

DIREITO ANTITRUSTE NO MERCOSUL: DO TRATADO DE ASSUNÇÃO AO ACORDO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza¹
Marcelo César Guimarães²

RESUMO

O presente trabalho busca realizar um estudo sobre a proteção da concorrência no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Nesse contexto, pretende-se analisar a concorrência e a importância de seu disciplinamento pelo Direito, enfatizando a necessidade de uma regulamentação em âmbito internacional. Além disso, será estudada a relação existente entre concorrência e integração, demonstrando que a normatização concorrencial em nível regional deve ser estimulada por possibilitar a criação de um Direito Internacional da Concorrência. Finalmente, será examinado o regime antitruste existente no MERCOSUL, analisando-se o disposto desde o Tratado de Assunção até as mais recentes inovações introduzidas pela Decisão CMC n.º 43/2010, que aprovou o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL.

Palavras-chave: Concorrência; Concorrência em Espaços Integrados; MERCOSUL; Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL.

ANTITRUST LAW IN MERCOSUL: FROM THE TREATY OF ASUNCIÓN TO THE COMPETITION AGREEMENT

ABSTRACT

This study aims to analyze the protection of competition in the Mercado do Cone Sul (MERCOSUL). The competition and its importance according to specific laws will be examined, emphasizing the requirement for an international regulation. Moreover, it will be studied the relationship between competition and integration, arguing that the regulation of competition should be encouraged because it allows the establishment of an effective International Competition Law. Finally, the antitrust regime in MERCOSUL will be examined, analyzing the provisions from the Treaty of Asunción to the latest innovations introduced by the CMC Decision n.º 43/2010, which approved the MERCOSUL Competition Agreement.

Keywords: Competition; Competition in Integrated Spaces; MERCOSUL; MERCOSUL Competition Agreement.

¹ Professora Associada. Deptº Direito Público Especializado. CCJ. UFPE. E-mail: eugenia.barza@ufpe.br

² Acadêmico, Faculdade de Direito do Recife/ CCJ. UFPE. E-mail: marcelocgui@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar um estudo sobre a proteção da concorrência no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Nesse contexto, pretende-se analisar a concorrência e a importância de seu disciplinamento pelo Direito, ressaltando a necessidade de uma regulamentação em âmbito internacional. Ademais, será estudada a relação existente entre concorrência e integração, demonstrando que a normatização concorrencial em nível regional deve ser estimulada por possibilitar a criação de um Direito Internacional da Concorrência. Por fim, será examinado o regime antitruste existente no MERCOSUL, analisando-se o disposto desde o Tratado de Assunção até as mais recentes inovações introduzidas pela Decisão CMC n.º 43/2010, que aprovou o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL.

Sob esse prisma, cabe ressaltar a importância da concorrência, grande impulsionadora da economia de mercado, para a sociedade, uma vez que estimula a competição entre empresas atuantes em um mesmo mercado e as compele a operar de forma salutar na busca no consumidor. O Direito Antitruste surge, assim, para assegurar a liberdade de iniciativa, de sorte a impedir o desenvolvimento da concorrência predatória.

Nesse contexto, diante da intensificação do processo de globalização a partir da década de 1970, marcada por uma abertura cada vez maior dos mercados ao comércio mundial e por um poder mais forte das empresas transnacionais, a regulamentação da concorrência assume papel mais relevante, uma vez que, cada vez mais, aquela é lesionada, com consequentes efeitos nocivos a toda a sociedade internacional.

Diante disso, percebe-se que o estudo do Direito Antitruste não mais pode ser restrito ao prisma do direito interno, o qual se revela insuficiente para controlar atividades que se exercem globalmente. Dessa forma, deve-se proceder a uma análise internacional daquele direito, de sorte a ser absolutamente necessário o desenvolvimento de um Direito Internacional da Concorrência.

Nesse sentido, uma das formas de se alcançar uma proteção internacional da concorrência é através do desenvolvimento do Direito Antitruste nos espaços de integração econômica, como o MERCOSUL. É que se se concretizar um sistema concorrencial regional será possível, posteriormente, realizar um diálogo entre os diversos blocos, de sorte a se desenvolver um efetivo Direito Internacional da Concorrência.

Por outro lado, deve-se ressaltar que o Direito Antitruste tem uma função essencial única nos espaços regionais, que é o aprofundamento da integração. Desse modo, os diversos

blocos regionais devem desenvolver uma eficaz proteção da concorrência em seus respectivos espaços para que seja possível a própria concretização da integração.

Assim, a criação de sistemas antitruste regionais revela-se fundamental, uma vez que a garantia da livre concorrência é não apenas indispensável ao estabelecimento do espaço de integração regional, como também essencial para que seja obtido um Direito Internacional da Concorrência.

Contudo, são conhecidos poucos processos de integração que possuem uma efetiva proteção concorrencial em âmbito regional, como é o caso da União Europeia. Nesse sentido, o aprofundamento do estudo da matéria em outros espaços de integração, como o MERCOSUL, mostra-se imprescindível para a concretização da defesa da concorrência no prisma regional, o que pode ser o caminho para a obtenção de um Direito Internacional da Concorrência.

Dessa forma, o presente trabalho realizará uma análise acurada da defesa da concorrência no MERCOSUL, iniciando o estudo pelo Tratado de Assunção, alicerce fundamental de todo o processo de integração da mencionada região. Em seguida, serão examinadas a Decisão CMC n.º 21/94, que estabeleceu a regulamentação provisória do direito antitruste aplicável às empresas, e a Decisão CMC n.º 18/96, que introduziu o Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, também conhecido como Protocolo de Fortaleza. Além disso, serão comentadas as Decisões CMC n.º 4/2004 e n.º 15/2006, as quais amadureceram a proteção concorrencial, ressaltando o desenvolvimento da cooperação entre os Estados-Partes. Finalmente, será analisada a Decisão CMC n.º 45/2010, a qual aprovou o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, diploma que atualmente disciplina o Direito Antitruste no aludido espaço de integração.

1. CONCORRÊNCIA, DIREITO CONCORRENCIAL E DIREITO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA

Não sendo conceito jurídico, mas econômico, a concorrência diz respeito à disputa entre empresas na conquista de novos mercados, para obterem uma maior penetração de seus produtos ou serviços (MARQUES, 2006: 107), isto é, à relação existente entre determinadas empresas, as quais se encontram, circunstancial e simultaneamente, vendendo produtos ou ofertando serviços de mesma espécie a um grupo identificado de consumidores (GOYDER, 1993: 8 *apud* CELLI JÚNIOR, 1999: 52).

Nesse contexto, a concorrência é o fundamento da economia de mercado e a grande impulsionadora da competição entre as empresas que atuam num mesmo mercado, fazendo aquelas operarem de modo salutar na busca pelo consumidor (MARQUES, 2006: 108). É que, segundo grande parte dos economistas, a concorrência aporta efetivos benefícios, como, por exemplo, a alocação de recursos em conformidade com as preferências dos consumidores (ao que se denomina eficiência alocativa). Ademais, a concorrência impulsiona a realização de investimentos em pesquisas tecnológicas (CELLI JÚNIOR, 1999: 52/53), além de pressionar os produtores e vendedores a realizarem um contínuo processo de aprimoramento, sob pena de exclusão do mercado (MARQUES, 2006: 108).

Nesse sentido, costuma-se identificar cinco grandes tipos ou estruturas de mercado, de acordo com a intensidade da concorrência: a concorrência perfeita, a concorrência imperfeita ou monopolística, o oligopólio (com o seu correspondente oligopsônio), o monopólio (com o seu correspondente monopsônio) e o monopólio bilateral. Desse modo, verifica-se que a concorrência refere-se a uma questão de grau (máxima no regime da concorrência perfeita e inexistente no monopólio bilateral, ainda que, mesmo nesta hipótese, não se possa ser considerada de grau zero, visto haver a constante possibilidade de um novo concorrente entrar no mercado) e não algo que, pura e simplesmente, exista ou não (NUSDEO, 2008: 267/277).

Sob esse prisma, um alto grau de concorrência é constatado diante da presença de diversos fatores, dentre os quais o mais importante é um número razoavelmente elevado de agentes atuantes no mercado. Assim, a diminuição gradual em determinado mercado da quantidade de atores ou a união de vários deles com o fito de formar um único centro decisório gera a redução da intensidade da concorrência, de sorte a caracterizar o fenômeno da concentração econômica. Este pode se dar de modo vertical (quando há a aglutinação de vários estágios de produção de um bem por uma mesma empresa ou grupo), horizontal (caso em que a concentração ocorre num mesmo estágio de processo produtivo) ou, ainda, pela formação de conglomerados (quando atividades distintas, e, em alguns casos, até mesmo desconexas, são conduzidas sob a autoridade de um único centro decisório). A seu turno, formalmente, tais processos podem ser concretizados por meio de vários mecanismos, tais quais a formação de cartéis, trustes e *holdings* (NUSDEO, 2002: 46/55; NUSDEO, 2008: 267/277).

Diante disso, constata-se que nos mercados onde não há intervenção ou regulamentação governamental, a competição inevitavelmente leva à formação de grupos detentores de grandes parcelas de poder, como se observou nos Estados Unidos no fim do

século XIX. Foi precisamente nesse contexto que nasceu o Direito da Concorrência (também conhecido como Direito Antitruste), diante da enorme quantidade de indústrias que abusavam de seu poder econômico, buscando, de modo concertado, através da formação de trustes, aumentar sua participação acionária e influência em outras indústrias estratégicas, de sorte a sustentar os preços elevados (CELLI JÚNIOR, 1999: 51, 55).

Dessa forma, o Direito da Concorrência está imerso em imensos paradoxos, uma vez que, para garantir a liberdade de iniciativa, deve proibir e sancionar iniciativas, sendo, pois, o direito da anarquia do mercado, a organização da desorganização (COELHO, 1995: prefácio *apud* CELLI JÚNIOR, 1999: 55/56). Assim, o Direito Antitruste deverá tratar, especialmente, com quatro diferentes tipos de problemas: impedir grupos ou empresas de entabular acordos entre si ou entre terceiros, que provoquem a restrição da concorrência; controlar as tentativas de grupos ou empresas monopolistas com posição dominante de abusarem de tal situação e obstaculizarem o ingresso de novos concorrentes; assegurar a manutenção da concorrência factível entre oligopólios e fiscalizar fusões entre grupos ou empresas independentes, de sorte a impedirem que resultem na concentração do mercado e na redução da concorrência (CELLI JÚNIOR, 1999: 56/57). Nesse sentido, classificam-se, normalmente, as normas de Direito Concorrencial em dois grupos: as que procuram controlar os comportamentos e as que objetivam o controle das estruturas (SALOMÃO FILHO, 2002: 17).

Sob esse prisma, a regulamentação e a aplicação das normas de Direito Concorrencial devem atender fins econômicos e não econômicos. Dentre os primeiros, o principal é a maximização da riqueza econômica do consumidor por meio da adoção dos recursos escassos e do melhor aproveitamento de tais recursos, através do progresso no desenvolvimento de novas técnicas produtivas e novos bens. Em relação aos fins não econômicos, os quais são os mais variados, podem-se citar a dispersão do poder econômico e redistribuição da riqueza, a promoção da justiça econômica, o aumento das oportunidades empresariais e a estabilização econômica. Contudo, vale destacar que tais fins nem sempre são complementares, razão por que a legislação antitruste vai refletir uma escolha política feita quando da sua elaboração (CUNHA, 2003: 24/26).

Por sua vez, cabe ressaltar que em processos de integração econômica, como é o caso da União Europeia e do MERCOSUL, além dos fins acima aduzidos, a legislação de defesa da concorrência possui o importante fim de promover o aprofundamento da integração, auxiliando, de acordo com o caso, na concretização da zona de livre comércio, da união aduaneira, do mercado comum ou da união econômica (CUNHA, 2003: 26).

Nesse contexto, é preciso acrescentar que a intensificação do processo de globalização econômica, a partir da década de 1970, acarretou um fortalecimento e um crescimento das empresas transnacionais, constatando-se importantes alterações no mercado, não raro com conseqüentes lesões à concorrência. Assim, o Direito Concorrencial adquire especial importância nos últimos tempos, uma vez que, mais do que nunca, é preciso se garantir a abertura e o livre mercado, proteger os consumidores e prever comportamentos que afetem a concorrência (JAEGER JÚNIOR, 2008b: 156).

Contudo, diante da internacionalização das preocupações concorrenciais (SALOMÃO FILHO, 2002: 39), especialmente pelas repercussões da atuação das empresas transnacionais em toda a sociedade internacional, fenômeno denominado por Irineu Strenger (1998: 232/234 *apud* JAEGER JÚNIOR, 2008: 149/150) de desterritorialização das atividades econômicas, é imperioso analisar o Direito da Concorrência não apenas sob o prisma do direito interno de cada Estado, mas, também, sob a ótica internacional, visto que aquele não se mostra suficiente para regular atividades que se exercem globalmente (JAEGER JÚNIOR, 2008b: 10).

Nesse sentido, revela-se absolutamente necessário o desenvolvimento de um efetivo Direito Internacional da Concorrência, única forma capaz de se garantir um livre mercado global, sem distorções na concorrência. Entretanto, afirma-se que tal pretensão Direito pode-se manifestar através de quatro perspectivas: o unilateralismo, o bilateralismo, o regionalismo e o multilateralismo (JAEGER JÚNIOR, 2008b).

De acordo com a ótica unilateral, os Estados tentam, por meio de suas legislações internas, através da aplicação extraterritorial do Direito Concorrencial nacional, controlar as atividades que produzam efeitos em seu território. Todavia, tal perspectiva encontra obstáculos quanto a sua execução, visto não ter o Estado o poder de forçar o cumprimento de suas leis no exterior.

Por sua vez, o prisma multilateral propõe a criação de um efetivo sistema mundial de proteção à concorrência, de sorte a superar o conflito cada vez mais frequente entre a manutenção das soberanias estatais como estão, com ordenamentos jurídicos com âmbito de aplicação limitados, e a abertura dos mercados. Assim, inúmeras são as tentativas para a referida internacionalização do Direito Concorrencial, merecendo destaque os trabalhos realizados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), pela Conferência da Organização das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development* – UNCTAD), pela Organização Mundial do Comércio (OMC), pela Rede Internacional de Concorrência (*International*

Competition Network – ICN), dentre outros. Contudo, verifica-se que, até hoje, todos os esforços multilaterais efetuados não obtiveram, de fato, êxito, haja vista não terem resultado qualquer legislação vinculante positivada.

A seu turno, a perspectiva bilateral se materializa pela assinatura de acordos bilaterais de cooperação, por meio dos quais são formuladas regras sobre a concorrência, que passam a ser obrigatórias às partes, permitindo haver uma harmonização das legislações nacionais em matéria de antitruste. Entretanto, tal ótica não é suficiente para solucionar os problemas gerados pela inexistência de um sistema mundial de proteção à concorrência, uma vez que sua aplicação é restrita às partes do acordo, não alcançando a dimensão internacional que hoje se requer do Direito Concorrencial.

Por fim, frente ao flagrante insucesso das alternativas ora apresentadas, é proposta uma quarta perspectiva para tentar solucionar o problema da inexistência de um Direito Internacional da Concorrência. Trata-se da análise dos blocos econômicos regionais, elemento dominante do sistema comercial multilateral nos últimos anos (KESKIN, 2009, p. 269), através dos quais será possível atingir um patamar de proteção mundial da concorrência. Sendo assim, o Direito Internacional da Concorrência se concretizará por meio de um processo no qual, de início, será preciso desenvolver uma legislação concorrencial nos diversos espaços regionais, para, posteriormente, proceder-se a um diálogo entre os blocos, através de acordos eficazes entre estes, de modo a se alcançar um direito de caráter universal, garantidor da concorrência no prisma internacional (JAEGER JÚNIOR, 2008b: 50/51, 259/261).

2. REGULAMENTAÇÃO DA CONCORRÊNCIA EM ESPAÇOS INTEGRADOS

Consoante acima aduzido, o Direito da Concorrência tem uma função específica e fundamental nos espaços de integração econômica, qual seja, a de auxiliar no aprofundamento da integração. Há, assim, uma íntima relação entre concorrência e integração. É que a integração de mercados favorece a concorrência, por permitir que os agentes econômicos se estabeleçam no local mais vantajoso, de sorte a reduzir custos e aumentar a produtividade. Dessa forma, as empresas fazem uso de todos os meios disponíveis, buscando reduzir os preços dos bens e serviços e aperfeiçoando os produtos, com fito de satisfazer as expectativas dos consumidores, os quais são ainda beneficiados pela entrada de novos produtos no mercado. Por outro lado, a concorrência traz avanços à integração, pois garante a competição entre os agentes econômicos, os quais podem sair de forma transfronteiriça para abrir filiais e

fusionar-se em busca de vantagens comparativas, de sorte a impedir que as empresas ajam com o objetivo de alcançar apenas interesses particulares, em detrimento do mercado, dos consumidores e dos Estados-Membros da integração (CUNHA, 2003: 26/27). Portanto, a concorrência e a integração se complementam, buscando ambas a melhor alocação de recursos (JAEGER JÚNIOR, 2005: 518).

Sendo assim, inexistindo nos espaços de integração regional um poder estatal organizado ou com força suficiente para conduzir ou, ao menos, fiscalizar a atividade econômica regional, o mercado deve basicamente se autocontrolar. Desse modo, tal controle é indispensável para assegurar que as liberdades econômicas fundamentais sejam reais e não meramente formais. Afinal, seria inócuo afirmar a liberdade de circulação de mercadorias ou de capitais se se tolera a criação ou o uso de posições dominantes capazes de estabelecer entraves à entrada de produtos de concorrentes de outro Estado-Membro. Nesse sentido, o Direito Concorrencial deve estabelecer um corpo de regras mínimas a fim de se garantir a igualdade de condições estruturais de concorrência, isto é, as condições de acesso e permanência dos agentes econômicos no espaço econômico comum (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 44/45).

Nesse contexto, buscando superar a doutrina tradicional, afirma Augusto Jaeger Júnior (2005: 63, 99) que a liberdade de concorrência deve ser considerada como a quinta liberdade econômica fundamental, a ser concretizada a partir de um mercado comum. Como se sabe, além dos objetivos a serem alcançados nos estágios anteriores, um mercado comum prevê as liberdades fundamentais como meta, como ambiente natural, sendo elas a livre circulação de bens, capitais, pessoas e serviços, ao que o referido jurista acrescenta a livre concorrência. É que, além de garantir a concorrência no mercado comum, o Direito Antitruste deve também proteger as demais liberdades de eventuais lesões que possam ser causadas por comportamentos contrários à concorrência, sejam provenientes de atos estatais ou privados. Nesse sentido, a liberdade de concorrência deve ser considerada como o direito de que o mercado seja garantido e mantido livre para a concorrência (JAEGER JÚNIOR, 2005: 63, 99).

Sob esse prisma, conforme acima afirmado, a regulação da concorrência em espaços de integração regional é vista como uma das formas de se criar um efetivo Direito Internacional da Concorrência. Nesse sentido, aduz-se ser possível estabelecer uma relação entre ordens concorrenciais de blocos econômicos regionais, e não apenas entre Estados. Contudo, é evidente que, para tal, faz-se necessário que os referidos blocos regionais possuam sistemas concorrenciais em funcionamento (JAEGER JÚNIOR, 2008a: 438).

Nesse contexto, uma unificação regional do Direito Antitruste aumentaria as possibilidades de que um Direito Internacional da Concorrência fosse posto em vigor. Ademais, a cooperação das autoridades da concorrência alarga as chances de os tribunais aplicarem o direito estrangeiro dos cartéis e facilita o entendimento dos interesses político-econômicos dos outros Estados. Assim, tais medidas trariam um progresso quanto à solução de conflitos internacionais envolvendo a concorrência, levando, um dia, à substituição dos variados procedimentos nacionais e regionais por um só procedimento mundial. Entretanto, consoante já aduzido, o primeiro passo para tal seria o tratamento regional do assunto (JAEGER JÚNIOR, 2008a: 439).

Portanto, sugere-se o fortalecimento dos direitos regionais e sub-regionais da concorrência, de sorte que, posteriormente à existência e vigência de tais direito, seja possível estabelecer acordos bilaterais entre blocos econômicos, atingindo, assim, um patamar de proteção internacional da concorrência (JAEGER JÚNIOR, 2008a: 439/440).

Nesse sentido, é bem verdade que se conhecem poucos processos de integração com um sistema concorrencial já estabelecido, no qual se assegure a plena eficácia de um Direito Antitruste regional, sendo a União Europeia, talvez, o único exemplo que se possa citar. Contudo, outros tantos blocos regionais buscam uma efetiva regulamentação da concorrência em seus espaços de integração, como é o caso do MERCOSUL.

Sob esse prisma, vale ressaltar que a regulamentação da concorrência foi pensada na União Europeia desde seu surgimento, em 1957. É que o mercado comum desejado (posteriormente, o mercado interno ou mercado único europeu) pressupunha a concretização da união aduaneira como garantia da liberdade de circulação dos fatores de produção (trabalhadores, mercadorias, serviços e capitais), objetivos complementados pelas políticas agrícola, comercial e de concorrência. Assim, para realizar os objetivos estabelecidos no atual art. 3º do Tratado da União Europeia, em sua versão consolidada pelo Tratado de Lisboa, de 2007, dentre os quais está a manutenção de uma economia social de mercado altamente competitiva, foi preciso criar regras capazes de, mais do que simplesmente abolir obstáculos estaduais à livre circulação dos fatores de produção, garantir que, em todos os setores econômicos, a concorrência não fosse falseada no mercado interno. Desse modo, a política da concorrência adquiriu o status de pilar da construção europeia e condição mesma de toda a política econômica da União, de modo que as políticas comercial, industrial e de aproximação de legislações encontram como critério de realização o respeito ao princípio da livre concorrência, somente podendo atuar num quadro de licitude jusconcorrencial, isto é, por

meio de atos que encontrem uma justificação à luz das próprias normas antitruste (GORJÃO-HENRIQUES, 2010: 637/643).

Nesse sentido, o agora denominado Direito da União Europeia é considerado como o primeiro ordenamento jurídico econômico liberal por excelência, tendo em vista que nunca se havia tentado realizar, de modo tão abrangente, completo e sistemático, a proteção da liberdade econômica por meio da regulamentação precisa e detalhada da atuação dos agentes econômicos (MARQUES, 2006: 275).

Dessa forma, as regras mais importantes relativamente à matéria concorrencial estão dispostas nos arts. 101 a 109 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em sua versão consolidada pelo Tratado de Lisboa, bem como no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro 2002.

Assim, a política concorrencial tem como principal meta garantir às empresas liberdade de acesso ao mercado e a liberdade de ação necessária para tomarem suas decisões de modo autônomo e, de outro lado, assegurar aos consumidores e utilizadores o exercício da liberdade de escolha de acordo com o preço e a qualidade dos bens e serviços a eles oferecidos (CAMPOS; CAMPOS, 2010: 610). Para isso, a manutenção da concorrência desenvolve-se em duas linhas principais: regras destinadas às empresas, referentes à repressão aos acordos restritivos da concorrência e aos abusos de posição dominante e o controle das concentrações de empresas, e regras destinadas aos Estados-Membros, alusivas ao controle de auxílios estatais (MARQUES, 2006, p. 278/280; JAEGER JÚNIOR, 2008b, p. 296).

Nesse contexto, vale ressaltar que a União Europeia vem celebrando acordos de associação, cooperação e de comércio com seus inúmeros parceiros comerciais, suscetíveis de criar obrigações que possuem disposições em matéria de concorrência. Dentre tais instrumentos, podem-se citar os acordos celebrados entre a União Europeia e países da Europa Central e Oriental não membros daquela, que estabelecem regras concorrenciais inspiradas na legislação comunitária, as quais são aplicadas quando os efeitos das práticas comerciais restritivas atinjam ambas as partes. Outro exemplo são os acordos concluídos entre a União Europeia e os países da Comunidade de Estados Independentes, nos quais as partes se obrigam a corrigir ou eliminar as restrições à concorrência e aplicar a legislação antitruste delas (KESKIN, 2009: 273/277). Finalmente, merece destaque o processo de cooperação em matéria de concorrência em curso entre a União Europeia e os Estados Unidos da América (JAEGER JÚNIOR, 2008a: 438).

Portanto, constata-se que o Direito Concorrencial da União Europeia encontra-se bem desenvolvido, com uma exímia legislação e uma jurisprudência consolidada, de sorte que

ele parece ser, realmente, o exemplo a ser seguido pelos outros blocos regionais, como o MERCOSUL.

Assim, apesar de ainda se estar muito distante de alcançar uma eficiente cadeia de acordos em matéria concorrencial, entre os diversos blocos regionais, que resulte em um Direito Antitruste de caráter universal, não se pode negar que os sistemas regionais têm sido o mais eficiente meio de se regular a concorrência além de uma perspectiva nacional, elidindo, ao menos entre os países pertencentes ao núcleo de integração, os problemas decorrentes da inexistência de um Direito Internacional da Concorrência. Nesse sentido, os espaços de integração devem continuar a se empenhar no desenvolvimento de uma efetiva legislação concorrencial regional para que possa haver, no futuro, uma interação com outros blocos regionais. Diante disso, o aludido cenário representa um elemento de estímulo para os espaços integrados, dentre os quais o MERCOSUL, dispõem, o quanto antes, de uma ordem efetiva e em vigor em matéria concorrencial.

3. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

Contrariamente ao que se passou na União Europeia, o MERCOSUL não experimentou um grande desenvolvimento legislativo da matéria concorrencial. O Tratado de Assunção, de 1991, refere-se em seu art. 1º à necessidade de se garantir a livre concorrência entre os Estados-Membros do bloco, requisito indispensável para a efetiva constituição de um mercado comum. A seu turno, no art. 4º do referido instrumento, são traçadas as noções gerais da defesa da concorrência no comércio internacional. Nesse sentido, dispõe-se que, nas relações com terceiros países, os Estados-Membros assegurarão condições equitativas de comércio, de sorte que as condutas desleais que distorçam o curso normal das trocas, tais como o *dumping* e importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, deverão ser obstadas através da aplicação da lei nacional de cada país. Ademais, estabelece o art. 4º, ainda, que os Estados-Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais, com o fito de elaborar regras comuns sobre a concorrência comercial (CUNHA, 2003: 182; MARQUES, 2006: 290/291).

Assim, verifica-se que o Tratado de Assunção, alicerce fundamental de todo o processo de integração do Mercado Comum do Sul, não estabeleceu nem mesmo princípios gerais sobre a matéria, tampouco traçou as diretrizes básicas da política e do Direito Concorrencial do MERCOSUL, tendo deixado aos Estados-Membros a tarefa de tratar posteriormente do assunto. Para alguns, essa falta de regulamentação e a delegação da matéria

aos Estados conferiu certa insegurança jurídica no que concerne à concorrência, dada a importância de tal tema para a integração (CUNHA, 2003: 182; MARQUES, 2006: 291), enquanto outros argumentam que tal escolha não pode ser criticável, haja vista ser a descentralização da aplicação da lei o objetivo contemporaneamente perseguido pela União Europeia, devendo o MERCOSUL seguir tal caminho (JAEGER JÚNIOR, 2008b: 361).

Nesse contexto, o objetivo de coordenação das políticas nacionais de concorrência, com o fito de criação de normas comuns, foi atribuído ao Subgrupo de Trabalho n.º 10 do Grupo Mercado Comum (GMC), o qual é responsável pela coordenação de políticas macroeconômicas, pela comparação entre as legislações dos Estados-Membros e pela elaboração de propostas de harmonização. Nesse sentido, efetuou-se uma proposta, analisada pelo GMC e remetida ao Conselho do Mercado Comum (CMC), a qual, após ter sido aprovada, através da Decisão CMC n.º 21/94, estabeleceu a regulamentação provisória do direito antitruste aplicável às empresas. Tal disciplinamento foi sendo substituído, posteriormente, pelo Protocolo de Defesa da Concorrência, também chamado de Protocolo de Fortaleza, de 1996 (CUNHA, 2003: 185/186). Esse protocolo, a seu turno, foi revogado pela Decisão CMC n.º 43/2010, que aprovou o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, diploma que atualmente disciplina o Direito Antitruste no comentado espaço de integração.

Sob esse prisma, cabe ressaltar que a Decisão CMC n.º 21/94 teve dois grandes objetivos: a criação de um sistema provisório de defesa da concorrência e a harmonização das legislações dos Estados-Membros em matéria antitruste, como primeiro passo à formação de regras comuns. Apesar de nenhum dos objetivos terem sido atingidos, a Decisão tem a importância de ter sido a primeira tentativa de desenvolver um direito concorrencial no âmbito do MERCOSUL, de sorte que, a partir de então, começou-se a delinear o sistema de defesa da concorrência do referido espaço de integração (CUNHA, 2003: 185/187).

A seu turno, através da Decisão CMC n.º 18/96, de 17 de dezembro, adotou-se um estatuto comum de defesa da concorrência no MERCOSUL, o Protocolo de Defesa da Concorrência. Vale ressaltar, contudo, que apenas o Brasil e o Paraguai ratificaram o referido instrumento, de modo que apenas entre os dois países ele vigorou, embora jamais tenha sido aplicado. Ainda assim, o aludido protocolo contribuiu para a consolidação de uma cultura concorrencial, ainda que embrionária, no MERCOSUL (JAEGER JÚNIOR, 2008b: 363).

Dessa forma, o Protocolo de Fortaleza foi instituído para garantir a livre concorrência e permitir o aumento das relações comerciais de forma harmoniosa, além de possibilitar o

crescimento da competitividade entre as empresas estabelecidas no espaço integrado, de sorte a que houvesse a consolidação de um verdadeiro mercado comum (MARQUES, 2006: 297).

Nesse contexto, o Protocolo de Fortaleza trouxe normas de defesa da concorrência aplicáveis em todo o MERCOSUL, estabeleceu a competência dos órgãos comuns de Defesa da Concorrência, determinou os ilícitos a serem combatidos, o procedimento a seguir para apurar e reprimir as práticas, as penas aplicáveis aos infratores, os procedimentos de cooperação entre os órgãos de defesa da concorrência nacionais, a possibilidade de celebração de compromissos de cessação de prática e a forma de solução de controvérsias (CUNHA, 2003: 199).

De início, cabe ressaltar que a Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM) e o Comitê de Defesa da Concorrência do MERCOSUL seriam os responsáveis por executar as normas previstas no Protocolo de Fortaleza. O mencionado Comitê, órgão criado pelo aludido instrumento, tem caráter intergovernamental, sendo composto pelos órgãos nacionais de aplicação do Protocolo em cada Estado-Membro, ou seja, os órgãos de defesa da concorrência nacionais.

Além disso, também merece ser destacado que o Protocolo de Defesa da Concorrência previu que as agências nacionais deveriam adotar medidas para estabelecer uma cooperação entre si, com o fim de implementar o sistema de defesa da concorrência no MERCOSUL. Desse modo, fica patente o objetivo descentralizador do Protocolo, devendo as autoridades nacionais de defesa da concorrência operar em conjunto com aqueles órgãos mercosulinos, uma vez que, além de terem de aplicar as respectivas legislações nacionais, inúmeras medidas foram delegadas (ainda que não completamente) aos Estados-Partes, tais como a participação no procedimento para apurar e punir as práticas ilícitas e a execução das multas e da ordem de cessação definitiva (JAEGER JÚNIOR, 2008b: 363; CUNHA, 2003: 207/210). Contudo, tal repartição de competências foi duramente criticada, visto que ela só teria relevância num sistema supranacional de integração, em que há transferência de poderes dos Estados-Membros aos órgãos comunitários, como ocorre na União Europeia. Desse modo, as dificuldades para se aplicar as normas da concorrência sempre foram bastante ressaltadas, imaginando-se que as questões eventualmente surgidas seriam dirimidas no âmbito das normas clássicas de Direito Internacional (AMARO, 2007: 33).

Sob esse prisma, cabe destacar que as regras do Protocolo de Defesa da Concorrência aplicavam-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou a outras entidades que tivessem por objeto produzir ou que produzissem efeitos sobre a concorrência no âmbito do MERCOSUL e que afetassem o comércio entre os Estados-Partes. Dessa forma,

o Protocolo consagrou a responsabilidade objetiva, visto que independia da intenção do agente em produzir efeitos sobre a concorrência, sendo apenas necessário que a ação e o efeito sobre a concorrência se verificassem e que o ato afetasse, de alguma forma, o mercado do MERCOSUL.

Assim, percebe-se que a norma enunciava um típico caso de aplicação extraterritorial da lei, considerando como território o MERCOSUL, e a aplicação do Protocolo para atos que visassem produzir ou que produzissem efeitos sobre a concorrência em seu território, independentemente de a conduta ter sido concretizada ou realizada fora das fronteiras do MERCOSUL, uma vez que bastava que o ato afetasse o comércio intrabloco para que se pudesse aplicar o referido instrumento (MARQUES, 2006: 298/301).

Por sua vez, as condutas que constituíam ilícitos contra a concorrência eram definidas, de acordo com o art. 4º do Protocolo de Fortaleza, como todos os atos, individuais ou concertados, cujo objeto ou efeito fosse limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o livre acesso ao mercado ou que constituíssem abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetassem o comércio entre os Estados-Membros. Nesse sentido, o art. 6º do comentado instrumento estabelecia um rol meramente exemplificativo das práticas que podiam constituir abuso à concorrência, uma vez enquadradas nos requisitos previstos no art. 4º do Protocolo, sem prejuízo de outras que configurassem as hipóteses deste último dispositivo (CUNHA, 2003: 219/220).

Nesse contexto, vedavam-se os atos individuais ou coletivos que limitassem, restringissem, falseassem ou distorcessem a concorrência ou o livre ingresso de concorrentes no mercado, além dos abusos de posição dominante. Ademais, essas condutas que atentassem contra a concorrência deveriam ocorrer no mercado relevante de bens e serviços no âmbito do MERCOSUL, o qual não devia ser compreendido em sua dimensão geográfica ou espacial, mas, sim, em seu aspecto econômico. Por fim, para que pudessem ser aplicadas as normas do Protocolo, fazia-se necessário que os atos também atingissem o comércio entre os Estados-Partes, sendo de competência exclusiva de cada Estado-Membro o disciplinamento dos atos praticados em seu respectivo território e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se limitassem (CUNHA, 2003: 216/219).

Sob esse prisma, vale realçar que, de acordo com o sistema previsto pelo Protocolo de Fortaleza, a legislação antitruste do MERCOSUL também coexistiria com as leis de concorrência dos Estados-Partes, sendo a relação entre essas duas esferas muito semelhante ao que se passa no Direito da União Europeia. Contudo, no MERCOSUL, em que não há

instituições supranacionais e não há prevalência das normas emanadas por seus órgãos, sempre se ressaltou a imensurável importância da harmonização da legislação interna dos Estados-Membros e da cooperação entre os diversos órgãos encarregados pela política de concorrência do bloco. Além disso, também seria indispensável o surgimento de ordenamentos internos que redirecionem a atuação dos Estados-Partes no cumprimento de seus deveres de regular e garantir a concorrência, uma vez que esta é um dos pilares necessários à concretização do MERCOSUL.

A seu turno, cabe observar que o Protocolo de Fortaleza foi omissivo em dois temas de grande relevância. O primeiro refere-se à ausência de normas relativas ao controle da concessão de ajudas públicas, sendo esse assunto apenas mencionado na norma programática do art. 32 do mencionado documento, que previa um prazo de dois a partir da entrada em vigor do Protocolo para a elaboração de regras relativas ao comentado tema. Todavia, como o Protocolo não chegou a entrar plenamente em vigor, o compromisso jamais foi cumprido, sendo a Decisão n.º 20/94 a norma que mais aprofundou o tema (JAEGER JÚNIOR, 2008b: 364).

Ademais, o Protocolo de Defesa da Concorrência também não previu um controle dos atos e contratos que pudessem ocasionar efeitos negativos à concorrência, nomeadamente os atos de concentração, tendo sido estabelecida apenas uma norma programática, no seu art. 7º, a qual fixava que os Estados-Partes adotariam regras comuns para o controle dos atos acima mencionados. Assim, verifica-se que o Protocolo de Fortaleza não criou um sistema completo de defesa da concorrência, posto que não se previu um controle para os atos de concentração, importante mecanismo pelo qual empresas atuam, ferindo, não raro, a livre concorrência (JAEGER JÚNIOR, 2008b: 364; CUNHA, 2003: 220/222).

Quanto à apuração e punição de práticas ilícitas, previa o Capítulo V do Protocolo um procedimento que envolvia os órgãos de defesa da concorrência dos Estados-Partes e os órgãos do MERCOSUL, especialmente o Comitê de Defesa da Concorrência e a Comissão de Comércio. Nesse sentido, o procedimento iniciava-se perante os órgãos nacionais de defesa da concorrência, de ofício ou mediante representação, os quais realizavam uma análise preliminar do caso, enviando-o posteriormente ao Comitê de Defesa da Concorrência. Este último órgão também realizava uma avaliação prévia, decidindo pelo arquivamento do processo, *ad referendum* da Comissão de Comércio do MERCOSUL, ou pela instauração da investigação. Se o processo tivesse continuidade, devia o Comitê determinar os parâmetros que definiriam, dentre outros aspectos, a estrutura do mercado relevante, os meios de prova das condutas e os critérios de análise dos efeitos econômicos da prática sob investigação.

Vale ressaltar, todavia, que as investigações não eram realizadas diretamente pelo Comitê, mas pelo órgão nacional de defesa da concorrência do Estado-Parte em cujo território estivesse domiciliado o representado, havendo a cooperação dos órgãos nacionais de defesa da concorrência dos demais Estados, os quais deviam auxiliar nas investigações através do fornecimento de informações, documentos e outros meios considerados essenciais para a correta execução do procedimento.

Além disso, previu-se a hipótese de aplicação de medidas preventivas, em caso de urgência ou ameaça de dano irreparável à concorrência, a ser aplicada pelo Comitê, *ad referendum* da Comissão de Comércio, e executada pelo órgão nacional de aplicação do Estado-Parte em cujo território estivesse domiciliado o representado. Havia, igualmente, a previsão da aplicação de multa à parte infratora que não observasse a medida preventiva.

Nesse contexto, após o término do processo investigatório, no qual era assegurado ao representado o exercício do direito de defesa, devia o órgão nacional responsável apresentar ao Comitê de Defesa da Concorrência um parecer conclusivo sobre a matéria, o qual era examinado pelo Comitê, que, *ad referendum* da Comissão de Comércio, definia as práticas lesivas à concorrência e determinava as penalidades cabíveis. Todavia, o Comitê devia deliberar por consenso, de sorte que, se este não fosse alcançado, a decisão caberia à Comissão, a qual se pronunciava mediante Diretiva. Entretanto, como a Comissão também devia deliberar por consenso, se este não fosse atingido, a questão seria remetida ao Grupo Mercado Comum, o qual também devia decidir por consenso, por meio de Resolução. Assim, caso o GMC não alcance o consenso, o Estado-Parte interessado poderia recorrer ao procedimento previsto no Capítulo IV do Protocolo de Brasília. Portanto, não sendo atingida a solução no Comitê, na Comissão e no GMC, procedimentos iniciais previstos pelo Protocolo de Fortaleza, a controvérsia poderia ser resolvida através da arbitragem, o método de solução de disputas do MERCOSUL.

Cabe ressaltar, todavia, que, buscando aperfeiçoar o processo de integração, o Protocolo de Olivos, de 2002 passou a disciplinar o sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL, de sorte que é o procedimento nele previsto que deveria ser seguido para solucionar eventual controvérsia surgida em matéria concorrencial. Nesse sentido, como inovações do aludido instrumento, merecem destaque a possibilidade de, mediante comum acordo das partes, submeter as controvérsias que surjam no âmbito do Mercosul ao sistema de solução da OMC ou a outro sistema específico de comércio, em que sejam partes individuais os Estados-Partes do Mercosul. Ademais, além da composição de um Tribunal *ad hoc* para solucionar os litígios, que já era a regra definida no Protocolo de Brasília, possibilitou-se a

revisão da decisão proferida no sistema arbitral *ad hoc* pelo Tribunal Permanente de Revisão, o qual poderá confirmar, modificar ou revogar a fundamentação jurídica e as decisões do Tribunal *ad hoc* (CUNHA, 2003: 222/229).

Nesse sentido, uma vez constatada a prática lesiva à concorrência, o Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio, atuaria aplicando sanções sobre os infratores. Dessa forma, de início, determinava-se a cessação definitiva da conduta ilícita, estabelecendo-se prazo para o cumprimento da ordem, a qual, uma vez não cumprida, permitiria a imposição de multa diária ao infrator.

Ademais, além da ordem de cessação, outras sanções poderiam ser impostas aos agentes econômicos infratores, cumulada ou alternativamente, de acordo com o determinado pelo Comitê, *ad referendum* da Comissão, levando em conta, para a gradação das sanções, a gravidade dos fatos e o nível dos danos causados à concorrência no âmbito do MERCOSUL. Contudo, cabe ressaltar que todas as sanções aplicadas seriam levadas a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado-Parte em cujo território estivesse domiciliado o infrator.

Assim, a primeira das sanções previstas no art. 28 do Protocolo era a multa, a qual deveria ser baseada nos lucros obtidos com a prática delitiva, no faturamento bruto ou nos ativos envolvidos e seria revertida em favor do órgão nacional de defesa da concorrência do Estado-Parte onde tivesse domicílio a parte infratora.

Nesse contexto, vale ressaltar que, apesar de o Protocolo de Fortaleza não ter inicialmente fixado os limites máximos para as multas, deixando ampla margem de manobra aos órgãos de defesa da concorrência do MERCOSUL, o CMC decidiu estabelecer parâmetros àquelas, temerosos da outorga de poderes ilimitados aos órgãos comuns. Nesse sentido, foi aprovado um anexo ao Protocolo de Defesa da Concorrência, no qual os referidos limites foram estabelecidos em seus dois artigos.

Além da multa, seria ainda possível a aplicação de proibição de participar de regimes de compras públicas ou de contratar com instituições financeiras públicas em quaisquer dos Estados-Partes, por prazo determinado. Ademais, havia ainda a hipótese de o Comitê recomendar aos Estados-Partes que não concedessem aos agentes econômicos infratores incentivos de qualquer natureza ou facilidades de pagamento de suas obrigações tributárias.

O Protocolo de Fortaleza, ademais, também previu o Compromisso de Cessação da prática sob investigação, o qual poderia ser homologado em qualquer fase do procedimento pelo Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio. Tal compromisso representava um acordo entre os órgãos de defesa da concorrência e o agente ou agentes representados, através do qual aqueles se obrigavam a encerrar o procedimento de

investigação e punição, e estes se comprometiam a cessar a conduta ilícita, não implicando a confissão quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento da ilicitude da conduta em análise. Tal possibilidade demonstra que o maior interesse dos órgãos de defesa da concorrência não era a punição dos infratores, mas a cessação da prática, de sorte que o compromisso trazia vantagens tanto para a administração, que eliminaria a conduta, quanto para a empresa, que não se sujeitaria às sanções (CUNHA, 2003: 222/231).

Frente ao exposto, verifica-se que o Protocolo de Fortaleza representou um grande avanço para a construção de um Direito Concorrencial no MERCOSUL. Contudo, a evolução que aparentemente iria ser desencadeada com a edição de tal instrumento não se efetivou, seguindo-se, tanto no âmbito legislativo interno dos Estados-Partes, como nas instâncias do MERCOSUL, um longo período de inatividade. Isso pode ser explicado pelos próprios impasses decorrentes do processo de internalização da norma regional aos ordenamentos nacionais, além das crises econômicas mundiais, que repercutiram direta e indiretamente na América Latina, como a crise asiática de 1997 e a crise do subprime, iniciada em 2007. Nesse sentido, durante o período posterior à elaboração do Protocolo de Fortaleza, o foco, a atenção e as prioridades dos Estados-Partes foram reformuladas, ficando em segundo plano a regulamentação da concorrência, mormente pela natural tendência de intensificação do protecionismo nos momentos de crise (CRUEZ, 2011a: 88).

4. INOVAÇÕES AO DIREITO CONCORRENCIAL DO MERCOSUL

Apesar da comentada estagnação na efetivação de um Direito Antitruste regional que caracterizou os anos seguintes à edição do Protocolo de Fortaleza, cabe destacar que o processo de desenvolvimento de um sistema de defesa da concorrência no MERCOSUL não parou de avançar desde então, ainda que lentamente.

Todavia, verifica-se que o aludido processo passou a ser construído de forma distinta da originalmente pensada ou estruturada pelo Protocolo de Fortaleza. Assim, a regulação vertical cedeu lugar para um processo em que se predominou o fluxo horizontal, nos quais os entendimentos das autoridades nacionais parecem ter sido reconhecidos pelos Estados-Partes como iniciativas havidas para além dos canais diplomáticos normais de decisão. Desse modo, a regulamentação antitruste no MERCOSUL passou a ser efetivamente criada por impulsos de outros agentes que não os usuais, isto é, os Estados-Partes através de sua estrutura diplomática, mas sim por meio de agentes subnacionais, o que, todavia, não parece se distanciar muito da tendência do direito da União Europeia, em que a descentralização

também vem marcando a evolução da legislação concorrencial (CRUEZ, 2011a: 91/98; CREUZ, 2010: 155/156).

Essa nova tendência na proteção à concorrência no MERCOSUL, fundada na ideia de cooperação internacional, tem como marco inicial o Acordo de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, celebrado em outubro de 2003. Tal instrumento visou, nomeadamente, a promoção da cooperação entre as autoridades dos dois Estados no âmbito da defesa da concorrência, englobando não apenas a cooperação na aplicação das leis antitruste, mas também a cooperação técnica (CREUZ, 2010: 149/150).

Nesse sentido, posteriormente, foram publicadas as Decisões CMC n.º 4/2004 e n.º 15/2006, referentes à cooperação de autoridades nacionais de defesa da concorrência, o que foi considerado um efetivo amadurecimento institucional do bloco na consolidação de um novo momento da regulamentação antitruste no MERCOSUL.

A Decisão CMC n.º 4/2004 aprovou o Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do MERCOSUL para a Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência. A normativa visou promover a efetiva aplicação da legislação antitruste nacional dos Estados, através da cooperação técnica entre suas autoridades de defesa da concorrência. Ademais, o aludido instrumento também procurou instituir elementos para a cooperação referente a práticas anticompetitivas no território de um Estado-Parte que pudessem afetar os interesses de outro Estado-Membro (CREUZ, 2010:153).

Assim, cada Estado-Membro deverá notificar outro Estado-Parte sobre as atividades de aplicação do Entendimento (enumeradas no art. II.2 do instrumento), identificando a natureza das práticas sujeitas à investigação e os instrumentos legais pertinentes, e poderá requerer informações e documentos. As referidas comunicações poderão ser efetuadas diretamente entre as autoridades de concorrência dos Estados-Partes, especificando o aludido Entendimento quais são essas autoridades e o prazo no qual as notificações devem ser feitas.

A seu turno, a Decisão CMC n.º 15/2006 aprovou o Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa de Concorrência dos Estados Partes do MERCOSUL para o Controle de Concentrações Econômicas de Âmbito Regional, aprofundando aspectos importantes de cooperação já introduzidos pelo Entendimento anterior. Dessa forma, tal instrumento levou em conta o fato de as concentrações econômicas realizadas num Estado poderem gerar efeitos anticompetitivos no mercado da região, de sorte a ser necessário um

controle neste, o que, por sua vez, poderá contribuir para o aprofundamento da integração. Foi, então, previsto um mecanismo de cooperação para a troca de informações entre as autoridades de defesa da concorrência dos Estados-Partes relativamente ao controle de concentração de empresas com repercussões regionais. Nesse sentido, o comentado instrumento adaptou o Entendimento aprovado pela Decisão CMC n.º 4/2004 à matéria de concentrações econômicas de âmbito regional.

Sob esse prisma, não se pode negar que essas duas decisões foram ao encontro do art. 30 do Protocolo de Fortaleza, que previa a adoção de mecanismos de cooperação e consultas técnicas entre os órgãos de defesa da concorrência dos Estados-Partes. Contudo, essas normativas foram muito mais além, uma vez que concretizaram a tendência já anunciada de condução da proteção da concorrência no MERCOSUL com base na cooperação. Desse modo, ao invés da criação de um efetivo sistema regional de defesa da concorrência, consoante pretendido com o Protocolo de Fortaleza, o MERCOSUL passou a concentrar seus esforços no aprofundamento da cooperação, como meio capaz de proteger a concorrência no plano regional.

Assim, confirmando definitivamente a direção acima descrita, recentemente, o Conselho do Mercado Comum publicou a Decisão n.º 43/2010, de 16 de dezembro, que aprovou o texto do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, revogando o Protocolo de Fortaleza e seu anexo sobre multas.

Nesse contexto, o novo instrumento, em realidade, vem fortalecer os meios de cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência dos Estados-Membros do MERCOSUL, introduzidos pelas duas decisões acima referidas. Dessa forma, além dos já previstos meios de notificação, assistência técnica e troca de informações não confidenciais, introduziu-se um sistema de consulta, o que representou um progresso quando comparado ao anterior sistema de notificação. É que, enquanto este se referia aos casos em que uma autoridade nacional da concorrência investigava um ato que poderia afetar a jurisdição de um parceiro, no presente sistema de consultas, o procedimento passou a ser iniciado pela autoridade de cujo Estado-Parte foi afetado pela investigação realizada fora de sua jurisdição. Assim, o art. 3º do Acordo estabeleceu que cada Estado-Membro é competente para regular não apenas os atos, total ou parcialmente, praticados no seu respectivo território, como também aqueles que, embora originados em outros Estados-Partes, produzam ou possam produzir efeitos sobre a concorrência daquele primeiro Estado. Nesse sentido, as autoridades de concorrência de cada Estado-Parte são competentes para julgar os atos que produzam efeito no respectivo território nacional. Portanto, o novo regime parece ser mais suscetível de

lograr êxito, haja vista que o procedimento deve ser iniciado pela autoridade concorrencial do Estado diretamente afetado pelo ato antitruste investigado em sua jurisdição (BOTTA, 2011).

Diante disso, constata-se que o modelo do Protocolo de Fortaleza foi bastante alterado. As normas sobre condutas e práticas restritivas da concorrência foram retiradas do sistema mercosulino, sendo o anterior procedimento substituído por um modelo de consulta mais coerente e direto, com um capítulo especial para a coordenação das atividades de aplicação referentes a um caso específico e outro sobre as atividades conjuntas de assistência técnica para o desenvolvimento, adoção, implementação e cumprimento das leis e políticas concorrenciais (CREUZ, 2011b).

Sob esse prisma, estabelece o art. 6º do instrumento em análise que qualquer autoridade de concorrência poderá solicitar consultas a respeito de qualquer matéria relacionada ao Acordo, independentemente de notificação prévia, através do roteiro estabelecido no anexo, que consubstancia um formulário no qual o requerente especificará o objeto da consulta e a sua justificativa. Nesse sentido, prevê-se que cada autoridade de concorrência deverá se esforçar para responder às consultas no prazo de noventa dias, embora este possa ser reduzido em caso de urgência ou prazo limite para o uso da informação.

A seu turno, a autoridade da concorrência de um Estado-Membro poderá manifestar interesse à autoridade de outro Estado-Parte em coordenar atividades de aplicação relativamente a um caso concreto, sujeito às respectivas leis de concorrência de cada jurisdição. Nesse contexto, quando os Estados constatarem que as atividades de execução podem gerar decisões contraditórias, empenhar-se-ão para evitar os problemas que daí possam surgir, embora eles não sejam obviamente impedidos de tomar decisões autônomas. Percebe-se, assim, que se tenta ao máximo evitar decisões contraditórias, embora estas possam eventualmente ocorrer, o que, evidentemente, confere insegurança jurídica, haja vista que o mesmo fato poderá ser qualificado de modo distinto pelos Estados envolvidos no caso.

Por sua vez, o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL também prevê que os Estados-Partes devem desenvolver atividades de cooperação técnica para o desenvolvimento, adoção, implementação e cumprimento de leis e políticas da concorrência. Dessa forma, estabelece um rol exemplificativo de atividades pelas quais o referido objetivo pode ser concretizado, incluindo o compartilhamento de conhecimentos e informação, capacitação de funcionários, participação de pessoal como conferencistas e consultores em eventos relacionados com questões concorrenciais e intercâmbio de pessoal. Ademais, o Acordo também dispõe que as autoridades de concorrência dos Estados-Partes devem fazer um intercâmbio de textos de doutrina, jurisprudência e estudos públicos de mercado, de

informações relativas à aplicação das leis antitruste e eventuais reformas destas e de qualquer informação relacionada à concorrência. Assim, pretende-se facilitar a eficaz aplicação das leis antitruste e promover uma melhor compreensão dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, de sorte a se criar uma verdadeira cultura regional da concorrência.

Além disso, o novo estatuto antitruste do MERCOSUL estabelece que as autoridades da concorrência de cada Estado-Parte devem notificar os demais membros sobre qualquer investigação ou procedimento por elas conduzidos que sejam relevantes para a atividade de aplicação ou execução da outra parte, possam vir a afetar interesse relevante de outra parte, digam respeito a restrição de concorrência suscetível de ter efeitos diretos e substanciais no território de outra parte ou se relacionem a práticas anticompetitivas ou concentrações econômicas ocorridas principalmente no território de outra parte. Tais notificações devem, sempre que possível, ser realizadas na fase inicial do processo, a fim de que a autoridade de concorrência notificada possa conceder seu parecer. Ademais, a notificação será efetuada pelo Comitê Técnico de Defesa da Concorrência (CT n.º 5), órgão já existente anteriormente, o qual fará o encaminhamento à parte destinatária.

Finalmente, prevê-se que nenhum Estado-Membro será obrigado a fornecer informações e dados confidenciais, se assim o for proibido por sua legislação ou incompatível com seus interesses relevantes ou políticas governamentais, inclusive as relacionadas à divulgação de informação, confidencialidade, sigilo profissional ou interesses nacionais. Além disso, as informações prestadas não podem, sem consentimento expresso do Estado-Parte, ser utilizadas pelo requerente para fins diversos daqueles das atividades de aplicação das leis de concorrência que fundamentaram sua comunicação.

Diante disso, constata-se que a nova regulação é menos ambiciosa que o Protocolo de Fortaleza, uma vez que consolida a importância dos modelos nacionais de proteção da concorrência para o desempenho eficiente do sistema e prevê a eliminação das condutas anticompetitivas através das regulações nacionais. Por outro lado, apesar de não definir os comportamentos proibidos, como ocorria no sistema anterior, o Acordo os enuncia, de modo geral (prática anticompetitiva e concentração econômica), tendo em vista que tais condutas devem ser qualificadas de acordo com as normas nacionais.

Nesse sentido, ao invés de criar um sistema regional, as leis nacionais e o corpo técnico de cada Estado são reconhecidos como competentes, de sorte que a aplicação das regras se dá por autoridades nacionais, apesar de que, como visto, o Comitê de Defesa da Concorrência ainda seja mantido como um corpo atuante, com competência para interpor uma

oferta ou pedido de consulta, para realizar notificações e intervir em diferentes problemas de interpretação ou execução do Acordo (SUÑÉ, 2011, p. 5).

Entretanto, nem todos acreditam que o advento do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL e a consequente revogação do Protocolo de Fortaleza tenham trazido um progresso para o sistema concorrencial regional, afirmando alguns, inclusive, que a alteração representou um prejuízo para a evolução do direito antitruste no seio do MERCOSUL. É que, apesar de se ter mantido o Comitê de Defesa da Concorrência, suprimiram-se importantes disposições, sobretudo de direito material. Dessa forma, sendo mais curto e mais simples que a regulamentação anterior, o novo sistema limita-se ao âmbito de cooperação e coordenação entre as autoridades nacionais da concorrência, sem se apresentar como uma tentativa de harmonização das normas antitruste regionais (SILVEIRA, 2013: 167).

Contra tal argumento, assevera-se que o fracasso do Protocolo de Fortaleza foi exatamente o fato de ter trazido um complicado procedimento regulatório, sendo complexo e de difícil e lenta aplicação. Assim, o novo marco regulatório teria sido benéfico, por apenas traçar parâmetros de cooperação técnica e institucional entre os Estados-Partes, de modo a ser possível superar os entraves políticos e culturais, o que permitirá consolidar um mercado realmente livre, em que se assegura a livre concorrência (CREUZ, 2011c).

Cabe ressaltar, contudo, que, de acordo com informações institucionais³, apenas a Argentina ratificou a Decisão CMC n.º 43/2010, de sorte a ainda se fazer necessária a ratificação dos demais Estados-Membros para que o Acordo de Defesa da Concorrência entre em vigor e possa ser efetivamente aplicado.

Nesse sentido, espera-se que os procedimentos de ratificação não sejam tão morosos como ocorreu quando do Protocolo de Fortaleza, de sorte que, em breve, o MERCOSUL possa, finalmente, consolidar uma proteção à livre concorrência em âmbito regional, o que, evidentemente, colaborará para a concretização do mercado comum no aludido espaço regional de integração.

Por fim, cabe acrescentar que o MERCOSUL já celebrou acordos de livre comércio com outros países, como o Chile e a Bolívia, nos quais se estabeleceram normas programáticas para a constituição de regras comuns em matéria de defesa da concorrência (CUNHA, 2003: 246/247). Ainda que tais normas não tenham sido elaboradas, tal previsão

³ Consulta realizada ao site do MERCOSUL, < http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4824&site=1&channel=secretaria>, em 17/07/2014.

indica que futuramente o MERCOSUL poderá celebrar acordos com outros blocos de integração regional, como a União Europeia.

Nesse sentido, o art. 29 do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL estabelece que os Estados-Partes não estão impedidos de requerer ou prover assistência recíproca com base em outros acordos, tratados, arranjos ou práticas entre eles ou outros Estados ou agrupamentos regionais. Dessa forma, constata-se que, paralelamente à discussão no âmbito regional, podem os Estados-Membros e o próprio MERCOSUL celebrar acordos de cooperação com outros Estados e com outros blocos de integração regional, o que vai ao encontro da mencionada possibilidade de criação de um Direito Internacional da Concorrência através de uma cadeia de acordos antitruste entre os diversos espaços de integração. Para isso, contudo, é preciso que se consolide a proteção à concorrência no MERCOSUL para que, a partir de então, seja possível sua ativa participação na interação que já começa a ocorrer entre outros blocos econômicos, como visto se passar na União Europeia. Tal oportunidade, portanto, é mais um incentivo para que o MERCOSUL consolide, o quanto antes, uma proteção concorrencial no seu espaço de integração, o que, obviamente, contribuirá para fortalecer e ampliar a defesa da concorrência na esfera internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto no presente trabalho, a defesa da concorrência em espaços econômicos regionais é fundamental para o aprofundamento da própria integração, além de ser um dos caminhos possíveis para o desenvolvimento de um Direito Internacional da Concorrência. Assim, apesar de se conhecerem poucos espaços regionais de integração que tenham um sistema eficaz de proteção à concorrência, o estudo do Direito Antitruste no âmbito regional revela-se indispensável para seu amadurecimento e concretização.

Nesse contexto, diferentemente da União Europeia, onde a regulamentação da concorrência foi uma preocupação desde seu surgimento, o MERCOSUL não experimentou grande desenvolvimento legislativo da matéria antitruste. Assim, o Tratado de Assunção não estabeleceu princípios gerais sobre o tema, nem traçou as diretrizes básicas da política e do Direito Concorrencial do MERCOSUL, ficando os Estados-Membros responsáveis pela posterior regulamentação da matéria.

Sob esse prisma, substituindo a Decisão CMC n.º 21/94, que estabeleceu a regulamentação provisória do direito antitruste aplicável às empresas, a Decisão CMC n.º 18/96 introduziu o Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, conhecido como

Protocolo de Fortaleza. Tal instrumento pretendeu a criação de um sistema regional de defesa da concorrência, criando um corpo técnico para sua execução e determinando os ilícitos a serem combatidos, o procedimento a ser seguido para apurar e reprimir tais práticas e as penas aplicáveis aos infratores.

Todavia, apesar do inegável avanço trazido, o Protocolo de Fortaleza não conseguiu concretizar a pretendida proteção regional da concorrência. É que, além das dificuldades para a internalização do referido instrumento (afinal, apenas dois Estados ratificaram-no, embora ele jamais tenha sido aplicado), inúmeras crises econômicas afetaram a região, de sorte que as prioridades dos Estados-Membros e do próprio MERCOSUL foram alteradas, deixando a proteção antitruste em segundo plano.

Não se pode negar, contudo, que o processo de concretização de uma proteção da concorrência em âmbito regional continuou a se desenvolver, embora tenha passado a assumir uma feição distinta da originalmente estruturada pelo Protocolo de Fortaleza. Assim, a regulação vertical foi substituída por um fluxo horizontal, em que as autoridades nacionais assumem o protagonismo, sendo reconhecidas pelos Estados como alternativas possíveis às tradicionais iniciativas dos meios diplomáticos.

Dessa forma, a defesa da concorrência no MERCOSUL passou a ter como foco a cooperação entre autoridades nacionais responsáveis pela aplicação das normas antitruste. Nesse sentido, foram editadas as Decisões CMC n.º 4/2004 e 15/2006, as quais, aperfeiçoando o sistema de cooperação, permitiram um amadurecimento do Direito Antitruste do MERCOSUL.

Sob esse prisma, consolidando a tendência já anunciada pelas normativas acima referidas, foi publicada a Decisão CMC n.º 43/2010, a qual aprovou o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, revogando o Protocolo de Defesa da Concorrência. Desse modo, substituindo o complexo e lento procedimento regulatório previsto pelo Protocolo de Fortaleza, fortaleceram-se os meios de cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência dos Estados-Partes, reconhecendo as leis nacionais e o corpo técnico de cada Estado como competentes para se eliminar as condutas anticompetitivas.

Diante disso, espera-se que o novo diploma disciplinador do Direito Antitruste do MERCOSUL, com seu foco na cooperação, consiga trazer a tão pretendida proteção da concorrência no prisma regional. Assim, seria, finalmente, possível ao Mercado Comum do Sul participar do processo já em curso de interação entre os diversos espaços de integração regional, na tentativa de se criar um Direito Internacional da Concorrência, única forma capaz de assegurar a manutenção da livre concorrência na sociedade internacional.

REFERÊNCIAS

AMARO, Zoraide Sabaini dos Santos. *A Estrutura Orgânica do Mercosul: Direito de Concorrência no Processo de Integração*. Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 85, p. 20-39, jun./jul, 2007.

BOTTA, Marco. *The Role of Competition Policy in the Latin American Regional Integration: A Comparative Analysis of Caricom, Andean Community and Mercosur*. Trabalho apresentado no IX Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade (ELSNIT) – Revisiting Regionalism, realizado entre os dias 21 e 22 de outubro de 2011 na Universidade de St. Gallen. Disponível em: <<http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/09801a05.pdf>>. Último acesso em: 23/04/2014.

CELLI JÚNIOR, Umberto. *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *A Construção da Defesa da Concorrência no MERCOSUL*. Univ. Rel. Int., Brasília, v. 9, n. 1, p. 73-102, jan./jun. 2011(a).

_____ *A Construção da Defesa da Concorrência no MERCOSUL: Uma Perspectiva Construtivista – Cooperação e Interesses nas Relações Internacionais*. Campinas, UNICAMP, 2010. Tese de Mestrado em Relações Internacionais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000774937>>. Acesso em 15/07/2014.

_____ *Há Novos Ventos na Defesa da Concorrência no Mercosul*. Revista Consultor Jurídico, 15 de setembro de 2011(b). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-15/novos-ventos-defesa-concorrenca-ambito-mercosul>>. Último acesso em: 23/04/2014.

_____ *Regulação da Defesa da Concorrência no Mercosul*. Notícia publicada no site do Instituto Brasileiro de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional em 18/10/2011(c). Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=1089>>. Último acesso em: 26/04/2014.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência: Mercosul e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. *A Liberdade de Concorrência como a Quinta Liberdade Fundamental: Contribuição para um Mercado Comum do Sul*. Porto Alegre, UFRGS, 2005.

Tese de Doutorado em Direito Comunitário. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5525/000471918.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19/03/2014.

_____. *Direito Internacional da Concorrência*. In GUERRA, Sidney (coord.). *Tratado de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008(a). p. 423-456.

_____. *Direito Internacional da Concorrência: Entre Perspectivas Unilaterais, Multilaterais, Bilaterais e Regionais*. Curitiba: Juruá, 2008(b).

KESKIN, Ali Cenk. *Pour un Nouveau Droit International de la Concurrence*. Paris: l'Harmattan, 2009.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeu – O Sistema Institucional, a Ordem Jurídica e o Ordenamento Econômico da União Europeia*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O Controle da Concentração de Empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Le Contrôle des Concentrations Transnationales*. Paris: l'Harmattan, 2013.

SUÑÉ, Natasha. *Mercosur Competition Defence Rule*. ZEI Regional Integration Observer. Vol. 5, n.º 3, p. 5, December 2011.