A concorrência no Mercosul: considerações preliminares¹

Eugênio da Costa e Silva²

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos introdutórios do Direito da Integração. 3. Aspectos introdutórios do Direito da Concorrência. 4. Menções ao Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul. 5. Reflexões finais

1. Introdução

Prendemos, com a presente análise, abordar de forma simplificada alguns aspectos dos direitos da concorrência no Mercosul. Para tanto, cabe mencionar inicialmente o tema da integração em geral - e do Mercosul em particular - e o tema da concorrência em geral - e do Direito Antitruste em particular - para, então, discutirmos as mais recentes conclusões no concernente ao estabelecimento de mecanismos legais comuns para a defesa da concorrência no Mercosul.

2. Aspectos introdutórios do Direito da Integração

Pode-se dizer que uma das ramificações do que costumamos denominar Direito Internacional Público está determinada pela análise, de forma mais específica, dos aspectos econômicos das relações internacionais no mundo moderno. O Direito Internacional Econômico (DIE), portanto, pode ser entendido como o estudo dos assuntos jurídicos relacionados com os fatores de produção, os negócios internacionais relativos a bens e serviços, as relações entre Estados e particulares, etc. O aspecto econômico é, portanto, o mais relevante na conceituação do DIE. É, pois, possível afirmar que o estudo do DIE deve incluir a análise das relações econômicas, dos investimentos, da liberalização do comércio internacional e, quiçá, dos esforços para a conservação do meio ambiente e do desenvolvimento auto-sustentável.

1 O título original "Considerações preliminares sobre a concorrência no Mercosul" foi alterado para adequação à linha editorial da RDE.

2 Advogado, Ph.D. em Direito, Eugênio da Costa e Silva é Assessor Técnico da Comissão Parlamentar Conjunta (CPC) do Mercosul.

Apesar de todos estes temas, entendidos como parte do estudo do DIE, interagirem e mesmo complementarem-se, o comércio internacional é necessariamente o aspecto mais relevante para a discussão que propomos nesta oportunidade. Para sugerir análises sobre a liberalização do comércio, tendência manifestada principalmente após a Segunda Guerra Mundial, temos que levar em conta duas delimitações:

- A primeira refere-se à crescente preocupação da comunidade internacional em reduzir, ou mesmo eliminar, os obstáculos tarifários e não-tarifários ao comércio internacional. O sistema internacional do comércio, representado pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) - e mais recentemente pela Organização Mundial do Comércio (OMC) - é o mais importante e ambicioso instrumento da "globalização" do comércio.
- A segunda é representada por mecanismos de cooperação política, econômica e técnica e pela liberalização regional do comércio, com fundamento na livre circulação de bens, serviços, trabalho e capital. Como exemplos poderíamos citar a União Européia e o Mercosul.

O GATT é um acordo internacional que busca regulamentar as relações comerciais entre os Estados, ao mesmo tempo em que promove o crescimento do comércio multilateral. Origina-se dos instrumentos emanados da Carta de Havana, de 1948, que incluíam um acordo multilateral de comércio (o GATT) e o estabelecimento de uma Organização Internacional do Comércio (OIC). Principalmente por força da não aprovação, pelo Congresso dos EUA, da criação da OIC, o GATT passou a ter estranhas formas, operando hibridamente como um acordo multilateral de comércio com funções de uma organização internacional.

Em sua oitava revisão, durante a Rodada do Uruguai de Negociações Multilaterais, concluída em dezembro de 1994, o sistema multilateral de comércio, até então representado somente pelo GATT, é aperfeiçoado com a criação de uma Organização Mundial do Comércio, o aprimoramento do sistema de solução de controvérsias e a assinatura de diversos acordos temáticos relacionados com o comércio internacional.

Um segundo aspecto da liberalização do comércio internacional está revestido de uma característica geográfica preponderante: a regionalização. Países com proximidades naturais de ordem geográfica decidem "aproximar-se" comercial, econômica e politicamente, para superar obstáculos de diversos tipos. Definiríamos esta segunda delimitação como o ramo do DIE conhecido por Direito da Integração. Poderíamos mencionar, a título exemplificativo, o Mercosul e a União Européia.

Com freqüência observamos, nas formas escrita e falada, um equívoco conceitual sobre o tema. Referem-se, por exemplo, ao ordenamento jurídico do Mercosul como "Direito Comunitário do Mercosul".

O termo Direito Comunitário, em nosso ver, refere-se tão-somente ao direito do processo de integração Europeu, que tem por base três “comunidades”: a Comunidade Européia do Carvão e do Aço - CECA (1951), a Comunidade Econômica Européia - CEE (1957) e a Comunidade Européia da Energia Atômica - CEEA (1957). Em decorrência da revisão implementada pelo Tratado de Maastricht, o termo “Comunidades Européias” foi substituído por “União Européia”. Além disso, o termo “Comunidade Européia” (CE) passa a ser utilizado em substituição à denominação “Comunidade Econômica Européia”.

Quando nos referimos à ordem legal do Mercosul, portanto, devemos utilizar os termos “Direito da Integração do Mercosul” ou “Direito do Mercosul”. Nunca poderíamos falar em “Direito Comunitário do Mercosul” por não termos constituído uma “comunidade” de nações e pelas diferenças substantivas entre ambos os conceitos relacionadas no quadro abaixo:

<i>Direito Comunitário</i>	<i>Direito da Integração do Mercosul</i>
Representado pela União Européia a qual é constituída por três comunidades: CE, CECA e CEEA	Representado pela iniciação de um processo com vistas à constituição de um Mercado Comum, pelo Tratado de Assunção
Implica na transferência de parcelas específicas da soberania nacional para um ordem institucional supranacional	Não ocorre a transferência de direitos soberanos pelos Estados-Partes. Todo o processo é conduzido por negociações intergovernamentais
Algumas das normas oriundas de sua ordem institucional possuem “efeito direto” nos Estados-Membros	Todas as normas oriundas do processo de integração devem ser internalizadas
Há efetiva harmonização (e muitas vezes unificação) do direito positivo e das jurisprudências administrativas e jurisdicionais	Há cooperação intergovernamental almejando a harmonização do direito positivo e das jurisprudências administrativas e jurídicas

3. Aspectos introdutórios do Direito da Concorrência

O Direito da Concorrência, a grosso modo, é baseado em dois grupos distintos de direitos e obrigações: o Direito Antitruste e o Direito da Proprie-

dade Industrial. Propositadamente, excluímos desta divisão os aspectos da concorrência relacionados com subsídios, dumping, etc.

O Direito Antitruste objetiva tutelar juridicamente a livre concorrência. O termo concorrência, aqui, refere-se ao interesse público. Diz-se que o Direito Antitruste surgiu conceitualmente em 1410, no Reino Unido, através de entendimento jurisprudencial, e veio a ser positivado pela primeira vez somente em 1896, na Alemanha.

O Direito da Propriedade Industrial, por sua vez, objetiva proteger a lealdade comercial. O termo concorrência refere-se, neste contexto, ao interesse privado a ser tutelado. A proteção contra a concorrência desleal surgiu inicialmente na França, em 1850, também por tendência jurisprudencial, vindo a ser positivado na Revisão de 1900 da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial.

Enquanto o primeiro visa assegurar a livre iniciativa e a competitividade do mercado, e será aplicado por “agências antitruste”, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o segundo busca assegurar que as atividades das empresas num específico território não criará um mercado desleal para os concorrentes, e é aplicado pelos escritórios nacionais de propriedade industrial, como o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). Parece-nos que algumas vezes, contudo, os princípios de um se confundem com o do outro, apesar de estritamente ambos representarem distintas formas de se aplicar o Direito.

Vale notar que nenhum dos direitos acima tem por objetivo imediato a proteção do consumidor, embora possa haver condutas específicas que se caracterizem, ao mesmo tempo, por uma infração à ordem econômica e às relações de consumo. Adicionalmente, poderíamos afirmar também que ambos dependem do sistema econômico vigente, que, no Brasil, surge fundamentalmente das limitações impostas pela ordem constitucional estabelecida em 1988.

Sobretudo no contexto de um processo de integração, é necessário lembrar, as implicações do Direito Antitruste no Direito da Propriedade Industrial ocorre principalmente nos contratos de transferência de tecnologia e nos contratos de licenciamento de patentes e marcas. Esta prática é muito difundida no contexto da União Européia e reflete, também, a interação entre o Direito da Concorrência e o princípio da livre circulação de bens e mercadorias. Reputa-se fundamental para a constituição de um Mercado Comum, bem como para sua efetiva operacionalização, que as barreiras ao comércio de bens seja eliminada e que a regulamentação do Direito da Concorrência seja harmonizada.

4. Menções ao Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul

O artigo 4º do Tratado de Assunção pode ser dividido em duas partes.

Afirma, em primeiro lugar, que os Estados-Partes devem assegurar que o comércio do Mercosul com terceiros países ocorra em bases justas. Isto será implementado através da aplicação das legislações nacionais para restringir a importação de produtos para a área do Mercosul cujos preços sejam influenciados por subsídios, *dumping* ou qualquer outra prática que se caracterize como injusta.

A segunda parte do dispositivo em questão determina que os Estados-Partes devem coordenar suas respectivas políticas internas, vislumbrando a elaboração de normas comuns para a concorrência. Sugere, pois, a iniciação de negociações para alcançar regras comuns sobre a concorrência comercial no Mercosul.

Reunido em Fortaleza, em dezembro de 1996, o Conselho do Mercado Comum decidiu aprovar o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul como um instrumento comum que preserve e promova a livre concorrência, assegure o livre mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração, contribuindo, assim, para a consecução dos objetivos integracionistas explicitados pelo Tratado de Assunção.

As regras previstas pelo Protocolo aplicam-se a todos os atos restritivos à concorrência, praticados por qualquer pessoa que exerça atividade econômica. Tais atos devem ter por fim, contudo, produzir efeitos sobre a concorrência no Mercosul e afetar o comércio entre pelo menos dois Estados-Partes. Estas exigências básicas para a caracterização do ato como restritivo devem ser aplicadas conjuntamente.

Estes atos restritivos, ademais, podem ser individuais ou concertados, escritos, orais, por instrumento particular ou público. Devem ter o objeto de restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado, bem como o abuso de posição dominante no mercado relevante de bens e serviços no território do Mercosul. Alguns exemplos de práticas reconhecidamente restritivas da concorrência são listadas pelo Protocolo, como a fixação de preços e condições de compra e venda, a divisão de mercados de serviços e produtos, e a manipulação de mercado para impor preços.

Em relação às normas comuns para o controle de atos e contratos, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, o Protocolo concede um prazo de dois anos para que os Estados-Partes adotem-nas, buscando prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no território do Mercosul.

Para a aplicação das normas comuns previstas pelo Protocolo foi concebida uma estrutura institucional que envolve as agências antitruste nacionais, um Comitê de Defesa da Concorrência criado pelo Protocolo da Concorrência,

os órgãos do Mercosul criados pelo Protocolo de Ouro Preto (a Comissão de Comércio do Mercosul e o Grupo Mercado Comum) e, em última instância, as normas previstas pelo Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias.

Simplificadamente, a estrutura orgânica e procedimental prevista pelo Protocolo é a seguinte: os órgãos nacionais de defesa da concorrência iniciarão o procedimento determinado pelo Protocolo, de ofício ou mediante representação fundamentada da parte interessada. Acompanhada de avaliação técnica preliminar, esta representação será encaminhada ao Comitê de Defesa da Concorrência, órgão criado pelo Protocolo que procederá à instauração da investigação ou decidirá pelo arquivamento do processo, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul. Não havendo consenso, o Grupo Mercado Comum se pronunciará sobre a matéria. Em última instância, caso não haja consenso nem mesmo no Grupo, os dispositivos do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias poderão ser invocados.

O Protocolo prevê, ainda, regras determinando “compromissos de cessação” e a imposição de sanções, e sugere mecanismos de cooperação técnica entre as agências antitruste para o aperfeiçoamento dos instrumentos nacionais e dos instrumentos comuns de defesa da concorrência.

5. Reflexões finais

Em um primeiro momento, a estrutura institucional prevista pelo processo de integração do Mercosul, e particularmente aquela relacionada com a formulação de políticas da concorrência, aparenta ser superficial e carecedora de mais detalhados entendimentos.

Cabe, pois, uma questão de caráter técnico e de cunho ideológico: deve o processo de integração do Mercosul unificar a política da concorrência dos seus Estados-Partes e criar uma agência antitruste regional com características supranacionais?

A observação técnica do questionamento posto acima pressupõe indispensável que o processo de integração do Mercosul seja provido com regras comuns para a proteção da competitividade no mercado integrado, incluindo a necessidade de órgãos supranacionais. E visto assim, sob o ponto de vista técnico, nos parece que a integração do Mercosul tem optado por muita cautela na formulação de políticas e na criação da estrutura organizacional responsável pelo processo como um todo. Até agora - e os negociadores do Mercosul têm seguido quase que integralmente à risca esta linha - as discussões concentram-se na viabilização prática da União Aduaneira, por via intergovernamental, com o mínimo de burocracia. Neste momento estamos a utilizar as estruturas burocráticas governamentais já existentes, o que parece razoável e prudente.

Aqueles que optam por uma discussão ideologizada do processo de integração tendem a considerar o aspecto institucional como o mais relevante. É verdade que a criação de estruturas operacionais para processo de integração é um tema relevante nesta discussão. Todavia, e aí cabe enfáticas observações, a discussão sobre a ordem institucional do Mercosul deve ocorrer somente após conclusões pragmáticas sobre a integração comercial terem sido alcançadas.

Isto porque cabe ao Mercosul primeiramente viabilizar-se como projeto integracionista sub-regional, para depois pensarmos na criação de instituições mais complexas, mais caras e mais burocratizadas para a integração. A concretização do Mercosul como projeto integracionista parece cada vez mais plausível. Estamos a tornar possível não só a aproximação de quatro parceiros latino-americanos, mas, também, a aproximação do continente como um todo. Toda esta complexa agenda induz os negociadores do Mercosul à extrema cautela na formulação de estruturas institucionais, evitando, no momento, órgãos de caráter supranacional.

Em nossa opinião, é por isso, também, que o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul mostra-se como um projeto cauteloso de harmonização de políticas da concorrência. Optamos por elaborar regras gerais e consensuais, com características uniformes, para a implementação de um marco negociatório nas discussões sobre a política de concorrência do Mercosul. Esta é somente a primeira etapa de um projeto muito mais ambicioso.

Em conseqüência, a estrutura institucional prevista pelo Protocolo de Defesa da Concorrência é coerente com as regras do Protocolo de Ouro Preto, já que elege uma estrutura intergovernamental para implementar os princípios comuns da concorrência no Mercosul. Esta opção é revestida de muita pertinência técnica, tendo em vista os objetivos do projeto Mercosul e sua ordem legal.

As eventuais falhas do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul resultam da diversidade de interesses nas negociações entre os Estados-Partes, e da conseqüente complexidade que desta situação resulta. Primeiro, devemos colocar em prática o sistema e o procedimento estabelecidos pelo Protocolo para, a partir daí, identificar suas eventuais deficiências. Uma vez identificadas as imperfeições do Protocolo, iniciaremos negociações objetivando o seu aprimoramento. Assim, ao buscar a apropriada instrumentalização da política comum da concorrência, estaremos contribuindo para o processo de integração e para sua efetiva operacionalização, com o estabelecimento de regras que possam efetivamente ser utilizadas em benefício dos objetivos integracionistas.