

A construção da defesa da concorrência no MERCOSUL*

Luis Rodolfo Cruz e Creuz¹

Resumo

O ponto histórico contextual de nosso estudo é o “Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul – Protocolo de Fortaleza”, de 17/12/1996. Apesar de esse marco regulatório ter sido ratificado por alguns Estados-Partes do Mercosul e, no Brasil, tendo sido ratificado por meio do Decreto nº 3.602, de 18/9/2000, nos seus muitos anos de vigência apresentou pouquíssimo avanço. As causas apontadas são variadas: divergências políticas, dificuldades de implantação, questões de conjuntura decorrentes de crises econômicas mundiais. Este trabalho trata do estudo da atual situação regulatória do Mercosul, do ponto de vista da teoria construtivista das Relações Internacionais, considerando o projeto de integração regional e sua forma de regulação. Pretendemos demonstrar a evolução da regulação em matéria antitruste, focando a questão por meio da construção de interesses, identidades e cooperação. Concluímos positivo o andamento e a construção da regulação comunitária da Defesa da Concorrência, que tem progredido, especialmente do ano 2004 em diante, ainda que em um ambiente fortemente marcado por assimetrias e divergências políticas, mas com convergências dos agentes institucionais.

* Recebido em 15.02.2011

Aprovado em 03.03.2011

¹ Advogado e Consultor em São Paulo. Sócio de Creuz e Villarreal Advogados. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, pós-graduado em Direito Societário, no curso LLM - Master of Laws, do IBMEC São Paulo; Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – USP e Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP. Autor da monografia “Commercial and Economic Law - Brasil” da International Encyclopedia of Laws, editada por Dr Jules Stuyck. Holanda: Kluwer Law International, 2010 (ISBN 978-90-654-4942-9). Autor do livro Acordo de Quotistas - Análise do instituto do Acordo de Acionistas previsto na Lei 6.404/1976 e sua aplicabilidade nas Sociedades Limitadas à Luz do Novo Código Civil brasileiro, com contribuições da Teoria dos Jogos. São Paulo: IOB-Thomson, 2007. E-mail: luis@cv.adv.br

Palavras-chave: Mercosul. Direito da concorrência. Integração regional. Construtivismo. Cooperação regional. Identidades e interesses nacionais.

1 Introdução²

Com a abertura dos mercados, especialmente no final da década de 1980 e início da década de 1990, a interação entre os Estados nacionais e os agentes transnacionais foi crescendo e ficando cada vez mais complexa, dado o crescente e rápido fluxo de bens e capitais.³ A esses fatores podemos também associar a crescente necessidade de proteção dos mercados internos, em função das particularidades de cada economia doméstica, que muitas vezes não está preparada para a concorrência internacional, especialmente os países do Sul.

Por outro lado, os movimentos econômicos internacionais forçam as fronteiras e os governos, no sentido de sempre ampliar a abertura para o comércio internacional⁴. Países e empresas efetivamente competem na esfera global, com foco no mercado internacional, muitas vezes em detrimento do local, com crescente

² O presente artigo teve origem em parte de projeto de pesquisa de mestrado do Autor e está baseado em versão modificada do capítulo 3 da Dissertação do Programa de Mestrado em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP, sob a orientação do Prof. Dr. Andrei Koerner - Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Comentários podem ser enviados para o endereço eletrônico: luis@cv.adv.br

³ O impacto decorrente da atuação das empresas transnacionais é mundialmente sentido, tornando crescente e rápido fluxo de bens e capitais, mas também alterando a dinâmica da atuação dos Estados nacionais, daí muitos autores atribuírem a estes processos a causa da suposta falência do Estado-nação. Santin, ao tratar da atuação planetária das empresas transnacionais, aponta: “[...] dotadas de poder de intervenção global e beneficiadas pela mobilidade crescente dos processos de produção, essas empresas podem, facilmente, provocar a concorrência entre dois ou mais Estados ou entre duas ou mais regiões dentro de um mesmo Estado. Quando analisam as condições predeterminadas para localização do investimento, numa negociação visivelmente desigual, transformam as sociedades nacionais em dependências da sociedade global por imporem a estas sua política neoliberal” (SANTIN, 2009, p. 82)

⁴ Durante muito tempo, inclusive, a própria academia fornecia lastro para esse argumento, com base na teoria das vantagens comparativas. Essa teoria, formulada por David Ricardo em sua obra *The Principles of Political Economy and Taxation*, e servir para muitos como base da teoria do comércio internacional. Segundo a teoria, seria vantajosa a especialização

fragilização das fronteiras (NUSDEO, 2000, p. 327-328). Esse movimento foi fortemente impulsionado pelo chamado “Consenso de Washington” (NAÍM, 2000).

Ao mesmo tempo em que se expande o comércio, os países são levados a dialogar e interagir de forma mais intensa, seja por acordos e tratados de participação em blocos econômicos regionais, seja por meio de discussões mundiais no seio de Organizações Internacionais. Os debates envolvem a busca da minimização dos impactos das práticas dos agentes econômicos, com vistas ao equilíbrio nas relações econômicas ao redor do globo, nas esferas políticas, econômicas, sociais, culturais, inclusas as práticas de defesa comercial e concorrência.

As Organizações Internacionais⁵ são apontadas como entidades centralizadoras de debates, ou como instituidoras e reguladoras de soluções de controvérsias, ou até mesmo como fontes normativas e de direito, dada a possibilidade regulatória e coercitiva de uma Organização Internacional dotada de personalidade jurídica. E, nesse ponto, interessa-nos focar no Mercosul enquanto uma Organização Internacional de Cooperação e Integração Regional Econômica,⁶ dotada de

no comércio internacional nos casos em que as nações parceiras focassem e canalizassem seus recursos para a produção daqueles bens em que sua eficiência fosse relativamente maior. Valendo-se do conceito de vantagens comparativas, David Ricardo defende que cada país deveria se especializar naqueles produtos que pudesse produzir com maior eficiência, manufaturas ou produtos primários. Assim, os países poderiam beneficiar-se do comércio livre.

⁵ Dinh et al. definem as Organizações Internacionais da seguinte forma: “Uma organização internacional é uma associação de Estados, constituída por tratado, dotada de uma constituição e de órgãos comuns, e possuindo uma personalidade jurídica distinta da dos Estados membros”. (DINH, 2003, p. 592). Já Manuel Diez de Velasco Vallejo leciona: “[son] asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros.” (VALLEJO, 1997, p. 41).

⁶ Julga-se importante, desde já, fornecer referência ao leitor sobre os Tratados Internacionais, firmados pelos Estados-Partes do Mercosul, inclusos os Protocolos ao Tratado de Assunção, os firmados pelo Mercosul com outros Estados ou Organizações Internacionais, depositados junto ao Governo do Paraguai, de acordo com o Art. 1 da Resolução GMC N° 80/00. Os mesmos estão disponíveis em <<http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/mercosurprincipal.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.

personalidade jurídica e cujo fim é a instituição de um mercado comum, no qual venha a ser possível a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os Estados-Partes, com a adoção de uma política comercial comum na sua relação com terceiros Estados, ou agrupamentos de Estados, além da coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais.⁷

Os processos regionais integracionistas devem tomar como relevante o impacto da globalização, por ser, para aqueles países integrantes de uma economia de mercado, um fenômeno importante com marcante influência social, política, econômica e jurídica, dado o impacto da circulação e movimentação global/local de fatores de produção e mão de obra. E também deve ser lembrada a importância da resposta do local ao global. Com o passar do tempo, a soberania dos Estados acaba tendo relativizada sua rigidez em função de novos conceitos trazidos por movimentos e processos sociais, empresariais, comunicacionais, especialmente por sofrer a interferência cruzada dos atores transnacionais (WANDERLEY, 2006, p. 179) nestes processos de internacionalização dos mercados e das empresas, aos quais se deve somar a internacionalização social, dada também a mobilidade social de mão de obra e culturas.⁸

⁷ Nestes termos, vide o Tratado de Assunção – Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Disponível em <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/719/1/CMC_1991_TRATADO_ES_Asuncion.pdf>. Acesso em: 05 abr.2009

⁸ Segundo Paulo Roberto de Almeida: “Os processos de integração regional – mais exatamente sub-regional – podem contribuir, pelo menos em parte, para o êxito dessa inserção internacional, com ganhos de produtividade e nos campos da governança e dos recursos humanos, uma vez que eles já constituem, a rigor, uma espécie de “mini-globalização”, a que os países participantes se submetem voluntariamente, antes de se abrir aos circuitos mais amplos da globalização planetária. Eles o fazem, entretanto, desde que sua lógica formadora – ou seja, as modalidades e instrumentos mobilizados nos processos concretos de cooperação estreita entre os países – coincida, ou não divirja muito das tendências que já animam a economia global, na qual se inserem os países mais dinâmicos que, de modo não coordenado, determinam o seu curso na atualidade. Se, ao contrário, esses processos permitirem isolar os países da competição global, alimentando o caráter introvertido de políticas públicas do passado, eles terão falhado ao teste da modernidade global.” (ALMEIDA, 2008, p. 4)

A competitividade está associada ao tema do desenvolvimento econômico. Contudo, dada a presença das mais variadas identidades e valores na construção da cultura de cada país, podemos ponderar que a manutenção dos padrões e a estabilidade social, juntamente com a manutenção dos pilares da segurança jurídica, são elementos que integram e que são necessários para o desenvolvimento econômico. Se considerarmos o modelo capitalista da acumulação de capital, atribui-se ao Estado a função de estabelecer as condições necessárias à ocorrência do fenômeno de desenvolvimento econômico, consistente, em seu núcleo, na possibilidade de acúmulo de capital e manutenção da propriedade privada. Nesse diapasão, o Estado ainda é responsável pela preservação e garantia de existência do mercado, dada a presença e a existência de um sistema de trocas capitalistas e de acumulação de capital, identificando-se as condições necessárias para o desenvolvimento econômico nos termos contemporâneos (GRAU, 2005, p. 28).

Com isso, o papel que deve ser desempenhado pela prática da Defesa da Concorrência no âmbito do Mercosul, associada ao conhecimento das sistêmicas econômicas internacionais, deve visar, em uma economia capitalista de mercado, o equilíbrio e estabilização das relações internacionais, com ênfase no controle e nas limitações ao poder econômico. Caso contrário, poderíamos ter o surgimento de inúmeros problemas e crises ocorrendo no mercado, em função dos abusos e práticas desleais, dados os padrões mundialmente aceitos no comércio internacional, levando aos mais variados e graves problemas, tanto internos de cada Estado, quanto de ordem internacional.

Pretendemos aqui tratar do estudo do modelo de Direito da Concorrência implantado no Mercosul, o que nos leva à análise das experiências regulatórias, envolvendo a questão da Defesa da Concorrência na Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai (Estados-Partes que firmaram o Tratado de Assunção em 26 de março de 1991), sem adentrar na análise da questão nos Estados-Associados (Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, e Peru) e da Venezuela (protocolo de adesão firmado no dia 04 de julho de 2006). Considerando as reconhecidas assimetrias e diferenças políticas, sociais, econômicas e culturais presentes nos referidos países, e as dimensões

e prerrogativas do processo de integração do Mercosul⁹, além das atuais exigências e práticas econômicas e empresariais, a análise e estudo do tema ganha razão e motivo, e pretende contribuir para a discussão sobre a importância da Defesa da Concorrência em um Bloco Econômico de Integração Regional.

Pretende-se utilizar como teoria central o Construtivismo, e tratar a construção da Defesa da Concorrência no Mercosul e a evolução de sua regulação, considerando entidades antitruste, atores e o meio social. Vale anotar que assumimos, para fins do presente trabalho, que as decisões econômicas não são tomadas apenas em função de comportamentos egoístas maximizadores e utilidade, ou seja, nem sempre as escolhas são definidas com base apenas em interesses egoístas e sim, possuem outros elementos, tais como comprometimento social, vinculação geográfica, sentimentos de pertencimento, dentre tantos outros (SEN, 1997, p. 84-106) (sem levar em conta, ainda, a própria questão da racionalidade limitada ou irracionalidade).

Neste trabalho, admitimos que, para os processos integracionistas, o direito antitruste deve ter como objetivo a cooperação e o desenvolvimento regional. Tal afirmação decorre diretamente da larga experiência antitruste desenvolvida pela União Europeia (GOMES, 2006, p. 139), que não é estática e sim, extremamente dinâmica, repleta de conflitos, mas essencialmente cooperativa.

2 A integração regional, o marco teórico e as relações internacionais

O planejamento econômico tornou-se nos últimos tempos, uma ferramenta a serviço do discurso desenvolvimentista. Devemos pensar e refletir sobre os elementos desse planejamento, tanto para recuperação de determinadas economias como

⁹ Não é objetivo de nosso trabalho a análise comparativa dos modelos de Defesa da Concorrência estranhos ao Mercosul, tais como o direito antitruste norte-americano, japonês e/ou europeu. Mesmo que considerando ser o Mercosul um bloco econômico de integração regional, e existam experiências de integração e regulação da União Europeia sobre a questão, o tema já foi pontual e criticamente desenvolvido de forma brilhante, sem prejuízo de outros tantos reconhecidos trabalhos e pesquisas, por: (i) VENTURA, 1997; (ii) VENTURA, 2003; (iii) LEAL; OLIVEIRA; FRANÇA; MIRANDA FILHO, 2001); e (iv) CUNHA, 2003.

para diminuir disparidades entre regiões. Ainda mais se estivermos defronte a um processo de integração regional nos moldes do Mercosul. E essa necessidade envolve as mais diferentes esferas de poder, seja político, social, econômico, dentre outras manifestações, enquanto este ainda é tido como o principal instrumento de operacionalização do poder. Não obstante, ao considerar os aspectos de democratização na América Latina, devemos ter em mente a importância na análise da relação Estado e sociedade dos elementos que compõem o processo de integração que estamos considerando. Vale lembrar apontamento de Ana Maria Stuart: “Se considerarmos que a democracia é uma construção histórica inacabada, o grande desafio na América Latina foi e continua sendo a questão da desigualdade social.” (STUART, 2006).

Assim, a abordagem construtivista nos permite pensar esses processos de integração e blocos regionais de forma histórica e socialmente construída. Com o fenômeno da globalização, verificamos a marcante internacionalização do capital, bem como a integração dos países nos fluxos internacionais de mercadorias, investimentos, pessoas e informações. Nesse contexto, as fronteiras que separavam as economias tornam-se frágeis sob o aspecto econômico e de circulação de pessoas e capitais, integrando diferentes localidades na economia mundial de mercado, alterando a forma de compreensão e interação dos espaços geográficos. Com isso, as ações geopolítico-econômicas no passo da história acabam por estabelecer novos parâmetros de hegemonia de poder. Reforça esse argumento a formação de blocos econômicos como a Mercado Comum Europeu, o Mercosul, a Comunidade Andina (CAN), o Mercado Comum Centro Americano (MCCA), a Comunidade Caribenha (Caricom), a Área de Livre Comércio das Américas (Nafta) dentre outros, que visivelmente representam o esforço de regionalização no mundo contemporâneo.

Temos, portanto, o território no centro dos processos de decisão política e empresarial, especialmente se forem considerados os processos de integração regional. Aqui, lembramos que em muitos momentos, o primeiro impacto sensível da integração é a visão da possibilidade de os Estados-Partes alcançarem um bom padrão de inserção internacional, e ainda, ao fazerem parte de um bloco econômico, terem a possibilidade de conseguir maior força nas relações comerciais internacionais. Ou seja, em tese, o comércio entre os países constituintes de um bloco econômico aumenta e gera crescimento econômico para eles.

Mas a realidade da atual busca por um bom padrão de inserção internacional parece ter novos contornos. Nos dizeres de Ana Maria Stuart:

A projeção da América do Sul no cenário mundial também se destaca porque emerge com estratégias convergentes de inserção internacional autônoma pela via do fortalecimento dos processos de integração já existentes – Mercosul e Comunidade Andina de Nações – e pela formação da Comunidade Sul-Americana de Nações. Sem ignorar as dificuldades... e as demoras na implementação de uma institucionalidade mais democrática [...] houve uma nítida mudança de projeto do Mercosul que hoje responde a uma lógica multidimensional: política, econômica, social e cultural. Dessa forma, a agenda da integração não está mais centrada no livre-comércio, como era nos 90, mas nela constam iniciativas de planejamento nas áreas produtiva, energética e de infra-estrutura, contemplando políticas públicas de combate às assimetrias (STUART, 2006).

Em outras palavras, o processo de integração verificado na América do Sul transborda a anterior referência de “união de forças” para o plano internacional, sendo permeado pelas possibilidades e alternativas de “união de forças” para o plano intrarregional na busca da redução das reconhecidas assimetrias, presentes e evidentes no espaço geográfico em questão. Esse pensamento de que a integração é estratégica no âmbito regional reforça-se nos dizeres de Magnoli, César e Yang, para quem “[...] a integração com países de seu entorno constitui caso, por excelência, de potencial de ganhos recíprocos em termos de economia de escala e de projeção política coletiva.” (MAGNOLI; CÉSAR; YANG, 2000, p. 42).

O estudo de processos de integração é, e deve ser, permeado por diversos aspectos sociais, econômicos, políticos, culturais, jurídicos etc. Ademais, além de não serem novos os processo de regionalismos, também não são poucos¹⁰, e envolvem compreensões diversas sobre varias dimensões. Segundo Hurrell, “[...] os fatores implicados no crescimento do regionalismo são numerosos, incluindo dimensões

¹⁰ Nesses termos, indicamos como fonte para conhecimento de dados estatísticos: Composição Geográfica e Econômica dos Grupos – Dados Estatísticos da OMC, em ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). Estatísticas do Comércio Internacional 2009. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/ statis_e/its2009_e/its09_metadata_e.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2009

econômicas, sociais, políticas, culturais ou históricas.” (HURRELL, 1995, p. 25), cabendo ao pesquisador efetuar o “recorte” daquilo que pretende extrair da realidade, pois a tentativa de alcançar a totalidade certamente tornará o trabalho inalcançável. [...] os debates contemporâneos lembram-nos que não existem regiões “naturais” e que as definições de “região” e os indicadores da “qualidade de ser região variam de acordo com o problema particular ou a questão que está se pesquisando” (HURRELL, 1995, p. 25), sendo que essas regiões possuem fronteiras que atualmente, pessoas, bens, produtos, comércio e serviços já não querem respeitar.

Nesse ponto, parece-nos que a perspectiva construtivista oferece uma ótica interessante para pensar a questão regulatória, não apenas observando os aspectos legais e institucionais, mas sim por meio do debate entre agentes/estrutura e identidades e interesses, traduzido pela busca da identificação de centros decisórios e de poder no âmbito das Relações Internacionais. Assim, “[...] a tendência em direção à integração regional aliada ao estabelecimento de mecanismos intergovernamentais de cooperação em matéria de política externa, como é o caso da União Européia, pode vir a constituir uma fonte importante de estabilidade para a ordem internacional.” (MELLO, 1999, p. 177). Ora, e nessa construção, temos a possível transformação de políticas e interesses, segundo o senso comum da colaboração.

Segundo Stuart:

[...] a explicação dessa transformação na hipótese das visões teóricas tradicionais é que a interação não modifica a natureza egoísta dos interesses dos Estados nacionais, e que as instituições são meros instrumentos dos Estados para viabilizar a cooperação. Os construtivistas contestam esses enfoques sustentando que a ação coletiva gera interesses próprios, interesses novos, e como resultado dessa interação o sistema se transforma, assim como se transforma a identidade dos atores que passam a partilhar valores comuns (STUART, 2003, p. 8).

Nossa afirmação encontra lastro e amparo evidente na afirmação de Hurrell e Woods, quando os autores apresentam sua versão para a definição de globalização, nitidamente conferindo aos agentes e à estrutura social uma maior relevância, consoante os interesses que lhes são próprios.

Transcrevemos a definição dos referidos autores:

Our definition of globalisation requires us to examine the political forces which shape its emergence and impact, and, in doing so, to reconsider the sources and nature of inequality among states. We need to replace the liberal Kantian image of progressive enmeshment with the more complex idea of coercive socialisation, involving both a range of external pressures (both state-based and market-based) and a variety of transmission mechanisms between the external and the domestic (HURRELL; WOODS, 1995, p. 457)¹¹.

Lembramos que Hurrell e Woods destacam uma importante *dupla mão* no conceito e aplicação do fenômeno da globalização, tendo em vista que os autores entendem que a globalização afeta diretamente as desigualdades ao redor do planeta, mas também, essas mesmas desigualdades afetam e moldam o processo de globalização.

Não obstante, o estudo e análise das Relações Internacionais está sujeito, assim como outros campos das ciências humanas, a uma acumulação de variáveis e necessidades de recortes teóricos que podem influenciar os resultados de tal sorte que não se deve afirmar “verdades universais” lastreadas em construções teóricas. Segundo Aron, “[...] o estudo empírico das relações internacionais visa precisamente determinar a percepção histórica que orienta o comportamento dos atores coletivos, as decisões dos responsáveis por esse comportamento. A teoria põe em evidência a diversidade dos temas dos conflitos entre os atores coletivos e dos seus objetivos.” (ARON, 1985, p. 384). Assim, a busca volta-se ao modelo de interpretação da realidade, por meio do qual pretendemos apontar nossas reflexões.

Assim, o modelo construtivista, privilegiando a forma como identidades e interesses são socialmente construídos, coloca em evidência o papel das organiza-

¹¹ Tradução Livre do Autor: “Nossa definição de globalização nos obriga a examinar as forças políticas que moldam o seu surgimento e impacto, e, ao fazê-lo, a reconsiderar as origens e a natureza da desigualdade entre os estados. Precisamos substituir a imagem liberal kantiana de aglutinação progressiva com a idéia mais complexa de socialização coercitiva, envolvendo uma gama de pressões externas (ambos baseados no estado e baseada no mercado) e uma variedade de mecanismos de transmissão entre o externo e o interno”.

ções internacionais, pois permite alterar conceitos como de identidades e interesses locais, nacionais, regionais e internacionais, para construir e alterar a perspectiva de Estados e outros atores. Nesse sentido, dado o ambiente supranacional, fixado pela construção de Estados com possível delegação de parcela de suas atribuições, ou com a permissão e outorga de parcela de suas faculdades soberanas, as políticas estatais podem ser trabalhadas e definidas segundo normas internacionais, fixadas e produzidas por instituições e organizações internacionais. Ora, dessa forma, a perspectiva construtivista pode contribuir com elementos para compreender a constituição e o funcionamento de instituições e regimes internacionais, em face dos mais notórios e influentes processos de integração regional.

Essa forma de observar a realidade e buscar entender a realidade não pode de maneira alguma estar deslocada ou desvinculada da construção, meios e modos, dessa mesma realidade (ROCHA, 2002, p. 179). Partindo desse conceito, a “[...] integração é concebida como resultante das ações que, dentro do sistema de Estados, buscam institucionalizar práticas e expectativas comuns que garantam a cooperação para organizar as demanda econômico-sociais e políticas das diferentes instâncias representativas dos poderes dos Estados.” (STUART, 2003, p. 5). Dessa ótica, o processo de integração acaba, de uma forma ou de outra, por contar com a contribuição de agentes que, em determinada medida, são limitados pelas estruturas que vão sendo criadas, e em contrapartida, direta e indiretamente manifestam e exercem influência sobre os processos relevantes e importantes do bloco no contexto da realidade internacional.

3 A construção da defesa da concorrência no Mercosul

Trabalhamos com a hipótese de que, juntamente com a importância do desenvolvimento e aprofundamento do marco regulatório da Defesa da Concorrência no Mercosul, as políticas antitruste integram as políticas industriais dos Estados-Partes agindo como elemento contributivo na construção da integração de mercados regionais. Com isso, compreendemos que políticas industriais, política de Defesa da Concorrência e política externa integram a categoria de efetivas políticas públicas. Isso permitirá o entendimento mais claro de que por meio do

referido *continuum* as influências e limites existentes na relação agentes/estruturas operam na construção da cooperação, interesses e identidades, sob uma perspectiva construtivista das Relações Internacionais.

Pretendemos agora nos concentrar na situação regulatória e verificar a experiência integracionista do Mercosul.

3.1 Breve histórico da regulação e o “estado da arte” do antitruste no Mercosul

Dado um processo de integração regional, com vistas ao estabelecimento de um Mercado Comum, é elemento essencial que exista coerência na prática legislativa entre os Estados-Partes. Sem tal elemento, a instituição do Mercado Comum pode ser comprometida. Ademais, tal prática igualmente exige que sejam estabelecidas metas e políticas mínimas comuns, por meio de uma agenda comum de harmonização legislativa.

Nesse sentido, o Tratado de Assunção fixa a relevância do compromisso de harmonização de suas legislações internas, visando ao desenvolvimento e ao fortalecimento do processo de integração.¹² Igualmente, o compromisso de harmonização legislativa foi reforçado e aprofundado pelo Protocolo de Ouro Preto,

¹² Tratado de Assunção – Tratado de Constituição de um Mercado Comum: “CAPÍTULO I - Propósitos, Princípios e Instrumentos - ARTIGO 1 -Este Mercado comum implica: A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum e relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes, e O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.” (grifo nosso) Disponível em <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/655/1/CMC_1991_TRATADO_ES_Asuncion.pdf>. Acesso em: 10 out.2009

que também impõe a questão como elemento requerido ao avanço do processo de integração¹³, autorizando, inclusive, quando necessário que o Conselho do Mercado Comum solicite à Comissão Parlamentar Conjunta o exame de temas prioritários, visando acelerar a pronta entrada em vigor das normas emanadas dos órgãos do Mercosul.

Contudo, no tocante a essa harmonia, não encontramos no atual marco regulatório do Mercosul normas sobre concorrência comercial de forma equilibrada entre os Estados-Partes, o que leva visivelmente ao não cumprimento do disposto no artigo 4º do Tratado de Assunção,¹⁴ que determina que os Estados-Partes devem coordenar suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

Vale aqui destacar que, diretamente, os Estados-Partes do Mercosul reconheceram ser a Defesa da Concorrência e a defesa comercial elementos da política nacional, nos termos do referido artigo 4º do Tratado de Assunção. Isso implica reconhecer que devem os Estados, no curso do processo de integração, trabalhar para harmonizar também suas políticas industriais, considerando a Defesa da Concorrência comum um elemento delas.

¹³ Protocolo de Ouro Preto – Protocolo adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul: “Artigo 25 - A Comissão Parlamentar Conjunta procurará acelerar os procedimentos internos correspondentes nos Estados Partes para a pronta entrada em vigor das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo. Da mesma forma, coadjuvará na harmonização de legislações, tal como requerido pelo avanço do processo de integração. Quando necessário, o Conselho do Mercado Comum solicitará à Comissão Parlamentar Conjunta o exame de temas prioritários.” (grifo nosso) Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/655/1/CMC_1994_PROTOCOLO%20OURO%20PRETO_ES.pdf>. Acesso em: 16 set.2009

¹⁴ Tratado de Assunção: “Artigo 4º - Nas relações com terceiros países, os Estados Partes assegurarão condições eqüitativas de comércio. Para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais, para inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, dumping qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.” (grifo nosso) Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/655/1/CMC_1991_TRATADO_ES_Assuncion.pdf>. Acesso em: 10 out. 2009

No tocante à Defesa da Concorrência, o relacionamento dos Estados-Partes iniciava-se no Comitê Técnico nº 5,¹⁵ criado em 15/02/1995 e vinculado à Comissão de Comércio do Mercosul – CCM – que deveria submeter as questões ao Grupo Mercado Comum – GMC, que por sua vez apresentaria para decisão ao Conselho do Mercado Comum – CMC, órgão máximo do bloco. Essas normas buscaram refletir equilibradamente os interesses de todos os sócios e devem ser consideradas um conjunto integral destas vontades.

Dos trabalhos do Comitê Técnico nº 5 resultou a proposta da norma votada para a Defesa da Concorrência no Mercosul.¹⁶ Assim, o Conselho do Mer-

¹⁵ O Comitê Técnico nº 5, vinculado à Comissão de Comércio do Mercosul – CCM, tem como antecedente o Grupo de Trabalho SGT Nº 10/ Comissão de Defesa da Concorrência, que existiu no período de 1991 a 1994.

¹⁶ Segundo notícia histórica de Di Biase, “O Comitê Técnico nº 5 se reuniu cinco vezes no ano de 1995, em reunião de comitê, e cinco vezes mais no ano de 1996; neste último já de forma conjunta com o grupo ad hoc de assuntos institucionais. Nesse Comitê, o Brasil, já na segunda reunião, negociou um projeto de Protocolo, em maio do ano de 1995. Sua quinta reunião com o grupo ad hoc de assuntos institucionais terminou em Brasília, em 14 de novembro de 1996. Nesse momento, na Ata Conjunta nº 5/96, o Comitê Técnico aprovou, por consenso, uma ata de defesa da concorrência, destacando-se um ineficaz avanço conseguido na temática. Não obstante, a delegação da Argentina estabeleceu que a ata não pode ser considerada como projeto comum de defesa da concorrência, pois não inclui uma seção referente à ajuda do Estado, apesar de a mesma constituir uma distorção da igualdade de condições para competir. A Argentina continuará aplicando sua legislação nacional em matéria de direitos anti-dumping e compensatórios ao comércio intrazona. A delegação brasileira considerou cumprido o mandato outorgado ao Comitê 5, considerou que o tema “ajuda de Estado” não está previsto na Decisão 21/94, mas está a cargo de um outro comitê, o Comitê Técnico nº 4, e inclusive assinalou a delegação brasileira que o projeto acordado no Comitê Técnico nº 5, levado à Comissão de Comércio originalmente, não continha disposições a respeito de ajuda do Estado. A delegação do Paraguai considerou que o texto é completo com relação às necessidades normativas de uma legislação anti-trust, ainda que incompleto quanto às medidas de interesse central de instaurar o mecanismo de defesa da concorrência na união aduaneira, pois requer a incorporação ao Protocolo da avaliação e do controle dos efeitos distorcedores produzidos pelas ajudas de Estado. A delegação uruguaia considerou que o texto definitivo do Protocolo deve necessariamente contemplar um tema de fundamental importância, como a ajuda do Estado, mecanismo indispensável para disciplinar as condutas dos Estados susceptíveis de afetar o livre jogo da concorrência no mercado regional. As três delegações - da Argentina, do Paraguai e do Uruguai - julgaram adequado levar ao conhecimento da Comissão de Comércio do Mercosul as divergências referentes ao conteúdo do Estatuto, para que a Comissão adote as medidas que estime oportunas.” DI BIASE (2010).

cado Comum, reunido na cidade de Fortaleza, no Brasil, em 17 de dezembro de 1996 decidiu, por meio da Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. N° 18/96,¹⁷ aprovar o “Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul”, conhecido por Protocolo de Fortaleza.¹⁸ O escopo da normativa, como o próprio nome apontava, tinha por objeto a Defesa da Concorrência no âmbito do Mercosul.

O Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul - PDC, não obstante o objetivo principal de cooperação técnica entre as Autoridades Antitruste dos Estados-Partes do Mercosul, também estabeleceu procedimentos de cooperação entre essas autoridades, criando o Comitê de Defesa da Concorrência do Mercosul - CDC. A norma partiu do reconhecimento, pelos Estados-Partes, de que o estabelecimento de condições adequadas de concorrência é imperativo para a livre circulação de bens e serviços entre os Estados-Partes, assim como é importante, para o cumprimento dos objetivos de livre comércio estabelecidos no Tratado de Assunção, que o Mercosul conte com um marco regulatório que preserve e promova a livre concorrência. Nesse ponto, os Estados-Partes reconheceram a necessidade urgente de que fossem estabelecidas diretrizes para a Defesa da Concorrência, julgando que a mesma seria instrumento capaz de assegurar o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica representado pelo bloco.

Em 18 de junho de 1997, os Estados-Partes resolveram firmar um anexo ao “Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul”, visando estabelecer os critérios de quantificação do valor das multas previstas no referido Protocolo. Trata-se da Decisão MERCOSUL/CMC/DEC N° 2/97, que já foi tomada em conta do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, aprovado pela Decisão CMC N° 18/96.

¹⁷ Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul - Protocolo de Fortaleza – PDC - Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. N° 18/96. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_018_096_Protocolo%20Defesa%20Concorrência_At%202_96.PDF>. Acesso em: 05 jul. 2010

¹⁸ A Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. N° 18/96 teve fundamento no Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, a Decisão 21/94 do Conselho do Mercado Comum, a Resolução 129/94 do Grupo Mercado Comum e a Diretiva 1/95 da Comissão de Comércio do Mercosul.

Contudo, apesar das divergências verificadas no processo de formulação do Protocolo de Fortaleza, tanto no seio do Comitê Técnico nº 5, quando nas reuniões da Comissão de Comércio do Mercosul, e apesar da sua aprovação no ano de 1996, a norma não foi efetivamente internalizada nos ordenamentos jurídicos nacionais. O Paraguai o fez quase que imediatamente, seguido pelo Brasil, no ano de 2000. Até a conclusão de nossas pesquisas, em julho de 2010, Argentina e Paraguai ainda não haviam depositado os instrumentos de ratificação da Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 18/96, a saber, o “Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul”.

Assim, tanto no âmbito legislativo interno dos Estados-Partes, quanto nas instâncias do Mercosul, seguiu-se um longo período de inatividade. Tal situação, não obstante os impasses gerados pela própria necessidade de internalização da norma aos ordenamentos jurídicos pátrios, foi também especialmente fomentada pelas crises econômicas mundiais, que, naturalmente, repercutiram direta e indiretamente na América Latina, tais como a crise asiática (1997) que atingiu também Rússia e Brasil (1998), culminando com a crise do subprime (2007). Durante o período, o foco, a atenção e as prioridades dos Estados efetivamente foram alteradas, ficando para segundo plano a regulamentação da matéria. Ademais, muitas trazem consigo o retorno do protecionismo, pois *“ante crisis profundas, los desconciertos conducen a evocar precedentes históricos, sea para interpretarlas o para encarar soluciones. En relación al impacto en el comercio mundial, dos precedentes son mencionados.”* (PEÑA FÉLIX, 2009).

Visando a diminuição dos impactos desses desequilíbrios globais, os Estados-Partes uniram-se novamente com vistas a reforçar o projeto de constituir um Mercado Comum, tratando em determinadas normativas efetivamente as medidas como sendo de “Relançamento do Mercosul”. No ano de 2000, o Conselho do Mercado Comum, reunido em Buenos Aires, publicou diversas decisões nesse sentido, interessando-nos especialmente a Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 28/00¹⁹, que reconhecia que, para o bom funcionamento do Mercado Comum, é indis-

¹⁹ A Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 28/00 teve por fundamento o Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto e as Decisões 9/95, 18/96 e 11/97 do Conselho do Mercado Comum.

pensável tratar de forma inter-relacionada os aspectos relativos à defesa comercial intrazona e a Defesa da Concorrência. Nessa Decisão, em seu art. 4, restou decidido encomendar ao Grupo Mercado Comum - GMC que instruisse à Comissão de Comércio do Mercosul - CCM para analisar o aperfeiçoamento das disciplinas e mecanismos da defesa da concorrência no Mercosul.

Este trabalho foi levado adiante e, já em março de 2003, foi estabelecida a diretiva MERCOSUL/CCM/DIR. N° 01/03,²⁰ aprovou o “Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul”,²¹ fazendo parte, inclusive, da diretiva da Comissão de Comércio do Mercosul. A norma foi o reconhecimento, pelos Estados-Partes, de que era necessário regulamentar o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, dando continuidade aos trabalhos de 1996.

Segundo a diretiva MERCOSUL/CCM/DIR. N° 01/03, o Comitê de Defesa da Concorrência (CDC), na qualidade de órgão intergovernamental da Comissão de Comércio do Mercosul, foi alocado como encarregado de aplicar o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (PDC).²² O Comitê de Defesa da Concorrência é composto pelos órgãos nacionais de aplicação do PDC de cada Estado-Parte, os quais são representados por um membro titular e dois membros alternos.²³ A primeira parte do Regulamento trata ainda da Composição e das Reuniões do Comitê, bem como de seus sistemas de tomada de decisões, que serão por consen-

²⁰ MERCOSUL/CCM/DIR. N° 01/03 – Comissão de Comércio do Mercosul. Disponível em: <<http://200.40.51.218/SAM/GestDoc/PubWeb.nsf/Normativa?ReadForm&lang=ESP&id=5CF360370F6D6DEB032575B500598E83&lang=ESP>>. Acesso em: 10 mar. 2010

²¹ A diretiva MERCOSUL/CCM/DIR. N° 01/03 está baseada no Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto e a Decisão N° 18/96 do Conselho Mercado Comum.

²² Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul - MERCOSUL/CCM/DIR. N° 01/03: “ARTIGO 1 – O Comitê de Defesa da Concorrência (CDC) é o órgão intergovernamental da Comissão de Comércio do MERCOSUL encarregado de aplicar o Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL (PDC).”

²³ Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul - MERCOSUL/CCM/DIR. N° 01/03: “ARTIGO 2 – O Comitê de Defesa da Concorrência é composto pelos órgãos nacionais de aplicação (ONA) do PDC de cada Estado Parte, os quais serão representados por um membro titular e dois membros alternos. Parágrafo único – A presença do membro titular nas reuniões do CDC não exclui a dos membros alternos.”

so dos Estados-Partes que tenham ratificado o PDC.²⁴ A segunda parte regula de forma pontual e detalhada a aplicação do Protocolo, sendo que para efeitos de determinação do âmbito de aplicação do PDC, deve ser considerada concomitantemente a afetação do comércio entre os Estados-Partes e a afetação dos mercados relevantes de bens ou serviços no âmbito do Mercosul.²⁵

A diretiva MERCOSUL/CCM/DIR. N° 01/03 estabelece ainda a competência dos órgãos nacionais de cada Estado-Parte na aplicação do PDC, a aplicação procedimental do PDC, as regras para o compromisso de cessação e as sanções para o caso de descumprimento da ordem de cessação da prática infringente. O procedimento de aplicação tem seu início perante os órgãos nacionais que, de ofício ou por representação fundada de parte legitimamente interessada, devem submeter, dentro dos 60 dias depois de iniciada, ao Comitê de Defesa da Concorrência do Mercosul, a reclamação, juntamente com uma avaliação técnica preliminar. Segue-se o procedimento nos termos detalhadamente regulados pelos artigos 13 a 30 do Regulamento do PDC.

Por fim, cabe apontar que não foi objeto da diretiva MERCOSUL/CCM/DIR. N° 01/03 a regulamentação do “Capítulo III – Do Controle de Atos e Contratos” do Protocolo de Fortaleza. Segundo o art. 7° do PDC,²⁶ os Estados-Partes

²⁴ Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul - MERCOSUL/CCM/DIR. N° 01/03: “ARTIGO 7 – O CDC tomará suas decisões por consenso dos Estados Partes que tenham ratificado o PDC.”

²⁵ Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul - MERCOSUL/CCM/DIR. N° 01/03: “ARTIGO 10 – Para efeitos de determinação do âmbito de aplicação do PDC, considerar-se-á, concomitantemente, a afetação do comércio entre os Estados Partes e a afetação dos mercados relevantes de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL. Parágrafo único – Entende-se por “bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL” o conjunto de bens e serviços que são produzidos ou comercializados no território de um ou mais Estados Partes do MERCOSUL.”

²⁶ Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul - Protocolo de Fortaleza – PDC - Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. N° 18/96. “Capítulo III - DO CONTROLE DE ATOS E CONTRATOS - Art. 7° 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 manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul.” Disponível

deveriam ter adotado, para fins de incorporação à normativa do Mercosul, dentro do prazo de 2 anos (ou seja, até 1998), normas comuns para o controle dos atos e contratos, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul. Essa omissão não representa esquecimento dos membros do Mercosul, e sim, reflete um ponto de divergência na aplicação do controle dos atos e contratos, inclusive aqueles que resultam em concentração econômica, entre as legislações argentina e brasileira. Apontaremos, adiante, a experiência cooperativa que pode resultar na superação desse impasse legislativo, contribuindo para o aprofundamento do marco regulatório.

3.2 A cooperação e os avanços da regulação do protocolo de fortaleza

A atuação de dois ou mais Estados, de forma conjunta, visando à colaboração em determinado tema ou questão, é usualmente regulada por meio da introdução de acordos como inovação em suas relações bilaterais. Tais acordos de cooperação são baseados no princípio de “cortesia positiva”.²⁷ Para Oliveira e Rodas, cortesia refere-se ao que “[...] um país, ao aplicar suas próprias leis antitruste, leva, de maneira voluntária, em consideração os interesses de outros países, muito embora não necessite dar-lhes, obrigatoriamente, um determinado peso.” (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 385). Assim, esse princípio reflete cláusula inserida nos referidos acordos

em>: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_018_096_Protocolo%20Defesa%20Concorrência_At%202_96.PDF>. Acesso em: 05 jul. 2010

²⁷ Segundo José Tavares Araújo Jr.: “Cortesia positiva é um neologismo que foi incorporado ao vocabulário antitruste para descrever situações em que dois países decidem aplicar de forma recíproca as normas de extraterritorialidade contidas em suas respectivas legislações. Assim, os acordos de cooperação acima descritos não implicam qualquer alteração nas leis nacionais e, de fato, todas as providências ali estabelecidas poderiam ser realizadas independentemente da assinatura de qualquer protocolo, já que o instrumento que confere poder jurídico àquelas ações não é o acordo de cortesia positiva, mas a lei nacional. 10 Entretanto, acordos deste tipo cumprem importantes funções operacionais e políticas, como a de facilitar as investigações sobre eventos ocorridos no exterior, fortalecer a confiança mútua entre as autoridades antitruste e alertar o setor privado sobre a efetividade das novas disciplinas.” ARAÚJO JR. Mimeo, 2001, p 9. Disponível em: <http://www.ecostrat.net/files/Politica_de_Concorrência_no_Mercosul.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2010

internacionais, pela qual são exigidos dos Estados signatários atos positivos de cooperação e assistência recíproca, que usualmente não têm caráter vinculativo, pois reflete mecanismo de aplicação voluntária, que tem por objetivo dirimir conflitos e tensões causados por aplicações unilaterais de legislações nacionais.

O princípio de cortesia positiva é passível de ser incorporado em acordos e tratados instituidores de processos de integração regional, por meio de cláusulas de cortesia, por meio das quais “[...] as partes se comprometem a levar em consideração os interesses da contratante no desempenho de suas funções.” (NUSDEO, 2002, p. 170). Dessa feita, práticas que ocorram no território de uma parte podem ser passíveis de pleito por parte de outras partes que se sintam prejudicadas.²⁸ Dessa feita, a inclusão desse tipo de disposições pode elevar possíveis níveis de cooperação e colaboração entre os Estados-Partes, mesmo que sejam possíveis diversas modalidades de limitações.²⁹

O acordo firmado em outubro de 2003 pelas autoridades de Defesa da Concorrência da Argentina e do Brasil, 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”, insere-se como um acordo no qual o princípio de cortesia positiva está presente. Segundo Oliveira e Rodas, esse acordo apresenta algumas limitações quanto às informações confidenciais, mas poderia ser apontado como um “acordo de primeira geração”, “[...] inobstante haja previsão de cooperação mais intensa entre ambos os países, tanto na troca de informações, quanto no exame conjunto de políticas públicas que tenham influência na concorrência” (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 387).

²⁸ Vale destacar, como apontado por Nusdeo, que tem sido “[...] difundido o uso da chamada cláusula de cortesia positiva, estabelecendo a presunção de deferimento por uma das partes, na aplicação de suas regras de concorrência, ao interesse da outra, quando as atividades anticompetitivas forem direcionadas principalmente ao território dessa última.” (NUSDEO, 2002, p. 171).

²⁹ Segundo Oliveira e Rodas, “[...] o entusiasmo inicial quanto à eficácia da cortesia positiva, deu lugar a opinião mais cautelosa em virtude das limitações verificadas: voluntariedade de sua implementação; confiança que deve existir entre o Estado requisitante e o requisitado; não alcance de práticas nascidas em terceiros Estados; necessidade de a conduta indigitada ser ilegal tanto no Estado requisitante, como no requisitado; e a ausência de transparência e/ou delonga em responder à solicitação.” (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 386).

No tocante ao relacionamento dos membros do Mercosul, após a regulamentação do Protocolo de Fortaleza, em 1996, e após o longo período de crise do bloco, ao marco regulatório da Defesa da Concorrência foram integradas duas outras decisões do Conselho do Mercado Comum do Mercosul, relacionadas diretamente à cooperação de autoridades nacionais de Defesa da Concorrência. Compreendemos que essas duas normativas refletem um efetivo amadurecimento institucional do bloco, bem como também demonstram uma momentânea convergência das vontades políticas dos dirigentes políticos dos Estados-Partes.

A primeira decisão é a MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 04/04, de 7 de julho de 2004,³⁰ que aprovou o “Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados-Partes do Mercosul para Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência”. O objetivo do Entendimento é a promoção da cooperação, incluindo tanto a cooperação na aplicação da legislação nacional de concorrência quanto à cooperação técnica entre as Autoridades de Concorrência, visando assegurar que as Partes tomem em consideração os importantes interesses recíprocos nas atividades de aplicação da legislação nacional de concorrência. A normativa também buscou estabelecer elementos para a cooperação relativa a práticas anticompetitivas no território de um Estado-Parte que pudessem afetar adversamente os interesses de outro Estado-Parte.

Vale notar que a Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 04/04 já buscava identificar, diferente das normas anteriores, quais seriam as normas de Defesa da Concorrência de cada Estado-Parte. Em seus termos, aponta como legislação nacional ou lei de concorrência as seguintes: a) para a Argentina, a Lei 25.156, sua regulamentação e o Decreto 396/01; b) para o Brasil, as Leis 8.884/94, 9.021/95 e 10.149/00 e sua regulamentação; c) para o Paraguai, o Art. 107 da Constituição Nacional e, uma vez aprovada, a Lei de Defesa da Concorrência; d) para o Uruguai, os Artigos 14, 15 e 16 da Lei 17.243, os Artigos 157 e 158 da Lei 17.296, e os Decretos 86/01 e 440/02.

³⁰ Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 04/04. Disponível em: <[http://200.40.51.218/SAM%5CGestDoc%5Cpubweb.nsf/A8E8D44B5191EDC7832577570020E8F5/\\$File/DEC_004-2004_PT_Entend.%20Coop%20Autoridades%20Def.Concor.pdf](http://200.40.51.218/SAM%5CGestDoc%5Cpubweb.nsf/A8E8D44B5191EDC7832577570020E8F5/$File/DEC_004-2004_PT_Entend.%20Coop%20Autoridades%20Def.Concor.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2010

A outra referida decisão é a MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 15/06, de 20 de julho de 2006,³¹ que 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”. O objetivo do Entendimento é a promoção da cooperação, incluindo tanto a cooperação para a aplicação dos procedimentos de controle de concentrações econômicas previstos nas legislações nacionais quanto à cooperação técnica entre as Autoridades de Concorrência, e visando assegurar que os Estados-Partes tomem em consideração os importantes interesses recíprocos envolvidos nessas atividades.

Ademais, considerando a divergências diretas na esfera política entre os Estados-Partes, parece-nos muito relevante a importância dada à cooperação e fortemente presente nas decisões MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 04/04 e MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 15/06. Nos termos do artigo sétimo de ambas as Decisões, foram destacadas determinadas atividades de cooperação técnica, em função do reconhecimento de interesse recíproco que as Autoridades de Concorrência dos Estados-Partes trabalhassem conjuntamente em atividades de cooperação técnica relacionadas com a Aplicação de sua Legislação de Concorrência. Segundo a previsão das Decisões, tais atividades podem envolver: a) o intercâmbio de informações; b) o intercâmbio de funcionários das Autoridades de Concorrência para fins de treinamento na Autoridade de Concorrência de outros Estados-Partes; c) a participação de pessoal das Autoridades de Concorrência como conferencistas ou consultores em cursos de treinamento relativos à legislação de concorrência organizados ou patrocinados por suas Autoridades de Concorrência; e d) qualquer outra forma de cooperação técnica que a Autoridade de Concorrência das Partes acorde que sejam apropriadas aos fins das referidas normas.

Por fim, cumpre reforçar que esses avanços verificados devem, naturalmente, ser computados e assimilados pela estrutura do Mercosul, com vistas ao desenvolvimento do marco regulatório da Defesa da Concorrência e aprofundamento do PDC.

³¹ Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 15/06. Disponível em <[http://200.40.51.218/SAM%5CGestDoc%5Cpubweb.nsf/68CF296E32F542778325775700213508/\\$File/DEC_015-2006_PT_EntendCoopAutoDefConc.pdf](http://200.40.51.218/SAM%5CGestDoc%5Cpubweb.nsf/68CF296E32F542778325775700213508/$File/DEC_015-2006_PT_EntendCoopAutoDefConc.pdf)>. Acesso em 05 jul.2010

E a utilização da cortesia positiva pode representar uma importante ferramenta para tal finalidade. Mas lembramos alerta de Tavares, para que a “[...] cortesia positiva não é uma panacéia, mas uma solução transitória para remediar parcialmente um problema de âmbito multilateral. Sua principal virtude é a de evitar que interesses nacionais conflitantes sejam abordados sob a perspectiva estreita das negociações mercantilistas setoriais.” (ARAÚJO JR., 2001, p. 11). Com isso, ao invés de atacar diretamente uma questão, consegue-se, por meio da cortesia positiva, avanços que poderiam não ser obtidos diretamente. Mas essa virtude deve ser tratada como transitória, devendo os governos unir esforços para ampliar a questão e “[...] ao invés proteger apenas os interesses dos exportadores e das empresas que competem com importações, os governos são levados a considerar outras dimensões do interesse nacional, como a eficiência agregada da indústria doméstica e o bem estar do consumidor.” (ARAÚJO JR., 2001, p. 11).

4 Notas conclusivas sobre a construção da regulação

O processo perpetrado pelo Mercosul, na América do Sul, trabalha com línguas, culturas e sociedades desiguais, fortemente marcadas por assimetrias econômico-sociais, mas que almeja, segundo ditames esculpidos no preâmbulo do Tratado de Assunção,³² o crescimento do bloco regional, buscando a ampliação das dimensões dos respectivos mercados nacionais por meio da integração,³³ tendo consciência da “[...] necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens de serviço disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes”.³⁴ Ocorre que o desenvolvimento científico e tecnológico

³² Tratado de Assunção – Tratado de Constituição de um Mercado Comum firmado entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/655/1/CMC_1991_TRATADO_ES_Asuncion.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2009

³³ Reconhecendo, ainda, tal fator como condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social.

³⁴ Tratado de Assunção – Tratado de Constituição de um Mercado Comum firmado entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/655/1/CMC_1991_TRATADO_ES_Asuncion.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2009.

em mercados nacionais é, em grande parte das vezes, acompanhado por forte impulso concorrencial verificado em fluxos de investimento e atuação internacional no setor privado.

No âmbito do Mercosul e regulação da Defesa da Concorrência, parece que o processo regulatório está sendo construído de forma diversa daquela originalmente pensada ou estruturada por meio do PDC. A regulação vertical, “de cima para baixo” e oriunda dos ditames do PDC, abriu espaço para um processo marcado por momentos de predominância do fluxo horizontal e momentos inversos de fluxos “de baixo para cima”, nos quais os entendimentos das Autoridades Nacionais de Defesa da Concorrência parecem ter sido reconhecidos pelos Estados-Partes, como iniciativas havidas para além dos canais diplomáticos normais de decisão. Isso porque as decisões MERCOSUL/CMC/DEC. N° 04/04 e MERCOSUL/CMC/DEC. N° 15/06 consolidam entendimentos tomados por autoridades nacionais. Trata-se de efetivo e importante avanço na regulação da Defesa da Concorrência no Mercosul e da concretização dos objetivos de cooperação regional, especialmente com vistas ao desenvolvimento da cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do Mercosul, na busca, inclusive, da concretização dos objetivos de cooperação, impostos e estabelecidos no artigo 30³⁵ do Protocolo de Fortaleza. Referido artigo estabelece que os Estados-Partes, devem assegurar a implementação da Defesa da Concorrência no âmbito regional, adotar mecanismos de cooperação e consultas no plano técnico, visando sistematizar e

³⁵ MERCOSUL/CMC/DEC. N° 18/96: “CAPITULO VIII- DA COOPERAÇÃO - Art. 30º Para assegurar a implementação do presente Protocolo, os Estados Partes, por meio dos respectivos órgãos nacionais de aplicação, adotarão mecanismos de cooperação e consultas no plano técnico no sentido de: a) sistematizar e intensificar a cooperação entre os órgãos e autoridades nacionais responsáveis com vistas ao aperfeiçoamento dos sistemas nacionais e dos instrumentos comuns de defesa da concorrência, mediante um programa de intercâmbio de informações e experiências, de treinamento de técnicos e de compilação da jurisprudência relativa à defesa da concorrência, bem como da investigação conjunta das práticas lesivas à concorrência no MERCOSUL; b) identificar e mobilizar, inclusive por meio de acordos de cooperação técnica em matéria de defesa da concorrência celebrados com outros Estados ou agrupamentos regionais, os recursos necessários à implementação do programa de cooperação à que se refere a allnea anterior.” Disponível em <<http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuerdos/1996/portugues/19%20Protocolo%20de%20Defensa%20de%20la%20Competencia%20del%20MERCOSUR.pdf>>. Acesso em: 14.out.2009

intensificar a cooperação entre os órgãos e autoridades nacionais, inclusive para a investigação conjunta das práticas lesivas à concorrência, e identificar e mobilizar os recursos necessários à implementação da referida cooperação.

Nesse sentido, entendemos que a regulação antitruste desenvolvida no Mercosul está sendo efetivamente criada segundo movimentos e impulsos de outros agentes que não os usuais, ou seja, os Estados-Partes, por meio de sua estrutura diplomática, e sim, por meio de agentes subnacionais.

Lembramos que o processo de formação do direito comunitário envolve o consentimento dos Estados soberanos, que, por meio de projetos democráticos buscam atuar na formulação de um projeto comum, envolvendo objetivos fixados em seus tratados instituidores e horizontes de longo prazo. Lembramos que “[...] o surgimento de desvantagens concorrenciais não pode ser evitado, enquanto uma adequação regulatória que equilibre essa desvantagem concorrência terá efeito apenas nos períodos futuros” (WEGNER, 2007, p. 74), e, portanto, requer predisposição social, política e jurídica para aceitar os períodos de acertos, erros e acomodações no âmbito regulatório.

E, nesse processo de formação, temos outro, o processo decisório, que se desenvolve por meio de um *continuum*, sem que possamos nitidamente distinguir uma ou mais modalidades de políticas da categoria ampla de políticas públicas, e se a Defesa da Concorrência integra a categoria de políticas públicas, esses agentes subnacionais estão trabalhando de forma definitiva na construção da regulação antitruste no Mercosul. Somos inclinados a aceitar que a dimensão horizontal, expressada por meio de tempo e espaço e seus eixos temáticos, é acrescida da dimensão vertical, composta pelos conhecidos níveis do referido *continuum* decisório, a saber, o local, estatal, regional e internacional. Neste “espaço bidimensional” confluem múltiplos fatores que influenciam e contribuem para a formulação da política exterior dos Estados, mas também estas dimensões acabaram se revelando estreitamente vinculadas, pois foram simultaneamente construídas (em função da estreita relação agente-estrutura) e altamente complexas, porque se relacionam ao mesmo tempo com marcos legais que servem de base para instituições e estruturas internacionais.

Concluimos reforçando nosso entendimento de que a Defesa da Concorrência pode representar um forte elemento para políticas de desenvolvimento regional na América do Sul, especialmente para os países integrantes do Mercosul, conforme analisamos no presente trabalho. Ademais, as referidas políticas integram processos contínuos na relação agente /estrutura, acabando os agentes por influenciarem as estruturas e estas por limitarem a liberdade utópica de atuação daqueles, pois eles se desenvolvem por meio de um *continuum*, sem que possamos nitidamente distinguir uma ou mais modalidades de políticas da categoria ampla de políticas públicas. Políticas industriais, política de Defesa da Concorrência e política externa integram a categoria de efetivas políticas públicas, refletindo no entendimento mais claro de que, por meio do referido *continuum*, as influências e limites existentes na relação agentes/estruturas operam na construção da cooperação e interesses, sob uma perspectiva construtivista das Relações Internacionais.

La Construcción de la defensa de la competencia en Mercosur

Resumen

El punto histórico contextual de nuestro estudio es el “Protocolo de Defensa de la Competencia en el Mercosur - Protocolo de Fortaleza”, de 17/12/1996. A pesar de que este marco regulatorio haya sido ratificado por algunos Estados-Parte del Mercosur, y en Brasil haya sido ratificado a través del Decreto n° 3.602, de 18/9/2000, en sus muchos años de vigencia presentó pocos avances. Las causas apuntadas son variadas: divergencias políticas, dificultades de implementación, cuestiones de conyuntura resultantes de crisis económicas mundiales. Este trabajo trata del estudio de la actual situación regulatoria del Mercosur, del punto de vista de la teoría constructivista de las Relaciones Internacionales, considerando el proyecto de integración regional y su forma de regulación. Pretendemos demostrar la evolución de la regulación en la materia antitrust, con foco en la cuestión por intermedio de la construcción de intereses, identidades y cooperación. Creemos positivo el andamio y la construcción de la regulación comunitaria de la defensa de la competencia, que ha progresado, especialmente desde el año 2004 en ade-

lante, en un ambiente fuertemente marcado por asimetrías y divergencias políticas, pero con convergencias de los agentes institucionales.

Keywords: Mercosur. Derecho de competencia. Integración regional. Constructivismo. Cooperación regional. Identidades e intereses nacionales.

Referências

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Integração regional e inserção internacional dos países da América do Sul: evolução histórica, dilemas atuais e perspectivas futuras*, integrante do projeto: uma nova agenda econômica e social para a América Latina. Simon Schwartzman e Ignacio Walker (Coord.). Realizado pelo IFHC – Instituto Fernando Henrique Cardoso e pela CIEPLAN – Corporación de Estudios para Latinoamérica, 2008.

ARAÚJO JR., José Tavares. *Política de concorrência no Mercosul: uma agenda mínima*. Mimeo, 2001, p. 9. Disponível em: <http://www.ecostrat.net/files/Politica_de_Concorrenca_no_Mercosul.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2010.

ARON, Raymond. Que é uma teoria das relações internacionais. In: _____. *Estudos políticos*. 2. ed. Brasília: UNB, 1985.

CUNHA, Ricardo Thomazinho. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia*. Barueri, SP: Manole, 2003.

DI BIASE, Hector N. *Regime jurídico da concorrência*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero2/artigo11.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2010.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público: formação do direito, sujeitos, relações diplomáticas e consulares, responsabilidade, resolução de conflitos, manutenção da paz, espaços internacionais, relações econômicas, ambiente*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FLEURY, Sônia. A natureza do estado capitalista e das políticas públicas. In: *Estado sem cidadão: seguridade social na América Latina*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. 7. ed. São Paulo : Paz e Terra, 1998.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. Os escopos políticos do direito antitruste. In: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (Coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico: temas atuais*. São Paulo: Lex, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HOPE, Ted. The promise of constructivism in international relations theory. *International Security*, Cambridge, MA, USA, v. 23, n. 1, p. 171–200, Summer 1998.

HURRELL, Andrew; WOODS, Ngaire. Globalisation and inequality. *Millenium: Journal of International Studies*, London, v. 24, n. 3, , Winter 1995.

HURRELL, Andrew. O ressurgimento do regionalismo na política mundial. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, jan./jun., 19 95.

LEAL, Rosemiro Pereira et al. *Curso de direito econômico-comunitário: teoria do direito e técnica processual nos blocos econômicos*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

MAGNOLI, Demétrio; CÉSAR, Luís Fernando Paneli; YANG, Philip. Em busca do interesse nacional. *Revista Política Externa*, São Paulo, v. 9, n. 1, jun./ago. 2000.

MELLO, Válerie de Campos. Globalização, regionalismo e ordem internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 42, n. 1, p. 177, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291999000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 jul. 2009.

NAÍM, Moisés. Ascensão e queda do consenso de Washington: o consenso de Washington ou a confusão de Washington. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<http://www.funcex.com.br/bases/64-Consenso%20de%20Wash-MN.PDF>>. Acesso em: 15 nov. 2009.

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*. 2. ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA. Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEÑA, Félix. Lecciones históricas para la crisis del comercio global. *Diario El Cronista*, 11 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.felixpena.com.ar/index.php?contentid=wpapers&wpagno=documentos/2009-02-11-lecciones-historicas-criisis-global>>. Acesso em: 28 nov. 2009.

ROCHA, Antonio Jorge Ramalho. *A construção do mundo: teorias e relações internacionais*. São Paulo. 2002. Tese (Doutorado)–Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SABBATINI, Rodrigo Coelho. *Regionalismo, multilateralismo e Mercosul: evidência da inserção comercial brasileira após alguns anos de abertura*. Campinas. 2001. Dissertação (Mestrado)–Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001.

SANTIN, Janáina Rigo. As novas fontes de poder no mundo globalizado e a crise de efetividade do direito. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 25, 2009.

SEN, Amartya Kumar. Rational fools: a critique of the behavioural foundations of economic theory. In: _____. *Choice, Welfare and Measurement*. Harvard: Harvard University, 1997.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito comunitário e de integração*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

STUART, Ana Maria. O que muda na América Latina? *Revista Teoria e Debate*, n. 65, fev./mar. 2006. Disponível em:<<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=3311>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

STUART, Ana Maria. Regionalismo e democracia: uma construção possível. São Paulo. 2002. Tese (Doutorado)–Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

STUART, Ana Maria. Regionalismo e democracia: uma construção possível. In: CEBRI Tese. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Relações Internacionais, 2003. Disponível em: <<http://www.cebri.com.br/midia/documentos/regionalismoedemocracia.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

VALLEJO, Manuel Diez Velasco. *Las organizaciones internacionales*. 10. ed. Madri: Tecnos, 1997.

VENTURA, Deisy. As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia: os desafios de uma associação inter-regional. Barueri, SP: Manole, 2003.

VENTURA, Deisy. *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

WANDERLEY, Luiz Eduardo W. São Paulo no contexto da globalização. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 69, 2006.

WEGNER, Gerhard. *Instituições nacionais em concorrência*. Tradução Prof. Urbano Carvelli. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

WENDT, Alexander E. The agent-structure problem in international relations theory. *International Organization*, Toronto, v. 41, n. 3, Summer 1987.

WENDT, Alexander. *Social theory of international politics: Cambridge studies in international relations*. 11. imp. Cambridge: Cambridge University, 2008.