

Defesa da Concorrência no Mercosul

José Carlos de Magalhães¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O Tratado de Assunção e a Defesa da Concorrência no Brasil. 3. A intervenção do Estado na economia e a livre concorrência. 4. As modificações no panorama internacional e o neoliberalismo. 5. A adequação do Brasil à nova tendência internacional. 6. O Código do Consumidor e a Defesa da Concorrência. 7. A abertura dos mercados e o Mercosul. 8. Da lei uniforme sobre concorrência no Mercosul e suas dificuldades.

1. Introdução

Sintonizados com a tendência de ampliar os espaços econômicos, que a União Européia solidificou com o Tratado de Maastrich, ao fim de longo processo iniciado com a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço e o Benelux, os países que integram o Mercosul procuram superar os antigos obstáculos que levaram a extinta ALALC ao fracasso.

Essa disposição coincide com o abandono da antiga política adotada pelos países latino-americanos de substituição de importações, propiciando a abertura das economias, com a redução das tarifas alfandegárias e, assim, ensejando o aumento das importações e ingresso de maior volume de investimentos estrangeiros. Coincide, também, com a tendência de globalização da atividade empresarial, gerando um processo de concentração cada vez maior de empresas, em diversos setores, desde o financeiro ao industrial em geral, sobretudo os relacionados com a produção de automóveis, eletrodomésticos, de alimentos industrializados e outros. Essa globalização - que desperta resistências e dúvidas quanto aos benefícios que possa gerar nos países emergentes - inscreve-se na tendência criada com a política que inspirou a Organização

1 Advogado, Mestre em Direito pela Yale University; Doutor em Direito e Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; José Carlos de Magalhães é Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Diretor do Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais; Presidente da Seção Brasileira da International Law Association e Árbitro do Brasil no Mercosul.

Mundial do Comércio, de liberalização e ampliação dos mercados nacionais e regionais, segundo os padrões da livre concorrência.

A modificação no cenário internacional provocou a necessidade de adaptação das políticas internas, compelindo os Estados a adotar normas que disciplinem a concorrência, seja relativamente aos atos, acordos e condutas que a restrinjam ou a eliminem, seja em relação aos atos de concentração, capazes de introduzir monopólios, por si só inibidores do processo concorrencial.

2. O Tratado de Assunção e a defesa da concorrência no Brasil

O Tratado de Assunção, ao criar o Mercosul como união aduaneira, já inscrevia, no artigo 4º, a coordenação de políticas nacionais sobre normas comuns disciplinadoras da concorrência comercial, como uma das metas do acordo. Optou-se pela adoção de “normas comuns”, incorporadas nos ordenamentos jurídicos nacionais, e, não, pela via convencional, por meio de tratados reguladores da atividade econômica na área. Essa opção prudente evitou longas e possivelmente infrutíferas discussões sobre normas concorrenciais, deixando aos países-membros a tomada de decisão sobre a oportunidade da política concorrencial coordenada, por meio de normas uniformes.

Como é notório, não há, nos países do Mercosul, tradição sobre o assunto. No caso do Brasil, em particular, constata-se enorme disparidade entre a aspiração de defender a concorrência livre e aberta, retratada na Lei nº 4.137, que data de 1962, e antes dela pela lei Agamenon Magalhães, de 1945, e a realidade efetiva da prática governamental e empresarial. De fato, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi criado à imagem do Federal Trade Commission dos Estados Unidos, como mecanismo teoricamente capaz de evitar práticas e condutas e abuso do poder econômico, inibidoras da livre competição. No entanto, é fato sabido, o CADE, em sua primitiva concepção, jamais pode exercitar suas atribuições com eficiência, tendo sido usado, inúmeras vezes, como forma de pressão contra empresas em atos regulares, mais do que como recurso efetivo contra práticas condenadas. Poucas vezes foi validamente acionado, não tendo produzido jurisprudência, em seus longos 34 anos de existência, suficientemente sólida para orientar o processo concorrencial.

3. A intervenção do Estado na economia e a livre concorrência

Na verdade, é difícil compatibilizar as normas da lei que criou o CADE, com a política governamental reiteradamente adotada no passado, de intervenção na economia privada, seja tabelando preços, seja criando órgãos de controle de preços, seja, ainda, estabelecendo monopólios e reservas de mercado, em

total contraste com os princípios do livre mercado. É certo que, com o processo inflacionário crônico que o país assistiu nas últimas décadas, a adoção de planos de estabilização econômica implicava na intervenção aguda nas práticas comerciais, retirando a liberdade ao empresário, limitando-lhe a faculdade de fixar preços, salários e decidir sua própria estratégia.

Esse fenômeno, a propósito, também se verificou nos Estados Unidos, onde o princípio da livre concorrência informa, há séculos, o sistema jurídico-econômico da nação. Na década de 1930, com a grande depressão que se instalou após a quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, registrou-se a intervenção do Estado na economia, continuando durante a Segunda Guerra Mundial, e retomada em épocas posteriores de inflação e recessão, até a controvertida iniciativa do governo Nixon de estabilizar preços em 1971, provocando grande número de manifestações contrárias e ações judiciais contestando a constitucionalidade da lei de estabilização

A ortodoxia do livre mercado e do liberalismo econômico do século XIX, abalada pelos acontecimentos que levaram à Primeira Guerra Mundial, com as crises econômicas que gerou, causadoras de desemprego em massa em quase todos os países ocidentais, teve de ser abandonada para superar os efeitos nefastos da crise. A política do *new deal* introduzida pelo governo Roosevelt, criando o *welfare state*, dá bem a medida da alteração sofrida na política econômica do país que sempre timbrou em observar o liberalismo.

As intervenções do Estado na economia, sobretudo para debelar o processo inflacionário ou para prestar assistência a camadas mais carentes da população, levaram economistas e cientistas políticos, como John Kenneth Galbraith, a sustentar até que a concorrência de mercado era coisa do passado.

Esse, também, foi o rumo que as economias latino-americanas tomaram nas últimas décadas, sobretudo a brasileira, às voltas não apenas com elevadas taxas de inflação, como também com recessão crônica, provocando sucessivas intervenções governamentais e idealização de planos de estabilização, nem sempre bem-sucedidos. Além disso, a política de substituição de importações sugerida pela CEPAL e o forte protecionismo do mercado brasileiro, impedindo o ingresso de produtos estrangeiros, fortaleceu o caráter intervencionista do Estado na economia, que tomou a feição de economia dirigida e não subordinada às normas da livre concorrência.

4. As modificações no panorama internacional e o neoliberalismo

As modificações ocorridas no panorama econômico internacional com a queda do muro de Berlim, a dissolução da União Soviética e o fim da guerra fria provocaram alterações profundas na economia dos países da América Latina, a começar pelo encerramento, tardio embora, dos regimes militares

instalados na região, com o estímulo dos Estados Unidos, no quadro de sua luta na guerra fria. Afastado o espectro da contaminação das idéias comunistas, com a falência do sistema implantado na União Soviética, os regimes militares anticomunistas perderam o pretexto para se manterem no poder e se desmoralizaram.

A crise do petróleo, o aumento da dívida externa, com a constatação da impossibilidade de seu pagamento, a derrocada do sistema de economia planificada, capitaneado pela antiga URSS e sua extinção quase que abrupta, a solidificação da Comunidade Econômica Européia, transformada em União Européia, com o tratado de Maastrich, a superação, pelos Estados Unidos, da antiga resistência em participar de blocos econômicos, ao criar, com o Canadá e México, o Nafta, fizeram com que a política de substituição de importações fosse também abandonada, com a adoção da economia de mercado, limitando a participação do Estado no processo econômico. Não foi por coincidência que a Constituição brasileira — uma das melhores que o país já teve — deixou inscrita, no art.174, norma que atende a aspiração da comunidade nacional sobre o assunto:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

O processo de estatização da economia, que os regimes militares provocaram, criando situações de monopólio, também foi reduzido pela norma constitucional do art. 173, que limitou a exploração direta pelo Estado de atividade econômica somente “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

A política de desestatização das economias nacionais passou a ser a tônica em todo o mundo, a começar pelos países que integram a União Européia, não ficando o Brasil e os demais membros do Mercosul à margem dessa tendência de retirar o Estado do processo econômico privado. O governo Reagan, pode-se dizer, foi talvez o que mais atuou nesse sentido, com a política de redução de impostos e de juros baixos, com o que reativou a economia norte-americana e estimulou a reorganização industrial, facilitando a prática de atos de concentração de empresas americanas, até mesmo como meio de defesa contra a crescente invasão de capitais estrangeiros, sobretudo japoneses, compradores de importantes complexos industriais e de serviços daquele país.

5. Adequação do Brasil à nova tendência internacional

As normas constitucionais brasileiras de 1988 revelam a profunda transformação que a nação impôs ao Estado, com a adequação das instituições

jurídicas e econômicas do País aos novos rumos da economia e política internacionais.

A abertura das importações, dessa forma, constituiu uma das decisões que atenderam aquelas aspirações e, mais do que isso, sintonizou o País com a tendência da economia internacional, profundamente modificada com o surgimento de novos atores, sobretudo os do Leste Europeu, ansiosos por investimentos estrangeiros e para participarem de maneira efetiva do processo econômico internacional. Possibilitou, também, o ingresso de novos concorrentes, criando condições para o fortalecimento da economia de livre mercado, não mais sujeito apenas aos produtores locais, também estimulados pela abertura das importações, a se modernizarem e capacitarem para enfrentar a competição externa. Por outro lado, os espaços econômicos, ampliados pelo Leste Europeu e Ásia, provocaram modificação no comportamento das empresas e a adoção de estratégia da globalização de diversos setores produtivos.

Nesse quadro, tem relevância a criação da Organização Mundial do Comércio, da qual o Brasil participa, resultante de longo processo de negociações da Rodada Urugui, do GATT, que revolucionou a sistemática até então observada do comércio internacional. A Organização, não mais mero tratado, como o GATT, estabeleceu, de forma clara e definida, princípios norteadores da abertura das economias nacionais, vedando ou reduzindo os subsídios agrícolas e o protecionismo oficial, não obstante não tenha impedido esse protecionismo disfarçado, como os decorrentes da tentativa de caracterizar como *dumping social* os produtos de países que, em virtude de sua estrutura econômico-social, apresentam custos de salários mais baixos do que os dos países industrializados, como é o caso da China, em particular.

6. O Código do Consumidor e a defesa da concorrência

A adoção do liberalismo, ou neoliberalismo, econômico pelo Brasil motivou a aprovação de diversas leis disciplinadoras da atividade empresarial, dentre as quais se destacam o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) - cuja efetividade e aceitação foram imediatas - e a Lei nº 8.884/94, que reformulou a estrutura do Conselho Administrativo de Defesa da Economia - CADE e a própria noção do conceito de infração à ordem econômica. O Código de Defesa do Consumidor, ao aprovar a Política Nacional de Relações de Consumo, ratifica os princípios estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal, que informam a ordem econômica brasileira, coibindo e reprimindo os abusos no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal (art. 4º), criando, ao mesmo tempo regras de proteção do consumidor. Suas normas são compatíveis com as de mercado livre, conferindo proteção ao consumidor contra excessos ou condutas abusivas das empresas e, assim, coerentes com as que disciplinam a concorrência e a concentração empresarial,

tendentes ao monopólio, com reflexos negativos nas relações de consumo. As hipóteses previstas no artigo 39 da lei são similares, algumas idênticas, às da Lei nº 8.884/94, que regula a prevenção e repressão ao abuso do poder econômico.

Essa lei teve surpreendente efetividade, com acatamento generalizado pela comunidade, cujas aspirações foram por ela atendidas, até mesmo pela criação de aparato estatal destinado a fazer cumprir suas disposições. De fato, embora representasse aparentemente novidade, com imposições de divulgação, pelos fabricantes, dos insumos e conteúdos dos produtos, normas específicas sobre contratos de adesão, princípios sobre publicidade e outros, a observância da Lei do Consumidor revelou o amadurecimento do empresário, de um lado, e do consumidor brasileiro, de outro, sobre as relações de consumo e o respeito pelas normas de concorrência. Revela também a sintonia do país com outras comunidades industrializadas, em que as relações de consumo tem sido objeto de atenção e normatividade acentuadas.

7. A abertura dos mercados e o Mercosul

A tendência de abertura do mercado, com a conseqüente necessidade de prover instrumental jurídico que o preserve contra práticas abusivas e que proteja o consumidor, também se refletiu no âmbito do Mercosul, tendo o Conselho da Organização aprovado o Protocolo nº 21/94 que estabeleceu uma pauta para a disciplina da defesa da concorrência.

Em linhas gerais, o Protocolo prevê que, em caso de violação à livre concorrência, o Estado-Parte apresentará à Comissão de Comércio pleito sobre a violação. O Estado-Parte em que tal violação se verificou iniciará a investigação no prazo de 30 dias, de acordo com sua própria legislação nacional. Se o Estado afetado, após o término das investigações, considerar que persistem os efeitos, recorrerá ao procedimento previsto no Protocolo de Ouro Preto que, como é sabido, reformulou profundamente a estrutura do Mercosul, dando-lhe personalidade jurídica internacional e caráter obrigatório e, assim, supranacional, às decisões da Comissão, das resoluções do Grupo Mercosul e às diretrizes da Comissão do Comércio.

A nova estrutura criada pelo Protocolo de Ouro Preto, a propósito, permite vislumbrar a atuação supranacional dos órgãos do Mercosul, em processo dinâmico que poderá, paulatinamente, acelerar a integração almejada. Há, ainda, resistência das autoridades governamentais em admitir essa supranacionalidade, apegando-se à estrutura de união aduaneira com que foi concebida a organização. Todavia, o caráter obrigatório das decisões, resoluções e diretrizes dos órgãos da entidade permite concluir a supranacionalidade dos seus efeitos, facilitando o aperfeiçoamento e desenvolvimento da Organização.

O Protocolo 21/94 contém, como anexo, o que denominou “Pautas Gerais de Harmonização”, estabelecendo critérios para a definição das normas de defesa da concorrência e solicitando aos Estados-Membros informações sobre a compatibilidade de suas respectivas legislações nacionais, ou projetos em tramitação, com as referidas pautas. Tem-se, dessa disposição, que se pretende harmonizar as leis nacionais sobre concorrência, com base nos parâmetros então estabelecidos.

As “*pautas gerais de harmonização*” prevêm a proibição de acordos e práticas concertadas entre os agentes econômicos e decisões de empresas que visem ou tenham por efeito impedir, restringir ou distorcer a concorrência. Vedam, ainda, o abuso de posição dominante, em todo ou em parte substancial do Mercosul, relacionando condutas que podem configurar abuso. Finalmente, as pautas contêm previsão de controle de atos de concentração de empresas, sem, contudo, proibi-las. E este é um aspecto importante, pois, deixando de proibir as concentrações, como atos contrários ou nocivos à concorrência, por si só, permite o seu controle com realismo, sobretudo em momento em que, em outros países, como nos Estados Unidos, essa concentração tem sido permitida, até mesmo para preservar a concorrência em certos setores oligopolizados, que demandam grandes investimentos.

8. Da lei uniforme sobre concorrência no Mercosul e suas dificuldades

Há que se destacar, ainda, as dificuldades de estabelecimento de lei uniforme nos países da área, seja quanto à definição das normas de aplicação interna e comunitária, seja quando à interpretação dessas normas. Não basta os Estados-Membros aprovarem norma idêntica, mas é necessário que a aplicação da norma se faça de modo uniforme, o que é altamente improvável, como ocorre com aplicação das leis uniformes, de maneira geral. Ademais, nem todos os países do Mercosul dispõem de legislação sobre abuso do poder econômico ou de controle da concorrência. Somente Argentina e Brasil possuem leis sobre o assunto e mecanismo de controle, mesmo assim com enfoques diferentes. Em todos, como se destacou, não há tradição de mercado livre e de normas concorrenciais, tratando-se de novidade que requer certo aprendizado, sobretudo pelas autoridades encarregadas da fiscalização dos atos tidos como contrários à concorrência.

Outra dificuldade a ser superada é a necessidade de distinção entre atos que interessam apenas ao âmbito interno de um Estado-Membro, sem repercussão nos demais, dos que interferem com estes, ensejando a atuação comunitária, o que requer duplicidade de órgãos para o exame desses atos.

A experiência européia, a esse respeito, pode ser útil, em seu longo percurso de implantação de ações de interesse comunitário, paralelamente às de interesse de apenas um Estado.

O processo de concentração de empresas, na Europa, acelerou-se a partir dos anos 80, registrando-se significativo aumento em relação ao período anterior, causado em grande parte pela unificação provocada pelo Tratado de Maastrich, que atraiu empresas sediadas fora da área e desejosas de participar das prerrogativas conferidas pela União Européia às empresas da região.

Dáí haver a Comissão da União Européia aprovado a Resolução nº 4.064/89, que instituiu o Regulamento Comunitário relativo ao Controle de Concentração entre empresas, para disciplinar os processos de concentração, com regras precisas e bem definidas que permitem distinguir os atos que afetem apenas um país-membro, dos que atingem a outros, dentro da Comunidade. O sistema de guichê único acolhido pela Resolução, permite que o interessado ingresse com seu pedido em um único órgão. A Comissão tem competência apenas para resolver procedimentos de concentração que afetem mais de um Estado-Membro, enquanto que os atos que não repercutem fora da esfera interna continuam sob a competência dos órgãos nacionais respectivos. Dessa forma, os Estados-Membros não podem adotar medidas restritivas contra operações subordinadas à Resolução, sendo-lhes facultado apenas tomar medidas de proteção de "*interesses legítimos*", tais como enunciados no próprio Regulamento, e que dizem respeito à segurança pública e regras prudenciais determinadas de interesse de um país-membro. Não há, nesse sistema, possibilidade de duplo controle: ou se faz pela Comunidade, nos termos do Regulamento, ou pelo Estado, nos casos que escapam à Resolução comunitária.

Esse sistema tem produzido bons resultados, a se considerar as manifestações da literatura sobre os efeitos da recente medida, que entrou em vigor apenas no ano de 1991.