

Análise do âmbito de aplicação do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul à luz da experiência comunitária europeia

Pedro Montenegro¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A evolução da economia brasileira. 3. Setor serviços no Brasil. 4. Setor serviços e defesa da concorrência. 5. O segmento bancário e financeiro. 6. A fusão de bancos e a competência do CADE. 7. Conclusão.

I — Introdução²

Com a ratificação pelo Congresso Nacional em 15.2.00 do Decreto Legislativo nº 6, de 2000³, que “aprova o texto do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul”⁴, torna-se necessária a realização de estudo sobre alguns dos dispositivos desse diploma, também conhecido como “Protocolo de Fortaleza”⁵. De fato, apesar da existência de dúvidas acerca da possibilidade de o Comitê de

1 Assessor Processual do CADE e Mestrando em Relações Internacionais na UnB.

2 Agradeço ao ex-Conselheiro do CADE Marcelo Calliari pelo apoio e pelas observações para a feitura deste artigo.

3 O referido Decreto Legislativo foi publicado no *Diário Oficial* da União de 16.2.2000, na seção 1, p. 1.

4 Ao tratar da “Internacionalização do Direito Internacional”, João Grandino Rodas, ressalta que “*O Brasil, após a Independência, continuou a seguir a tradição lusitana de promulgar os tratados já ratificados por meio de um decreto do Executivo*”. Segundo o autor, “*Consoante a praxe atual, a Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores redige o instrumento do decreto, que será acompanhado do texto do tratado e, eventualmente, de tradução oficial. Tal decreto é publicado no Diário Oficial da União, após assinatura do Presidente da República, referendada pelo Ministro das Relações Exteriores*” (in “*Tratados Internacionais*”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp. 54-55).

5 O Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, elaborado com base nas “Pautas Gerais de Harmonização” contidas no anexo da Decisão nº 21/94 do Conselho do Mercado Comum, foi assinado em Fortaleza em 17.12.1996 e compõe o Anexo da Decisão nº 18/96 do Conselho do Mercado Comum. A necessidade de existência de normas comuns sobre defesa da concorrência já havia sido enfatizada no próprio Tratado de Assunção. De fato, o tratado-marco do Mercosul dispõe, no seu artigo primeiro, que deverá ocorrer a “coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais (...) a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes”. Mais adiante, no seu artigo 4º, o Tratado de Assunção determina também que “os Estados-Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial”.

Defesa da Concorrência previsto pelo Protocolo poder passar a funcionar com a presença de representantes de somente dois dos Estados-Partes do Mercosul⁶, a eventual, ainda que peculiar, entrada em vigor do Protocolo, mereceria ser antecedida por uma discussão informada pela experiência da aplicação da legislação antitruste comum aos Estados-Membros da União Européia.

Tal experiência seria particularmente valiosa para a interpretação dos arts. 3º e 4º do Protocolo de Fortaleza, que dispõem o seguinte⁷:

“Art. 3º É da competência exclusiva de cada Estado-Parte a regulação dos atos praticados no respectivo território por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado ou outra entidade nele domiciliada e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se restringem”.

“Art. 4º Constituem infração às normas do presente Protocolo, independentemente de culpa, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados-Partes”.

São esses os dispositivos que determinam se um ato ou contrato lesivo às estruturas do livre mercado será considerado um “caso nacional” ou um “caso Mercosul”. Mais precisamente, são esses artigos que definem se a competência para reprimir tais atos ou contratos será das autoridades antitruste nacionais ou do Comitê de Defesa da Concorrência. Nesse sentido, a discussão acerca da aplicação do Protocolo de Fortaleza seria muito beneficiada por uma detida análise do alcance dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma⁸, que serviram

6 Tendo o Paraguai já internalizado o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, e sendo o mesmo passando ocorrendo a internalização do diploma pelo Brasil, estaria satisfeita a condição prevista pelo artigo 33 do Protocolo no sentido de que o mesmo “entrará em vigor trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratifiquem e, no caso dos demais signatários, no trigésimo dia após o depósito do respectivo instrumento de ratificação”. Deve ser ressaltado, no entanto, que tal dispositivo poderia, em princípio, ser entendido como contrário a disposições do direito originário do Mercosul (o Tratado de Assunção complementado pelo Protocolo de Ouro Preto). De fato, o artigo 37 do Protocolo de Ouro Preto dispõe que “As decisões dos órgãos do Mercosul serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados-partes”. A exceção a essa regra é justamente a relativa à tomada de decisões do Tribunal Arbitral previsto pelo Protocolo de Brasília.

7 Todos os grifos existentes nas citações de doutrina, jurisprudência e legislação foram por nós adicionados.

8 Desde a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, os artigos 85 e 86 do Tratado de Roma foram reenumerados para 81 e 82, respectivamente. No entanto, levando em consideração que a maior parte do material legislativo, jurisprudencial e doutrinário aqui analisado é anterior a essa alteração, utilizar-se-á a numeração estabelecida no Tratado de Roma.

de inspiração para a feitura do Protocolo⁹, bem como por uma breve notícia de recentes desenvolvimentos no Direito Comunitário Europeu, relacionados, principalmente, ao “Princípio da Subsidiariedade”, previsto pelo art. 3º (b) do Tratado de Roma, conforme emendado pelo Tratado de Maastricht.

Os citados artigos do Tratado de Roma dispõem o seguinte:

*“Art. 85. 1 São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas **que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros** e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, nomeadamente...”*

*“Art. 86. É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em **que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros**, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou **numa parte substancial deste**”.*

Da rápida comparação entre a redação dos artigos supracitados, podem ser percebidas duas importantes diferenças entre os dispositivos do Protocolo de Fortaleza e do Tratado de Roma. A primeira consiste no fato de que basta a suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Partes da União Européia para que ocorra a incidência da legislação comunitária de defesa da concorrência. A segunda diferença aparece no cotejo entre a proibição européia de abuso de posição dominante e o art. 3º do Protocolo, uma vez que aquela menciona que a prática anticoncorrencial poderá ser de competência dos órgãos do Mercado Comum¹⁰ também se ocorrer “numa parte substancial deste”.

II — A suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros da União Européia e o art. 4º do Protocolo de Fortaleza

Conforme salientado, a primeira importante diferença que se observa da comparação desses artigos com os do Protocolo de Fortaleza é que basta a sus-

9 Sobre os antecedentes e bases para a criação do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, vide “Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abusos de posição dominante e concentrações”, de Paulo Caliendo Velloso da Silveira, São Paulo, LTr, 1998.

10 Como se sabe, no âmbito administrativo, é a Comissão Européia, através da Direção -Geral IV (Concorrência), o órgão responsável pela proteção das estruturas de livre mercado na União Européia. Já o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – juntamente com o Tribunal de Primeira Instância – é o grande responsável pelo controle judicial das atividades da Comissão e gerador de relevantes julgados sobre defesa da concorrência.

etibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros da União Europeia para que ocorra a incidência da legislação comunitária de defesa da concorrência. Já tal suscetibilidade, como visto, não é suficiente para causar a aplicação do Protocolo de Fortaleza, cujo art. 4º dispõe que só são proibidos os atos que efetivamente produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e “que afetem o comércio entre os Estados-Partes”¹¹.

Uma interpretação razoável que decorre daí é, pois, a de que o âmbito de aplicação da legislação do Mercosul é mais restrito, neste ponto, do que a dos arts. 85 e 86 do Tratado CE. Assim, para que uma prática anticoncorrencial seja punida com base no Protocolo de Fortaleza, o comércio entre os Estados-Partes já deveria ter sido afetado¹².

Essa diferença é significativa porque se dá sobre um dos principais critérios para a aplicação da legislação comunitária de defesa da concorrência. De fato, como salienta Richard Whish, ao citar trecho da decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) no caso “Hugin”, “*The inter-state trade clause is therefore of central importance in EEC competition law, since it defines ‘the boundary between the areas covered by Community law and the law of the Member States’*”¹³.

Leituras amplas da “*inter-state trade clause*” já foram realizadas, principalmente no início da experiência comunitária europeia, no sentido de que bastariam efeitos potenciais para a aplicação do Tratado de Roma¹⁴. O mais interessante, porém, é salientar que, apesar desses entendimentos, o próprio TJCE já se manifestou diversas vezes no sentido de que, para que ocorra a incidência da legislação comunitária, uma determinada conduta deverá ter tido um “efeito sensível”¹⁵ sobre a concorrência. Esse critério, exposto na decisão do caso

11 Mister ressaltar que o artigo 2º do Protocolo de Fortaleza, apesar de tratar dos agentes econômicos passíveis de praticar ilícitos concorrenciais, traz importante norma sobre o âmbito de aplicação do diploma que, na verdade, corrobora o disposto no artigo 4º. Tal artigo dispõe justamente que “As regras deste Protocolo aplicam-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou 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”.

12 Posto de outra forma, o Protocolo de Fortaleza não terá a possibilidade de ser aplicado como a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe, no seu artigo 20, constituir “infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados...”.

13 Vide “Competition Law”, Butterworths, London, Third Edition, 1993, p. 215.

14 De fato, na obra “*Bellamy & Child - Common Market Law of Competition*” ressalta-se que “*it is not necessary to establish that the agreement or conduct has in fact affected trade between Member States; it is enough to show that it is capable of having an effect. A sufficient degree of probability must be demonstrated and the Commission must clearly set forth how it is envisaged trade could be affected. A speculative or a contrived possibility is not enough, but a potential effect is sufficient*” (Fourth Edition, Edited by Vivian Rose, London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 114).

15 Idem, p. 97.

“*Volk v. Vervaecke*” (Processo 5/69), foi várias vezes confirmado, como no processo “*Béguelin*”, quando se decidiu que, para que a competência da Comissão fique configurada, “*the agreement must affect trade between Member States and the free play of competition to an appreciable extent*”¹⁶.

Uma das importantes decorrências da adoção desse critério, além da geração de maior eficiência e segurança jurídica no que tange à repartição de competências entre autoridades comunitárias e nacionais de defesa da concorrência, foi a construção da “*de minimis doctrine*” pela Comissão Européia. Tal “doutrina”, descrita nas várias edições da “Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não são abrangidos pelo nº 1 do art. 85 do Tratado que institui a Comunidade Européia”¹⁷, afirma justamente que casos pouco significativos ficam excluídos da apreciação comunitária, independentemente de outras características. De fato, o item 9 dessa Comunicação dispõe que “A Comissão considera que os acordos entre empresas de produção ou de distribuição ou de prestação de serviços não são abrangidos pela proibição do nº 1 do art. 85 do Tratado CE quando as quotas de mercado do conjunto das empresas participantes não ultrapassarem, em nenhum dos mercados em questão: a) O limiar de 5% quando o acordo for concluído entre empresas que operam no mesmo estágio da produção ou da comercialização (acordo “horizontal”); b) O limiar de 10%, quando o acordo for concluído entre empresas que operam em estágios diferentes do processo econômico (acordo “vertical”)”.

A Comissão Européia resume sua posição atual quanto ao assunto da seguinte forma:

*“The competition rules are only concerned with agreements or conduct which may affect ‘trade between Member States’. Anti-competitive conduct which is purely national in scope may be controlled under the competition laws of individual Member States. Agreements which do not have an appreciable effect on either competition, or trade between Member States, fall outside the scope of Article 85 n(1) and are not prohibited (the de minimis doctrine)”*¹⁸.

16 Trata-se do caso “*Béguelin Import v. G.L. Import Export*” (22/71), ECR 1211 [1971] ECR 949 [1972]. Para uma análise desses critérios, vide Bellamy & Child, ob. cit., pp. 118-125.

17 A última edição desta Comunicação foi publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias (JOCE) no JOCE 97/C 372/04, de 9.12.1997. Sobre sua aplicação, vide a notícia contida na “*Competition Policy Newsletter*” (Direção Geral de Concorrência da Comissão Européia, 1998, nº 1, fevereiro, Luxemburgo, p.49) de que “*La Commission a appliqué par la première fois sa nouvelle communication ‘de minimis’ dans l’affaire IV/36180 Relais et Chateaux*”.

18 Vide “*Dealing with the Commission: notifications, complaints, inspections and fact-finding powers under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*”, Bruxelas, 1998. p. 7.

Depreende-se daí que a Comissão Europeia, após mais de quarenta anos de experiência, concluiu que, se uma prática anticoncorrencial não afeta concretamente e de forma sensível o comércio comunitário, deve esta ser investigada pelos órgãos antitruste dos Estados-Membros.

III — O abuso de posição dominante “numa parte substancial” do Mercado Comum

A segunda importante diferença entre as duas legislações aparece, conforme mencionado, no cotejo entre o art. 3º do Protocolo de Fortaleza¹⁹ e a proibição, contida no art. 86 do Tratado de Roma, do abuso de posição dominante, que será anticoncorrencial quando realizado no Mercado Comum “ou numa parte substancial deste”.

Seria, não resta dúvida, pouco razoável exigir que a aplicação da legislação comunitária só ocorresse naqueles casos em que o mercado relevante geográfico se identificasse com a totalidade do território do Mercado Comum Europeu. Por isso, a idéia de que a legislação comunitária deva ser aplicada também quando a prática ocorrer numa “parte substancial”²⁰ do Mercado Comum foi, no início, bem aceita pela doutrina europeia. Ocorre que a tarefa de definir o que é uma “parte substancial” do Mercado Comum é bastante complexa e gerou importantes e controversos julgados como “*Suiker Unie*”²¹. Neste caso, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias entendeu que uma área subnacional (a região meridional da então Alemanha Ocidental, especificamente) poderia ser considerada, para fins de aplicação da legislação comunitária de defesa da concorrência, “parte substancial” do Mercado Comum.

Desde então, uma das maiores dificuldades para a aplicação do art. 86 do Tratado de Roma tem sido a de determinar se uma área subnacional merece ou não ser qualificada como “parte substancial” do Mercado Comum²². A questão, obviamente, não é trivial e sua resposta, se positiva, implicaria numa

19 Ressalte-se que o art. 3º do Protocolo de Fortaleza determina que, além dos abusos de posição dominante, os acordos anticoncorrenciais cujos efeitos se restrinjam ao território de um Estado-Parte serão investigados somente pela autoridade antitruste nacional, com base na sua legislação interna.

20 A expressão “parte substancial” do Mercado Comum, saliente-se a título de clareza, não se confunde com a delimitação do mercado relevante geográfico.

21 Vide Bellamy & Child, ob. cit., pp. 615-616.

22 Valentine Korah, na obra “*An Introductory Guide to Competition Law and Practice*” (Sixth Edition, 1997, Hart Publishing, London, p. 95), afirma que nem a Comissão Europeia nem o TJCE tentaram traçar qualquer porcentagem definindo os limites dessa parte substancial. Lembrando a atuação de Ehlermann à frente da Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia, quando se tentou aplicar as mesmas regras descentralizadoras da regulação das concentrações na União Europeia para as práticas previstas nos arts. 85 e 86, a autora escreveu que “*If the Commission adopts for article 86 the concepts developed for mergers, he will have done well*”.

retirada de competência das autoridades nacionais de defesa da concorrência para a apreciação de práticas que estariam restritas a seus territórios, mas que, por força da legislação comunitária, seriam dirimidas pela Comissão Europeia.

O importante é salientar que recentes desenvolvimentos no direito comunitário da concorrência têm apontado no sentido de que práticas anticoncorrenciais, cujos efeitos sejam essencialmente nacionais, devem ser apreciadas pelas autoridades antitruste nacionais, mesmo que possam, eventualmente, afetar o comércio entre os Estados-Membros²³.

Essa é uma das conclusões da “Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros no que diz respeito ao tratamento dos processos no âmbito dos arts. 85 e 86 do Tratado CE”²⁴. Nessa Comunicação, foi estabelecida a seguinte regra geral:

“Para determinar quais os processos a serem tratados por si, a Comissão toma em conta os efeitos do acordo, decisão ou prática concertada ou do abuso de posição dominante e a natureza da infração.

Em princípio, serão tratados pelas autoridades nacionais os processos que produzem essencialmente os seus efeitos no respectivo território, relativamente aos quais um exame prévio revela que não podem em princípio beneficiar-se de uma isenção nos termos do n.º 3 do art. 85”²⁵.

Ao versar sobre os “efeitos essencialmente nacionais”, a Comunicação chama atenção ainda para o seguinte entendimento:

“Nestes termos, pode-se considerar que os efeitos reais e previsíveis de um acordo, decisão e prática concertada ou de um abuso de posição dominante se encontram estreitamente ligados ao território em que o acordo ou a prática é aplicado, bem como ao mercado geográfico em causa para os produtos ou serviços relevantes.

23 Uma importante exceção a essa regra é a relativa à prática conhecida como “proteção territorial absoluta”. Richard Whish salienta a esse respeito que “*In EEC law generally, one of the prime aims of the Commission and Court is to ensure that goods and services can be sold throughout the Community, unimpeded by obstacles to trade imposed by Member States or erected by private undertakings. In particular, the Community authority will endeavour to ensure national markets do not become impregnable to ‘parallel imports’ from other Member States: a producer of widgets can agree to sell his products only to distributor X in France, but he cannot go further and agree to ensure that no-one else will ever import his widgets into France. This would be to confer absolute territorial protection on X, meaning that he would face no intra-brand competition from parallel goods at all. Only in the rarest of circumstances would this be permitted*”. Ob. cit., p. 46.

24 Vide JOCE de 15.10.97 - 97/C 313/03.

25 Vale notar, porém, que a Comunicação também afirma que, em casos de interesse particular para a Comunidade, acordos restritos ao território de um Estado-Membro, embora não dizendo respeito à importação nem à exportação, podem ser objeto de análise pela Comissão Europeia. Segundo o item 34 da Comunicação, “São abrangidos por esta categoria os processos que colocam um problema jurídico novo, isto é, que ainda não tenham sido objeto de uma decisão da Comissão ou de um acórdão do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Primeira Instância”.

28. *Sempre que o mercado geográfico em causa é um mercado limitado ao território de um Estado-Membro e o acordo ou prática é aplicado apenas nesse Estado-Membro, dever-se-á considerar que os seus efeitos se produzem essencialmente nesse Estado-Membro, mesmo que, por hipótese, esse acordo ou essa prática seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros”.*

Assim, fica claro que a própria Comissão Europeia entende que a sua atuação só deve ocorrer naqueles casos de difícil solução pelas autoridades nacionais²⁶, isto é, quando a prática investigada ocorra sobre um mercado relevante geográfico que envolva porções do território de dois ou mais Estados-Membros da União Europeia.

Apesar da importância dessa discussão para salientar os limites — e a própria eficácia — da aplicação de uma legislação comum de defesa da concorrência, pode-se concluir que a mesma não se fará, em princípio, presente ao aplicador do Protocolo de Fortaleza. Isso porque o legislador do Mercosul, além de não ter reproduzido qualquer idéia semelhante à de “parte substancial” do território da União Aduaneira, manifestou-se claramente, no art. 3º do Protocolo, no sentido de não permitir ao Comitê de Defesa da Concorrência apreciar atos ou acordos anticoncorrenciais cujos efeitos se restrinjam aos territórios nacionais.

Na verdade, cabe salientar que o próprio Protocolo sugere que sua aplicação deverá ocorrer somente em casos nos quais o mercado relevante geográfico seja um de natureza transfronteiriça. De fato, ao determinar, no seu art. 7º, que os Estados-Partes adotariam, em dois anos, normas relativas ao controle de atos de concentração econômica, o Protocolo ressalta que esses atos ou contratos seriam aqueles que pudessem “resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços” no âmbito do Mercosul²⁷.

Como não seria razoável imaginar que o legislador do Mercosul tenha pretendido aplicar o Protocolo somente naqueles casos em que a totalidade do território do bloco econômico fosse afetada por determinada prática anticoncorrencial, uma interpretação válida é justamente a de que bastaria que tal conduta ocorresse em mercado relevante geográfico transfronteiriça envolvendo

26 De fato, segundo a mencionada Comunicação sobre cooperação, “As investigações por parte de uma autoridade para além das fronteiras nacionais, nomeadamente quando é necessário proceder a verificações nas empresas, bem como a execução extraterritorial das decisões dessa autoridade, deparam, de fato, com grandes dificuldades de ordem jurídica. Por conseguinte, a maior parte das vezes é a própria Comissão que tem de tratar os processos que envolvem empresas cujas atividades pertinentes são exercidas em diferentes Estados-Membros”.

27 A redação integral do artigo é a seguinte: “Art. 7º. Os Estados-Partes adotarão, para fins de incorporação à normativa do MERCOSUL e dentro do prazo de 2 anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos, sob qualquer forma manifestadas, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou *resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços*, inclusive aquelas que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul”.

porção do território de no mínimo Estados-Partes para que o Comitê de Defesa da Concorrência pudesse ser acionado.

IV — Recentes desenvolvimentos no Direito Europeu: conseqüências do Princípio da Subsidiariedade

Existem, não há dúvida, outras disposições, algumas bastante antigas, como as do Regulamento 17/62, que declaram a competência das autoridades nacionais para apreciar as práticas e acordos que se restrinjam ao território de um Estado-Membro da União Européia²⁸. O mais interessante, porém, é ressaltar que mesmo antigos julgados do TJCE, como o da Indústria Européia do Açúcar, que declaravam ser da competência da Comissão Européia a investigação de práticas restritas ao interior de um Estado-Membro ou outras disposições que tratam da divisão de tarefas entre os órgãos comunitários e nacionais de defesa da concorrência devem hoje ser lidas sob a luz do Princípio da Subsidiariedade.

Este princípio, contido no art. 3º (b) do Tratado de Maastricht, demonstra a clara intenção do legislador comunitário de descentralizar, quando possível, todas as decisões antes tomadas exclusivamente pelos órgãos comunitários:

“Art. 3º (b). A Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado.

Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

28 O Regulamento 17/62 do Conselho de Ministros dispõe, por exemplo, no seu artigo art. 4º, item 2 que “O n.1 não é aplicável aos acordos, decisões e práticas concertadas, quando:

1) *Neles participem apenas empresas de um único Estado-Membro e tais acordos, decisões ou práticas não digam respeito à importação nem à exportação entre Estados-Membros.*

2) *Neles participem apenas duas empresas e tais acordos tenham somente por efeito: a) Restringir a liberdade de formação dos preços ou condições de transação de uma das partes contratantes quando da revenda de mercadorias que adquira à outra parte contratante; ou b) Impor restrições ao exercício de direitos de propriedade industrial ao adquirente ou ao utilizador — nomeadamente patentes, modelos de utilidade, desenhos e modelos ou marcas — ou ao beneficiário de contratos relativos à cessão ou concessão do direito de usar processos de fabrico ou conhecimentos relacionados com a utilização e a aplicação de técnicas industriais.*

3) *Tenham apenas por objeto: a) A elaboração ou a aplicação uniforme de normas ou de tipos; b) A investigação e o desenvolvimento em comum; c) A especialização no fabrico de produtos, incluindo os acordos necessários à sua realização, quando os produtos objeto da especialização não representarem, numa parte substancial do Mercado Comum, mais do que 15% do volume de negócios realizado com produtos iguais ou considerados similares pelo utilizador, em razão das suas propriedades, preço e uso, e quando o volume de vendas anual total realizado pelas empresas participantes não ultrapassar 200 milhões de ecus.*

A ação da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado”.

O Princípio da Subsidiariedade, como não poderia deixar de ser, teve significativo impacto na formulação da Política Comunitária da Concorrência. Seus efeitos vieram justamente no seguinte sentido, previsto por Richard Whish em 1993:

“... it is conceivable that the principle of subsidiarity, which will be found in Article 3 (b) of the Rome Treaty (sic) of the Maastricht Treaty on European Union, may mean that a stricter approach will be taken to the inter-state trade clause in the future, thereby effectively handing jurisdiction over some cases back to the Member States”²⁹.

Foi, de fato, levando em consideração esse princípio que a Comissão expediu a já mencionada Comunicação sobre cooperação com as autoridades nacionais de defesa da concorrência e, mais importante, colocou em consulta pública o “Livro Branco sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos Arts. 85 e 86 do tratado CE”³⁰. O “Livro Branco”, buscando justamente tornar mais eficaz a atuação da Comissão no combate a condutas anticoncorrenciais, dispôs o seguinte acerca dos “objetivos da reforma”:

“42. Neste contexto, a Comissão considera que para tentar obter este equilíbrio e para cumprir a sua missão institucional, deve dispor de um quadro processual que lhe permita em primeiro lugar centrar a sua atividade na luta contra as restrições mais graves e, em segundo lugar, permitir a descentralização da aplicação das regras de concorrência comunitárias, preservando simultaneamente a coerência da política de concorrência na Comunidade”.

Várias são as medidas descentralizadoras sugeridas pelo “Livro Branco” e, muito embora não caiba tratar delas aqui, cumpre salientar que todas vão no sentido de deixar a cargo dos Estados-Membros a repressão de atos e acordos anticoncorrenciais que ocorram dentro dos seus territórios, mesmo que possam, eventualmente, atingir o comércio comunitário.

V — Conclusão

A análise da experiência comunitária européia sobre o âmbito de aplicação dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma fornece, pois, interessantes subsídios

29 Ob. cit., p. 215.

30 Disponível na página da Internet da Direção-Geral de Concorrência da Comissão Européia (DG IV) no seguinte endereço: http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/other.htm#dgiv_pdf_wb_modernisation

para a interpretação dos arts. 3º e 4º do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul. Conforme demonstrado, esses artigos, ao contrário daqueles dispositivos, não conferem tamanhos poderes aos órgãos intergovernamentais do Mercosul, impedindo-os de julgar práticas anticoncorrenciais ocorridas no interior do território de somente um Estado-Parte.

Aliás, é interessante salientar que, aparentemente, essa foi a própria vontade do legislador do Mercosul. Essa conclusão decorre da simples análise do conteúdo das “Pautas Básicas sobre Defesa da Concorrência do Mercosul”³¹, que, contidas na já mencionada Decisão nº 21/94, do Conselho do Mercado Comum, constituíram passo inicial nas discussões relativas à criação do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul e a ele deram lugar. Tais Pautas Básicas dispõem o seguinte nos seus arts. 3º e 4º:

“Artigo 3º. São proibidos os acordos e as práticas concertadas entre os agentes econômicos e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou distorcer a concorrência e o livre acesso ao mercado na produção, processamento, distribuição e comercialização de bens e serviços, em todo ou em parte do Mercosul, e que possam afetar o comércio entre os Estados-Partes”.

“Artigo 4º. Fica igualmente vedado que um ou mais agentes econômicos abusem de uma posição dominante, em todo ou em parte substancial do Mercosul”.

Tratam-se, pois, de dispositivos que previam uma evidente vontade do legislador do Mercosul de retirar competências das autoridades nacionais de defesa da concorrência. Se o conteúdo de tais Pautas Básicas tivesse entrado em vigor, poder-se-ia até argumentar que práticas potencialmente anticoncorrenciais que pudessem eventualmente ocorrer em território subnacional identificado como “parte substancial do Mercosul” seriam da competência do atual Comitê de Defesa da Concorrência. Não é, como visto, o que depreende-se do Protocolo de Fortaleza, de maneira que as competências dos órgãos antitruste nacionais permaneceram intactas para investigar e punir essas espécies de condutas.

De todo o exposto, e levando em consideração mais esse indício da vontade do legislador do Mercosul, pode-se retirar as seguintes conclusões da presente análise: 1) o comércio entre os Estados-Partes do Mercosul deverá ter sido efetiva e concretamente afetado para que ocorra a aplicação do art. 4º do Protocolo de Fortaleza; 2) o Comitê de Defesa da Concorrência, dada a extensão do disposto no art. 3º do Protocolo, só poderá atuar naqueles casos em que o mercado relevante geo-

31 Vale notar que tais Pautas Básicas, conforme mencionado na nota 5 *supra*, constam tão-somente de uma Decisão do Conselho do Mercado Comum que não demandou aprovação por parte dos Poderes Legislativos dos Estados-Partes e que, portanto, não teve o condão de revogar legislações nacionais sobre defesa da concorrência.

gráfico englobe porções do território de dois ou mais Estados-Partes do Mercosul, isto é, quando se trate de um mercado relevante geográfico “transfronteira”.

Tais conclusões sugerem, então, a necessidade de que sejam desenvolvidos outros mecanismos para garantir a defesa da concorrência no Mercosul. Uma interessante solução nesse sentido seria promover a assinatura de acordos de cooperação técnica entre os órgãos nacionais de defesa da concorrência dos Estados-Partes do Mercosul. É importante salientar que tais acordos, que antes restringiam-se a meras consultas realizadas entre órgãos antitruste quanto a eventuais práticas anticoncorrenciais de escopo internacional, hoje possuem importantes mecanismos e relevantes conceitos, como o de “*positive comity*”, que facilitam a punição de tais condutas ilícitas. Basta uma rápida análise da implementação dos acordos de cooperação técnica firmados pelos Estados Unidos com a União Européia³² e com o Canadá³³ para demonstrar o quanto a assinatura destes instrumentos pode contribuir para uma aplicação efetiva das respectivas legislações de defesa da concorrência e para a proteção das estruturas de mercado.

Em conclusão e com base nas observações acima realizadas, sugere-se que os legisladores do Mercosul desenvolvam mecanismos complementares ao Protocolo de Fortaleza para alcançar o objetivo, contido no Tratado de Assunção, de “assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes”. Uma atuação nesse sentido, principalmente através da assinatura de modernos acordos de cooperação técnica entre os Estados-Partes do bloco econômico, consistiria numa forma de implementar a política de defesa da concorrência do Mercosul em consonância com os princípios de “gradualidade, flexibilidade e equilíbrio”, que, previstos no Preâmbulo do Tratado de Assunção, informam todo o processo de integração regional³⁴.

32 No item relativo a “*positive comity*” (“*cortesia positiva*”), o referido acordo dispõe que “*The competition authorities of a Requesting Party may request the competition authorities of a Requested Party to investigate and, if warranted, to remedy anticompetitive activities in accordance with the Requested Party’s competition laws. Such a request may be made regardless of whether the activities also violate the Requesting Party’s competition laws, and regardless of whether the competition authorities of the Requesting Party have commenced or contemplate taking enforcement activities under their own competition laws*”. Vide o acordo na página da Internet <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/en/dftusa.htm>.

33 Vide, na página da Internet <http://www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/uscan721.htm>, o “*Agreement between the government of the United States of America and the government of Canada regarding the application of their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws*”.

34 Segundo a lição de José Ângelo Estrella Faria, esses três princípios, no contexto em que têm sido empregados, permitem as seguintes conclusões: “a) o estabelecimento do Mercado Comum do Sul se dará por etapas sucessivas, em escala crescente de intensidade; b) as disposições, os planos, os prazos e tudo o mais que disser respeito ao MERCOSUL não terão caráter rígido, mas sim “maleável”; c) os interesses em jogo, assim como as vantagens resultantes do MERCOSUL deverão ser proporcionalmente equivalentes para todos os países” (in “O MERCOSUL: Princípios, finalidades e alcance do Tratado de Assunção”, Senado Federal, 1993, p. 3).