Preto em seu art. 1º, fazendo parte da estrutura institucional do MERCOSUL, juntamente com o Conselho de Mercado Comum – CMC, Grupo de Mercado Comum – GMC, Comissão Parlamentar Conjunta – CPC, Foro Consultivo Econômico Social – FCES e Secretaria Administrativa do Mercosul – SAM.

O Comitê de Defesa da Concorrência, por sua vez, está previsto também expressamente no parágrafo único do art. 8º do Protocolo de Fortaleza, mas precisa ser combinado com o parágrafo único do art. 1º do Protocolo de Ouro Preto, o qual permite que sejam criados órgãos auxiliares para a consecução dos objetivos do processo de integração.

Importante destacar neste sentido o poder decisório atribuído à Comissão de Comércio do MERCOSUL pelo art. 2º do Protocolo de Ouro Preto e a ausência de dispositivo conferindo esta prerrogativa ao Comitê de Defesa da Concorrência. Por esta razão, o Comitê atua sempre em conjunto com a Comissão de Comércio, sendo dispensável sua participação apenas em algumas hipóteses, conforme se depreende no estudo dos procedimentos aplicáveis previstos nos arts. 10 a 21 do Protocolo de Fortaleza, que tramitam junto ao Comitê de Defesa da Concorrência.

Outra característica importante do Comitê de Defesa da Concorrência é a sua natureza intergovernamental e a sua integração pelos órgãos nacionais de aplicação das normas de defesa da concorrência Estaduais. Estas duas características visam assegurar a participação de todos os membros do MERCOSUL de forma igualitária, preservando a diversidade de entendimentos e de legislações entre os Estados-membros.

Esta participação leva em conta o fato de que o foco da constituição de um mercado comum e de um bloco econômico é, em suma, o fortalecimento econômico e político de vários Estados que atuam em conjunto com vistas ao desenvolvimento integrado. Considerados estes objetivos, é de suma importância que todos os Estados membros atuem em conjunto, apresentando seus posicionamentos na tomada de decisões nos órgãos do MERCOSUL.

Muito embora estejam previstas as participações de todos os Estados membros com a participação integrada dos órgãos responsáveis pela aplicação das normas de defesa da concorrência no Comitê de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, o art. 9º do Protocolo de Fortaleza confere à Comissão de Comércio do MERCOSUL a atribuição de regulamentar o referido protocolo.

Embora a referida tarefa ainda tenha sido realizada, já foram criados pela Comissão de Comércio do MERCOSUL o Comitê de Defesa da Concorrência e o Comitê de Defesa Comercial e Salvaguardas. Neste sentido cabe destacar o artigo de Ana Carla Biacheriene (2001, 71-88), que aborda a problemática envolvida em diferenciar defesa comercial e defesa da concorrência e as duas correntes antagônicas existentes. A primeira, capitaneada pela União Européia, defende a conjugação entre as duas matérias, e a segunda, defendida pelos Estados Unidos, preconiza a aplicação em separado das duas matérias. Analisando detidamente a matéria, distinguindo os dois tipos de infração delineados por cada disciplina, inter-relações, aspectos da harmonização normativa e caminhos a seguir para superar o impasse, a autora conclui que a diferenciação e separação das duas matérias “[...] acarretaria um ganho de eficiência produtiva e a otimização do fluxo internacional de bens”.

Desta forma, apresentou-se a criação do Comitê de Defesa da Concorrência pela Comissão de Comércio do MERCOSUL como medida imperiosa para a consolidação de uma instituição apta a preservar uma economia de mercado pujante, segura e estável no âmbito do MERCOSUL. Resta, para sua concretização, uma atuação mais efetiva dos órgãos diplomáticos de cada Estado, bem como dos seus órgãos de defesa da concorrência para que sejam implementadas as medidas para que sua atuação passe a ser mais significativa e expressiva.

6.3. Procedimento e Aplicação

O procedimento de defesa da concorrência, bem como sua aplicação, estão previstos nos arts. 10 a 21 do Protocolo de

Fortaleza. O procedimento, conforme prevê o art. 10, inicia-se de ofício pelos órgãos nacionais de aplicação através de representação fundamentada ou de parte legitimamente interessada, que será encaminhada ao Comitê de Defesa da Concorrência (CDC), juntamente com a avaliação técnica preliminar.

O Comitê de Defesa da Concorrência, após o recebimento da representação e análise técnica preliminar, decidirá sobre a instauração de investigação ou arquivamento do processo. Consta, no art. 12, previsão de envio de relatórios, regularmente, sobre o estado de tramitação dos processos em análise pelo CDC.

Em hipóteses de urgências ou ameaça de dano irreparável à concorrência, o Protocolo prevê, no art. 13, a possibilidade de aplicação de medidas preventivas para evitar o dano. Caso essas medidas não sejam cumpridas, existe a previsão de aplicação de multa à parte que descumpriu, que será executada pelo órgão nacional de aplicação do Estado-parte em que estiver domiciliado o representado, conforme se depreende da leitura do próprio artigo:

“Art. 13. Em caso de urgência ou ameaça de dano irreparável à concorrência, o Comitê de Defesa da Concorrência definirá, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, a aplicação de medidas preventivas, *inclusive a imediata cessação da prática sob investigação, a reversão à situação de outras que considere necessárias.*

§ 1º Em caso de inobservância à medida preventiva, o Comitê de Defesa da Concorrência poderá definir, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, a aplicação de multa à parte infratora.

§ 2º A aplicação de medida preventiva ou de multa será executada pelo *órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado ou representado.*” (grifo nosso)

No que tange às provas, o Protocolo prevê, no art. 14, que o próprio CDC estabelecerá, em cada caso analisado, pautas que definirão a estrutura do mercado relevante, os meios de provas das condutas e os critérios de análise dos efeitos econômicos da prática, entre outros aspectos.

A investigação de cada caso será realizada pelo órgão nacional de aplicação do Estado-parte, em cujo território estiver domiciliado ou re-presentado, considerando as pautas definidas no art. 14. Os órgãos nacionais deverão, ainda, divulgar relatórios periódicos sobre suas atividades. O § 2º prevê, ainda, o exercício do direito de defesa ao representado.

Os órgãos nacionais de aplicação dos Estados-partes deverão auxiliar na investigação através do fornecimento de informações, documentos e outros meios considerados essenciais.

A Comissão de Comércio do MERCOSUL ficará encarregada de sanar qualquer divergência que possa vir a ocorrer a respeito da aplicação dos procedimentos previstos no Protocolo.

Findo o processo investigatório, o órgão nacional responsável pela investigação deverá apresentar parecer conclusivo sobre o caso ao Comitê de Defesa da Concorrência, conforme previsão do art. 18. O CDC examinará o parecer e então definirá as práticas infrativas e estabelecerá as sanções a serem impostas ou demais medidas cabíveis. Caso o CDC não alcance um consenso, encaminhará à Comissão de Comércio do MERCOSUL as divergências suscitadas.

A Comissão de Comércio do MERCOSUL, considerando o parecer da CDC, se pronunciará mediante a adoção de Diretiva, definindo, assim, as sanções a serem aplicadas à parte infratora, bem como as medidas cabíveis no caso em apreço.

Não havendo consenso também na CCM, as divergências serão encaminhadas ao Grupo Mercado Comum, que se pronunciará mediante a adoção de Resolução. Se por ventura o Grupo Mercado Comum também não alcançar um consenso, o Estado-parte poderá recorrer ao procedimento previsto no Capítulo IV do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias.

Diante da exposição de como funciona o procedimento de defesa da concorrência dentro do MERCOSUL, percebe-se a grande participação que os órgãos nacionais têm nesse processo. Assim, reitera-se novamente a importância do desenvolvimento do direito da concorrência no âmbito interno dos países-membros para o conseqüente desenvolvimento do MERCOSUL, pois uma vez consolidado o direito da concorrência internamente, a evolução da defesa da concorrência no bloco se dará de maneira mais natural.

Conclusão

A importância da análise dos princípios do direito econômico e concorrencial encontra-se no fato de que a repressão de condutas anticoncorrenciais e a prevenção de atos de concentração efetiva ou potencialmente lesivos é peça chave para a consagração de uma economia de mercado eficiente e competitiva no MERCOSUL.

O Protocolo de Fortaleza é o instrumento jurídico onde são previstas as regras de concorrência, mas que, no entanto, não foi ainda efetivamente concretizado. Ou seja, o MERCOSUL, apesar de já dispor de um Comitê de Defesa da Concorrência, ainda precisaria buscar maior eficácia às disposições do Protocolo de Fortaleza para o controle das condutas e estruturas. A harmonização de legislações pode ser considerada, neste sentido, um obstáculo para a garantia desta efetividade, assim como uma medida a ser tomada pelos Estados-membros.

O princípio da livre iniciativa é um fundamento do Estado e característica essencial da economia de mercado, que visa evitar o abuso do poder econômico. A liberdade de iniciativa, por sua vez, também é importante princípio a ser preservado, pois limita o mau uso do exercício da livre iniciativa por parte dos agentes econômicos.

Por fim, no que concerne ao princípio da livre concorrência, há previsão de sua preservação no Tratado de Assunção, e, justamente por isso, se faz necessária a efetiva implementação das normas concorrenciais com eficaz intervenção do Comitê de Defesa da Concorrência e da Comissão de Comércio do MERCOSUL em determinadas condutas, contratos e concentrações lesivas ou potencialmente lesivas com vistas à consolidação de uma economia forte no bloco econômico do MERCOSUL.

O aprimoramento da atuação do Comitê de Defesa da Concorrência e o conseqüente desenvolvimento do MERCOSUL se tornarão mais facilitados a partir do momento em que seus próprios membros tiverem uma legislação infraconstitucional da concorrência, para então se passar ao próximo passo de harmonizarem-se as legislações. Neste sentido, a advocacia da concorrência mostra-se como um fator importante para alcançar este objetivo maior, pois através dela obtém-se uma conscientização sobre a concorrência cada vez maior dentro do MERCOSUL.

O procedimento de defesa da concorrência, como está previsto no Protocolo de Fortaleza, também se apóia nos Estados-membros, pois serão os órgãos nacionais de aplicação que farão toda a instrução e investigação dos casos analisados, ou seja, imprescindível a existência de um direito da concorrência consolidado dentro de cada país-membro para que a defesa da concorrência no MERCOSUL se desenvolva mais facilmente e naturalmente.

Por fim, para que sejam garantidas a efetividade dos princípios e das instituições do direito da concorrência no MERCOSUL, é preciso que todos os membros signatários possuam uma legislação infraconstitucional dispoendo sobre direito da concorrência e criem conselhos de defesa da concorrência estatais (assim como se observa no Brasil, com a presença do CADE); que estes conselhos preocupem-se em analisar, a exemplo do CADE, nos processos submetidos a sua apreciação, a participação dos agentes econômicos que figuram como parte nos processos administrativos no MERCOSUL; que os órgãos responsáveis pela diplomacia ventilem esta questão na ocasião de seus compromissos internacionais e que sejam criados mecanismos de comunicação entre os conselhos estatais e a Comissão de Comércio do MERCOSUL, para que se formule um sistema de defesa da concorrência no MERCOSUL em que são integrantes os conselhos estatais de defesa da concorrência, o Comitê de Defesa da Concorrência do MERCOSUL e a Comissão de Comércio do MERCOSUL.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico* : do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico* . São Paulo: Celso Bastos, 2004.
- CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu* : uma contribuição ao Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste* . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *Ordem econômica na Constituição de 1988* . 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- KLEIN, Vinícius. O direito da concorrência no Mercosul. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná* . Curitiba: Síntese, 2003.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico* . 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica* : O art. 170 e os princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência* . Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SILVEIRA, Paulo Antônio Carvalho Caliendo V. da. *Defesa da concorrência no Mercosul* : acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações. São Paulo: LTr, 1998.
- SINDRONI, Paulo. *Novo dicionário de economia* . São Paulo: Best Seller, 1994.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico* . São Paulo: Método, 2003.
- VIDAL, Pedro Walter Guimarães Tang. *A prática de cartéis: um estudo por meio do cartel dos postos de gasolina de Florianópolis*. Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Florianópolis, 2007.