

DETERMINANTES DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA EUROPEIA: LIVRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DIREITO CONCORRENCIAL COMUNITÁRIO

*José Inacio Ferraz de Almeida Prado Filho**

Abstract: I argument that goals of political integration have played a key role in the creation of the European Community, and that free movements of goods and community competition law are complementary economic drives toward integration of Europe in one single market. European history offers two interesting lessons: (i) full integration required additional instruments to plain and simple trade liberalization, including common rules on other aspects of economic life, such as a community competition law; (ii) the effective construction of a single market involved an active role of a permanent and coactive controversy solution authority.

Key-words: Competition law. Regional economic integration. Free movement of goods. European Union.

Resumo: Argumento que objetivos de integração política exerceram um papel relevante no processo de criação das Comunidade Europeia, e que a liberdade de circulação de mercadorias e o direito concorrencial comunitário são determinantes econômicos complementares destinados à integração da Europa em um mercado único. A história europeia oferece duas lições interessantes: (i) a integração plena exigiu instrumentos adicionais à simples liberação comercial, incluindo regras comuns sobre outros aspectos da vida econômica, em especial regras comuns sobre outros aspectos da vida econômica, como o direito concorrencial comunitário; e (ii) a construção efetiva de um mercado único envolveu o papel ativo de um órgão de solução de controvérsias com funcionamento permanente e decisões coercitivas.

Palavras-chave: Defesa da concorrência. Integração econômica regional. Livre circulação de mercadorias. União Europeia.

* Advogado e economista. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP e em Economia pela Escola de Economia de São Paulo da FGV. Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Email: prado@gvmail.br.

1. Integração econômica, suas formas e outros objetivos

A integração econômica regional pode assumir diversas formas, a depender do nível de integração que se pretende entre os participantes.

Em um primeiro nível, temos as *Zonas de Livre Comércio*, onde se procura eliminar as tarifas e restrições quantitativas entre os membros, mas cada um retém uma política própria em matéria de imposição de tarifas aduaneiras em face de terceiros Estados.

Em um segundo nível, pode ser estabelecida uma *União Aduaneira*, onde se busca não somente a eliminação de barreiras à circulação de mercadorias entre os países envolvidos, mas também o estabelecimento de uma tarifa externa comum em relação aos demais Estados.

Em um terceiro nível de integração, estabelece-se um *Mercado Comum*, onde são eliminadas todas as restrições à circulação de mercadorias finais e de fatores de produção, garantindo a plena circulação econômica dentro do bloco regional. Por fim, em um quarto nível, pode ser estabelecida uma *União Econômica*, onde se estabelece um mercado comum e também se coordenam políticas econômicas em outros domínios (e.g., política monetária, fiscal, concorrencial e industrial).¹

Para além de aspectos estritamente econômicos, os redatores do Tratado de Roma esperavam que trazer todos os países europeus para uma atividade econômica conjunta pudesse também trazer uma união política entre eles. Acreditava-se que a remoção dos obstáculos que impediam o livre fluxo do comércio e o estabelecimento de um grande mercado resultaria em: (i) competição mais efetiva, (ii) criação de empresas maiores e mais bem equipadas, (iii) melhora dos padrões de vida de todos os Estados-membros, o que poderia incentivar laços políticos mais próximos.²

Importante lembrar que a iniciativa de integração europeia surge após a destruição da Segunda Guerra Mundial, em uma tentativa de impedir um novo conflito.³ O Tratado de Paris de 1951, que instituiu a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (CECA), visava justamente a controlar o comércio e a

¹ Bela Ballassa, *The theory of economic integration*, Homewood, Illinois: R. D. Irwin, 1961.

² H. Smith e P. Herzog, *The law of the European Economic Community*, v. 1, p. 2-1, 2-836 e 2-7.

³ Odete Maria de Oliveira, *União Européia: processo de integração e mutação*, Curitiba, Juruá, 1999, p. 87-88.

circulação dos insumos necessários para a construção de armamentos. Um impulso importante foi dado pelo Plano Marshall, cujos recursos tinham que ser distribuídos e administrados em conjunto por todos os países europeus – o que ocorria por meio da Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), posteriormente Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁴

A noção de *mercado comum* – como originalmente era o caso da integração regional europeia – se exprime no conceito de *mercado interno único*. Daí por que a abolição de entraves à livre circulação econômica em toda a extensão comunitária é um pressuposto do processo de integração.⁵ O esforço europeu de supressão de entraves à constituição de um mercado único foi cristalizado em algumas fórmulas genéricas de princípios, as chamadas *liberdades fundamentais de circulação*. Paulo Borba Casella chega a dizer que tais liberdades são “indissociavelmente ligadas às estruturas conceituais do direito comunitário”, o que nos transmite uma boa ideia da sua importância.⁶

Foram previstas no Tratado de Roma quatro liberdades fundamentais de circulação: (i) de mercadorias; (ii) de pessoas; (iii) de serviços; e (iv) de capitais. Referidas liberdades são extensa e detalhadamente previstas, destaque que se deve à importância dessas normas de implementação na iniciativa de suprimir os entraves efetivos à construção do mercado comum e de criar um maior grau de coesão entre as economias nacionais.⁷ O Tratado de Roma ainda contém disposições específicas sobre a circulação de produtos agrícolas (arts. 32-37), dada a forte presença dos Estados-membros nessa atividade, e sobre os transportes (arts. 70-80), não somente para a formação de um mercado comunitário de transportes mas também devido à importância desse setor como fator de maior integração.

A construção efetiva de um ambiente de livre circulação de mercadorias ainda envolveu um papel ativo do Tribunal de Justiça, especialmente na

⁴ Idem, op. cit., p. 88-89.

⁵ John Usher, The consequences of the notion of a single market, *Legal Issues of European Integration*, p. 39-52, 1977, e idem, The single market and goods imported from third countries, *Yearbook of European Law 1986*, Oxford University, 1987, p. 159-182.

⁶ Paulo Borba Casella, *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*, São Paulo, LTr, 1994, p. 331.

⁷ Idem, op. cit., p. 327, 328-330.

definição de medidas de efeitos equivalentes e na interpretação das restrições à livre circulação. A integração plena das economias europeias exigiu instrumentos que fossem além da simples liberação comercial, passando por instituições que atingissem também outros aspectos da vida econômica, em especial com a criação de um direito concorrencial comunitário capaz de uniformizar as condições de atuação em todo o mercado comum.

2. Livre circulação de mercadorias como determinante econômico primário do mercado comum

A liberdade de circulação de mercadorias é prevista no Tratado de Roma em diversos subtópicos: (i) embasamento geral e princípios regentes (arts. 3.a, 3.c, 23 e 24); (ii) eliminação das barreiras alfandegárias e estabelecimento de uma pauta aduaneira comum (arts. 25-27); (iii) eliminação de barreiras quantitativas e suas exceções, por razões de ordem pública interna e monopólios estatais de caráter comercial (arts. 28-31).⁸

Do ponto de vista programático, o art. 3(a) estabelece uma proibição genérica de direito aduaneiros e restrições quantitativas, bem como de qualquer medida de efeito equivalente; o art. 3(c) repete a exigência de um mercado interno único e livre. Mais adiante, o art. 23(1) esclarece que a Comunidade Europeia assenta-se sobre “uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias” entre os Estados-membros, assim como na adoção de uma “pauta aduaneira comum” nas suas relações com terceiros.⁹ O art. 23(2) estabelece que as disposições sobre livre circulação são aplicáveis aos produtos originários dos Estados-membros ou que neles se encontrem em “livre-prática”, definidos no Tratado de Roma como aqueles produtos originados de outros países que tenham cumprido todas

⁸ Há uma certa falta de sistematização no texto do Tratado de Roma: a eliminação de restrições quantitativas relaciona-se diretamente com a união aduaneira, e não necessariamente de um capítulo próprio; o mesmo vale para a circulação de produtos agrícolas, cujas disposições ficaram separadas do trânsito de mercadorias no texto do tratado constitutivo. O que essa sistematização ruim indica é que questões práticas foram mais importantes durante as negociações do que a ordenação das matérias.

⁹ O art. 26 do Tratado de Roma estabelece que a pauta aduaneira comum será deliberada pelo Conselho por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, orientando-se pelos vetores previstos no art. 27: (a) necessidade de trocas comerciais; (b) evolução das condições de concorrência; (c) necessidade de abastecimento de insumos, desde que não falseada a concorrência; (d) necessidade de evitar perturbações na vida econômica, na produção e no consumo.

as formalidades de importação e sofrido a incidência de todos os direitos aduaneiros, e que não tenham sofrido a incidência de mecanismos de *drawback* (art. 24).

O conceito de *medidas de efeito equivalente a um direito aduaneiro* foi discutido no caso *Comissão da Comunidade Europeia vs. Luxemburgo e Bélgica* (casos 2/62 e 3/62). O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) ressaltou a importância da proibição de direitos aduaneiros para a livre circulação – considerada de natureza *essencial* –, e destacou que sua relevância é tal que se procurou impedir qualquer evasão por meio de outras práticas fiscais ou aduaneiras.¹⁰

O caso tratava da criação de um novo tributo por parte de Bélgica (*cf.* Decreto Real de 16 de agosto de 1957) e Luxemburgo (*cf.* Decreto Grã-Ducado de 20 de agosto de 1957), a incidir sobre a emissão de licenças para importação de *gingerbread*, uma espécie de doce à base de açúcar e gengibre. A legalidade desse novo tributo não sofria nenhum tipo de vício, na medida em que fora criado *após* a assinatura do Tratado de Roma mas *antes* de sua entrada em vigor. Contudo, a iniciativa posterior de aumentar o valor da alíquota (em 1.º de janeiro de 1958) e de estender esse tributo a outros produtos (em 24 e 27 de fevereiro de 1958) foi considerada incompatível com o mercado comum. Diante da clareza, certeza e generalidade dos arts. 9 (hoje 23) e 12 (hoje sem correspondência, mas que proibia novas tarifas de importação ou medidas de efeitos equivalente, assim como o aumento das já existentes), e diante do Tratado de Roma como um todo, o TJCE estabeleceu que o binômio *proibição de imposições tributárias e livre circulação de mercadorias* constituía uma regra essencial, e exceções deveriam ser estipuladas de forma clara, assim como interpretadas restritivamente. Nesse sentido, definiu-se *medidas de efeito equivalente* como as imposições, com quaisquer nomes ou formas de aplicação, que, impostas unilateralmente sobre os produtos importados de outro Estado-membro com exclusão do similar nacional, alteram o preço e apresentam o mesmo efeito sobre a livre circulação que uma tarifa aduaneira. Segundo estabeleceu o TJCE, a expressão é uma evidência de que o objetivo do Tratado de Roma não era somente acabar com os entraves que tomam a forma óbvia de uma tarifa de importação clássica, mas também com todos aqueles que, apresentados sob outra denominação, ou introduzidos de forma indireta, levassem aos mesmos efeitos discriminatórios e protecionistas (*i.e.*,

¹⁰ Comissão da Comunidade Europeia vs. Luxemburgo e Bélgica, [1962], p. 431.

tornar a importação mais difícil ou mais onerosa do que o escoamento da produção nacional).¹¹

Entretanto, como argumentado por John Usher, um mercado interno único não significa a abolição de todas e quaisquer limitações à livre movimentação. Implica a eliminação das restrições que servem estritamente a interesses nacionais ou privados, em contraposição aos interesses comunitários.¹² Eventuais regras prevendo exceções à união aduaneira ou à livre circulação deverão estar previstas claramente, e devem ser interpretadas de forma restritiva.¹³

Decisão interessante sobre a proibição de novos direitos aduaneiros ou medidas de efeito equivalente foi proferida no caso *Van Gend en Loos* (caso 26/62). Autoridades alfandegárias holandesas havia reclassificado determinada resina plástica em outra classe de produto, com aumento dos tributos sobre a mercadoria originada da Alemanha. Apesar de reconhecer que a interpretação da legislação fiscal interna não é competência do TJCE, os juízes esclarecem que o verdadeiro significado da questão era se o aumento de tarifas, ocorrido por meio de uma nova classificação de produto, estava ou não de acordo com as obrigações do Tratado de Roma.¹⁴ Ficou mais uma vez consignada a natureza essencial, clara e incondicional das obrigações de não impor deveres aduaneiros novos, inclusive consideradas pelo TJCE como produzindo *efeitos diretos* aos particulares.¹⁵

¹¹ Comissão da Comunidade Europeia vs. Luxemburgo e Bélgica, [1962], p. 432. No caso concreto, as determinações havidas unilateralmente por Bélgica e Luxemburgo depois da entrada em vigor do Tratado de Roma, a incidir apenas sobre a importação dos produtos em discussão, foram consideradas uma presunção de discriminação e protecionismo contrários ao princípio fundamental da livre circulação de mercadorias e, assim, rechaçadas pelo TJCE (Comissão da Comunidade Europeia vs. Luxemburgo e Bélgica, [1962], p. 433).

¹² John Usher, *The consequences of the notion of a single market*, cit. p. 39-52.

¹³ Comissão da Comunidade Europeia vs. Luxemburgo e Bélgica, [1962], p. 432; Paulo Borba Casella, op. cit., p. 342.

¹⁴ NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration [1963], III(A).

¹⁵ NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration [1963], II(B): “With regard to the general scheme of the Treaty as it relates to customs duties and charges having equivalent effect it must be emphasized that article 9, which bases the community upon a customs union, includes as an essential provision the prohibition of these customs duties and char-

2.1 Restrições quantitativas

O regime aduaneiro contempla não somente as tarifas e impostos de importação, mas também toda a legislação extravagante no sentido mais amplo (*e.g.*, regulamentação sobre formalidades como declaração de importação, valoração da base de cálculo, áreas aduaneiras e entrepostos livres). Para dar conta de restrições não-tarifárias à livre circulação, os arts. 28 e 29 do Tratado de Roma proíbem *restrições quantitativas* às importações e exportações, com o mesmo objetivo de construir um mercado único; por outro lado, o art. 30 reconhece a possibilidade de imposição de restrições à circulação que sejam fundamentadas em: (i) moralidade pública, ordem pública e segurança pública; (ii) proteção da vida e da saúde de pessoas e animais, ou da preservação das plantas; (iii) proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico e arqueológico; (iv) proteção da propriedade industrial e comercial. A despeito de prever exceções à livre circulação, o art. 30 do Tratado de Roma adverte que tais permissões “não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio”.

No caso *Dassonville* (caso 8/74) ficou estabelecido que “qualquer regulamentação comercial oriunda dos Estados-membros, suscetível de causar entraves, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente, ao comércio intracomunitário, deve ser considerada como medida de efeito equivalente à restrição quantitativa”.¹⁶ Essa formulação bastante abrangente daria a

ges. This provision is found at the beginning of the part of the Treaty which defines the ‘foundations of the community’. It is applied and explained by article 12. The wording of article 12 contains a clear and unconditional prohibition which is not a positive but a negative obligation. This obligation, moreover, is not qualified by any reservation on the part of States which would make its implementation conditional upon a positive legislative measure enacted under national law. The very nature of this prohibition makes it ideally adapted to produce direct effects in the legal relationship between member States and their subjects. It follows from the foregoing considerations that, according to the spirit, the general scheme and the wording of the treaty, article 12 must be interpreted as producing direct effects and creating individual rights which national courts must protect”. Na solução do caso, o TJCE fixa como padrão de comparação o valor das tarifas efetivamente praticadas na data de entrada em vigor da Tratado de Roma, de modo que a reclassificação de produtos em classes taxadas de forma mais pesada poderia ser considerada uma violação do direito comunitário primário (NV *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration* [1963], III(B)).

¹⁶ *Dassonville*, [1974], § 5.

entender que basta criar um entrave à circulação, abstraindo a questão de se também acarretaria entrave semelhante aos nacionais; entretanto, note-se que elementos de discriminação parecem ter levado à condenação da prática restritiva de circulação econômica.

Em *Dassonville*, discutia-se uma disposição legal belga que proibia a importação de mercadorias com designação de origem sem que fosse apresentado um certificado oficial, emitido pelo país exportador, atestando a regularidade e a conformidade do produto em questão. Comerciantes localizados na Bélgica haviam adquirido um lote de uísque do Reino Unido em livre circulação na França e, na aduana belga, tiveram a mercadoria bloqueada por falta do referido documento certificador. O TJCE expôs que o certificado exigido pelas autoridades belgas seria facilmente obtível em uma importação direta do país produtor, mas somente poderia ser conseguido com grande dificuldade na aquisição de produtos já em livre trânsito no mercado comum (i.e., importados no mercado secundário, de outro Estado-membro). Na ausência de um sistema comunitário garantindo aos consumidores a autenticidade da mercadoria de denominação controlada, o Estado-membro pode adotar medidas para impedir práticas comerciais desleais, mas essas restrições devem ser razoáveis e não podem importar entraves ao comércio comunitário; elas deveriam, em consequência, ser acessíveis a todos os nacionais da comunidade e não constituir um meio arbitrário de discriminação (ou uma restrição disfarçada ao comércio).¹⁷

Anos mais tarde, no caso *Cassis de Dijon* (caso 120/78), discutiu-se com mais profundidade as hipóteses possíveis de limitação à circulação de mercadorias. Comerciantes baseados na Alemanha haviam requisitado uma licença para importação do licor de frutas *Cassis de Dijon*, produzido e comercializado regularmente na França. As autoridades negaram tal pedido, sob a alegação curiosa de que o produto não apresentava as características necessárias para ser comercializado na Alemanha “por causa de sua insuficiente força alcoólica”.¹⁸ Efetivamente, havia em vigor na Alemanha um regulamento com a graduação alcoólica *mínima* para os diversos tipos de bebidas, segundo o qual licores de frutas – como o *Cassis de Dijon* – deveriam conter ao menos 25% de graduação alcoólica, quando o produto francês apresentava teor de

¹⁷ *Dassonville*, [1974], §§ 6 e 7. No caso, a disposição legal belga foi considerada não razoável pelo TJCE e, por essa razão, incompatível com a liberdade fundamental de livre circulação.

¹⁸ *Cassis de Dijon*, [1978], § 2(2).

15 a 20% de álcool. Ficou decidido que, em face da ausência de regulamentação comum, cada Estado-membro poderia exercer suas competências sobre a fabricação e comercialização de bebidas alcoólicas, mas

“obstáculos causados pela legislação nacional devem ser aceitos na medida em que suas prescrições possa ser reconhecidas como necessárias para satisfazer exigências imperativas, dizendo respeito à eficácia dos controles fiscais, à proteção da saúde pública, à lealdade das transações comerciais e à defesa do consumidor” (*Cassis de Dijon*, [1978], § 8(2)).

A exigência de teor alcoólico mínimo foi considerada pelo TJCE como não servindo ao interesse geral, e, portanto, não apta a suplantar a liberdade de circulação comunitária. O argumento de *proteção à saúde*, levantado pelas autoridades alemãs, foi afastado porque já havia naquele país bebidas de outros tipos com graduação alcoólica equivalente ao licor francês.¹⁹ O argumento de *proteção ao consumidor* foi rejeitado porque obrigações de rotulagem já seriam suficientes para garantir esse anseio legítimo das autoridades públicas; segundo o TJCE, bastaria assegurar que informações pertinentes fossem transmitidas ao comprador por meio da indicação de origem e do teor alcoólico no vasilhame.²⁰ Assim, uma vez que o produto tenha sido produzido legalmente no Estado de origem, o local de destino não poderá impor medidas ou padrões compulsórios (*e.g.*, designação, tamanho, forma, peso, composição), mesmo que o faça de forma equivalente aos nacionais, a não ser que justificado em razões imperativas de interesse público.²¹

A forma de análise normalmente adotada pelas autoridades comunitárias nesses casos é bastante interessante, e parece seguir a metodologia exposta por Robert Alexy.²² Em primeiro lugar, busca-se determinar o *âmbito de proteção*

¹⁹ Segundo o Governo alemão, o teor alcoólico mínimo evitaria a proliferação de bebidas fracas, que supostamente poderiam aumentar a tolerância ao álcool conduzir o usuário a bebidas mais fortes. Ficou sem resposta o fato de que já havia, na Alemanha, um grande variedade de outros produtos com baixo ou moderado teor alcoólico e, ainda mais, algumas bebidas de alta graduação alcoólica comumente eram consumidas sob a forma diluída. Cf. *Cassis de Dijon*, [1978], §§ 10-11.

²⁰ *Cassis de Dijon*, [1978], § 13.

²¹ *Cassis de Dijon*, [1978], § 14(4).

²² Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, e *idem*, On balancing and subsumption. A structural comparison, *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

da norma em discussão, a saber, a garantia de livre circulação de mercadorias no mercado comum. Em segundo lugar, procura-se definir se, e de que forma, os fatos em discussão (a restrição à entrada do licor francês no território alemão) afetam o bem jurídico protegido. Em terceiro lugar, o analista deve avaliar as eventuais justificativas para a restrição dos direitos à livre circulação, atentando sucessivamente para (i) a existência de um fim legítimo a ampará-la (a proteção à saúde e ao consumidor, presentes no caso *Cassis de Dijon*); (ii) a proporcionalidade em sentido amplo, isto é, a *utilidade* da restrição ao direito de livre circulação para atingir o objetivo público (não atendida no caso da proteção à saúde, tendo em vista que já havia bebidas com graduação baixa em circulação), ou, então, a *necessidade* da restrição (não atendida no caso da proteção do consumidor, posto que havia alternativa menos restritiva com igual eficácia); e, por fim, (iii) para a proporcionalidade em sentido estrito, com o sopesamento entre restrições de direitos, de um lado, e o fim legítimo almejado tal como concretamente atingido, de outro.

No caso *Keck* (casos 267/91 e 268/91), discutiu-se a validade de obstáculos à livre circulação que emanavam de provisões nacionais sobre práticas comerciais. A Lei francesa 63-628, de 02 de julho de 1963 (com alterações da Ordem 86-1243, de 01 de dezembro de 1986) havia estabelecido uma proibição de revender mercadorias com prejuízo (*resale at a loss*), e dois comerciantes locais, acusados criminalmente de atuarem em violação dessa disposição, argumentaram a sua incompatibilidade com a liberdade comunitária de circulação de mercadorias. O TJCE reiterou a posição tomada em *Dassonville* de que regras sobre padrões para determinados produtos não podem ser opostas contra mercadorias colocadas em circulação regularmente em outro Estado, mesmo que sejam aplicadas de forma isonômica; todavia, os juízes esclareceram que provisões nacionais que restringem ou proíbem determinadas *estruturas negociais* são admissíveis, e não constituem medidas de efeitos equivalente, contanto que se apliquem de forma isonômica aos comerciantes locais ou estrangeiros operando no território do Estado-membro.²³

2.2 Monopólios e adaptação

Paulo Borba Casella²⁴ argumenta que a convivência de monopólios comerciais exigiu complexas e tortuosas adaptações, em vista da impossibilidade

²³ Keck, [1991], §§ 15-16.

²⁴ Op. cit., p. 37, 351.

de sua supressão, como seria o ideal. A influência e importância de alguns desses agentes na estrutura econômica dos membros levou à obrigações de “ajustar” tais monopólios ao contexto comunitário, de forma que seus efeitos discriminatórios fossem neutralizados. Nesse sentido, o art. 31 do Tratado de Roma fala em adaptar os monopólios comerciais para excluir efeitos discriminatórios entre nacionais, disposição aplicável também a qualquer organismo por meio do qual o Estado “controle, dirija ou influencie sensivelmente” as importações e exportações, de direito ou de fato, direta ou indiretamente, assim como a monopólios concedidos. No art. 31.2 se estabelece a proibição de tomar qualquer medida nova que dificulte a adaptação dos monopólios ou restrinja a união aduaneira; o art. 31.3 trata de monopólios destinados ao escoamento ou à valorização da produção agrícola, contendo provisão expressa sobre a manutenção do emprego e da renda dos produtores.

Essas disposições já revelam que a simples liberação comercial, ainda que capaz de garantir ganhos relevantes com trocas mais eficientes, apresenta uma limitação clara no processo de integração. Em primeiro lugar, os agentes privados poderiam reconstruir as barreiras nacionais recém-derrubadas, restabelecendo as divisões que a integração europeia procurava eliminar. Em segundo lugar, a infusão de maior concorrência no mercado único garantiria também a manutenção de um ambiente uniforme de competição, onde aspectos dinâmicos promoveriam ganhos adicionais, como a pressão por inovação e a necessidade de firmas operarem de forma mais eficiente, para não serem excluídas do mercado por empresas mais competitivas.

3. O direito concorrencial comunitário como determinante econômico complementar do mercado comum

O direito comunitário concorrencial ficou estabelecido também de forma detalhada nos arts. 81 a 89 do Tratado de Roma, onde se encontram previstas: (i) regras aplicáveis às empresas privadas (arts. 81 a 85); (ii) regras sobre a conduta das empresas públicas (art. 86); e (iii) regras sobre auxílios financeiros concedidos pelos Estados (arts. 87 a 89).

Como argumentado por Francis Snyder,²⁵ as disposições sobre política concorrencial do Tratado de Roma não são isoladas, e devem ser lidas à luz de seus objetivos, tal como estabelecido nos arts. 2 e 3, posição claramente

²⁵ Ideologies of competition in the European Community law, *Modern Law Review*, v. 52, n. 2, p. 150, 1989.

corroborada pelo TJCE em *Europemballage Corporation and Continental Can vs. Comissão* (caso 6/72 [1973]).²⁶

As disposições sobre concorrência do direito comunitário primário constituem instrumentos econômicos voltados não só a melhorar a eficiência, por meio da proibição de práticas restritivas da competição, mas também a ajudar a construir um mercado europeu único, fomentando o processo de integração econômica.²⁷ Concebida em 1957 para otimizar a alocação de recursos entre Estados-membros do mercado comum,²⁸ a política concorrencial europeia sempre manteve o objetivo de integrar o mercado comum em

²⁶ Cf. especialmente itens 23-25: “(23) Article 86 is part of the chapter devoted to the common rules on the community’s policy in the field of competition. This policy is based on article 3 (f) of the Treaty according to which the community’s activity shall include the institution of a system ensuring that competition in the common market is not distorted. The applicants’ argument that this provision merely contains a general programme devoid of legal effect, ignores the fact that article 3 considers the pursuit of the objectives which it lays down to be indispensable for the achievement of the community’s tasks. As regards in particular the aim mentioned in (f), the treaty in several provisions contains more detailed regulations for the interpretation of which this aim is decisive. (24). But if Article 3 (f) provides for the institution of a system ensuring that competition in the common market is not distorted, then it requires a fortiori that competition must not be eliminated. This requirement is so essential that without it numerous provisions of the treaty would be pointless. Moreover, it corresponds to the precept of article 2 of the treaty according to which one of the tasks of the community is ‘to promote throughout the community a harmonious development of economic activities’. Thus the restraints on competition which the treaty allows under certain conditions because of the need to harmonize the various objectives of the treaty, are limited by the requirements of articles 2 and 3. Going beyond this limit involves the risk that the weakening of competition would conflict with the aims of the common market. (25) With a view to safeguarding the principles and attaining the objectives set out in articles 2 and 3 of the Treaty, articles 85 and 90 have laid down general rules applicable to undertakings. Article 85 concerns agreements between undertakings, decisions of associations of undertakings and concerted practices, while article 86 concerns unilateral activity of one or more undertakings. Articles 85 and 86 seek to achieve the same aim on different levels, viz. the maintenance of effective competition within the common market” (*Europemballage Corporation and Continental Can vs. Comissão* [1973]).

²⁷ Francis Snyder, op. cit., p. 150.

²⁸ Georges Vallindas, New directions in EC competition policy: the case of merger control, *European Law Journal*, v. 12, n. 5, p. 636, set. 2006; Frédéric Jeny, Droit européen de la concurrence et efficience économique, *Revue d’Économie Industrielle*, v. 63, p. 193-206, 1993.

condições similares às de um mercado nacional;²⁹ ao mesmo tempo, admite-se que sua implementação possa tomar em consideração outros objetivos previstos no Tratado de Roma, participando também da busca dos fins gerais da Comunidade Europeia.³⁰ Nesse sentido, Snyder argumenta que a Comissão Europeia, em particular, vem usando as regras de defesa da concorrência para atingir outros objetivos que não os alvos clássicos do antitruste, assim como vem sendo reconhecida cada vez mais a relação próxima entre política concorrencial e outras políticas comunitárias.³¹

Como notado por Eleanor Fox, na medida em que as barreiras tarifárias entre Estados são derogadas, práticas anticoncorrenciais privadas e adotadas pelos próprios Governos podem se tornar aparentes; além disso, o comércio mais livre gera restrições defensivas novas, na medida em que empresas e Governos enfrentam incentivos perversos para reconstruir as barreiras nacionais recém-eliminadas, em busca de objetivos nacionalistas e privados.³² A simbiose entre o direito da concorrência e o direito comercial

²⁹ Georges Vallindas, op. cit., p. 648: “Community competition law refer to different economic instruments that seek to implement economic policy, which has two objectives in mind: the integration and achievement of the common market on the one hand, and improvement of economic efficiency by prohibiting restrictive practices, on the other. (...) The objective of the Community competition law was for the first few decades to establish a single market with similar conditions to those of national markets”. Cf. também B. Van der Esch. EEC Competition rules: basic principles and policy aims, *Legal Issues of European Integration*, v. 2, p. 75, 1980.

³⁰ Georges Vallindas, op. cit., p. 648: “However, according to the Treaty, competition policy participates in the achievement of the Community’s general objectives and through their implementation can therefore take into consideration other objectives”. Cf. também S. Hornsby, Competition policy in the 80’s: more policy, less competition, *European Law Review*, v. 12, n. 79.

³¹ Francis Snyder, op. cit., p. 151.

³² Eleanor M. Fox, World antitrust and market access, *American Journal of International Law*, v. 91, n. 1, p. 3-4, 1997: “As the trade barriers fall like a waterline, the low tide reveals rocks and shoals – which are private restraints and uncaught government restraints. Moreover, the freer trade engenders new, defensive restraints. Entrenched businesses, and nations themselves, face perverse incentives to rebuild border barriers for private and nationalistic ends, protecting the newly vulnerable national advantage. (...) Thus, trade liberalization sets the stage for private and hybrid abuses, suggesting the need for a voice for free trade and competition in the world”. Cf. também Merit Janow, Private and public restraints that limit access to markets, *Market access after Uruguay Round: investment, competition and technology perspectives*, Paris: OECD, 1996, cap. 5.

fora percebida pelos líderes da Comunidade Europeia, cujo conceito básico era levantar as fronteiras que funcionavam como barreiras ao redor de cada Estado, e garantir que nem Governos nem agentes privados as substituiriam por restrições, medidas discriminatórias e afins; esse conceito foi encapsulado nas quatro liberdades fundamentais de circulação, assim como nos artigos que estabelecem a política de concorrência comum.³³ O elemento mais elementar do direito comunitário concorrencial é a proibição de que se reconstruam barreiras privadas aos mercados nacionais,³⁴ e o papel do antitruste na eliminação de barreiras nacionais já foi sublinhado pelo TJCE.³⁵

Em *Consten-Grundig* (casos 56/64 e 58/64 [1966]), discutia-se a legalidade de um contrato de distribuição exclusiva havido entre uma empresa alemã (*Grundig-Verkaufs-GmbH*) e sua distribuidora francesa (*Établissements Consten S.à.R.L.*), com fundamento em possíveis distorções da concorrência. O TJCE deixou claro que acordos entre produtores e distribuidores que tendam

³³ Eleanor M. Fox, op. cit., p. 5.

³⁴ Idem, ibidem, p. 7. Um pouco antes, Fox sumariza a política de concorrência na Comunidade Europeia de forma bastante interessante, integrando completamente as liberdades fundamentais de circulação e as disposições antitruste: “Under the EC Treaty of Rome, competition policy is carried out by six means. First, the four freedoms (articles requiring that member states not obstruct private economic freedoms) provide a basic framework and background for competition. Second, Article 85 prohibits agreements or concerted practices that distort competition, except as exempted, and Article 86 prohibits dominant undertakings from abusing their dominance. Third, Article 37 requires member states to adjust state monopolies of a commercial character to eliminate discrimination (vis-à-vis national of other member states) in the procurement and marketing of goods. Fourth, Article 90 makes public undertakings and those to which members states grant special or exclusive rights subject to the competition rules unless their application would obstruct the performance of public tasks. Fifth, recognizing that competition may be distorted not only by the power of private or public enterprises but also by state subsidy, Articles 92-94 provide for the notification and justification or elimination of state aids. Sixth, recognizing that the state statutes and regulation may obstruct competition, the Treaty imposes additional obligation on the member states, It not only prohibits them from adopting or retaining obstructive measures, but also requires them to ‘facilitate the achievement of the Community’s task’ and to abstain from measures that could jeopardize achievement of the Treaty’s objectives, including the objective of unfettered competition. Accordingly, member states are subject to a discipline that could limit anticompetitive legislation” (op. cit., p. 6-7).

³⁵ Hans Smit, The role of antitrust in establishing a European common market and its relation to the Canada/U.S. context, *Canada-US Law Journal*, v. 12, p. 259, 1987.

a restaurar as divisões nacionais entre os Estados-membros poderiam frustrar os objetivos fundamentais do Tratado de Roma, cujo preâmbulo e conteúdo visam à abolição de barreiras entre países, e em várias disposições revelam uma atitude severa com relação à recomposição daquelas divisões.³⁶ O TJCE afirmou ser particularmente importante avaliar se o contrato constituía uma ameaça, direta ou indireta, real ou potencial, à liberdade de comércio entre países-membros de uma forma que pudesse prejudicar a obtenção de um mercado único.³⁷ O resultado final da exclusividade e de outras disposições contratuais, consistente do isolamento do mercado francês, tornava possível cobrar pelos produtos em questão preços protegidos da concorrência efetiva; esse isolamento mantido artificialmente, ao separar mercados dentro da Comunidade, foi considerado distorcivo da concorrência no mercado comum, e considerado ilegal no tocante às cláusulas em disputa.³⁸

Linha análoga de raciocínio foi utilizada nos casos *Sirena* (caso 40/70 [1971]) e *Deutsche Grammophon* (caso 78/70 [1971]), hipóteses em que se discutiam tentativas de utilizar de direitos de propriedade intelectual como forma de impedir a livre circulação de mercadorias no mercado comum. Em *Sirena*, o TJCE entendeu que exercício de direitos de marca poderia cair no âmbito de proteção do atual art. 81 do Tratado de Roma sempre que ele se manifesta como objeto, meio ou resultado de uma prática restritiva.³⁹ Essa situação pode se materializar quando tais direitos são exercidos por meio de acordos restritivos pelos proprietários da marca, impedindo importações proveniente de outros Estados; assim, se a atribuição de direitos territoriais sobre a marca tem como resultado o restabelecimento de fronteiras entre os Estados-membros, essa prática poderia distorcer e falsear a concorrência no mercado comum. A situação seria diferente se, para evitar o particionamento do mercado, os acordos sobre o uso da marca fossem efetivados de forma compatível com a unidade do mercado, “que é tão essencial ao mercado comum que a falha na sua observação é penalizada pelo Artigo 85 [hoje 81]”.⁴⁰ Em

³⁶ Consten-Grundig, [1966], p. 340.

³⁷ Consten-Grundig, [1966], p. 341. No caso concreto, o contrato entre Grundig e Consten, ao proibir a importação de produtos por outras empresas na França, assim como impedir a reexportação pela Consten para outros países do mercado comum, foi considerado afetando o comércio no ambiente comunitário.

³⁸ Consten-Grundig, [1966], p. 343.

³⁹ *Sirena*, [1971], § 9.

⁴⁰ *Sirena*, [1971], § 10.

Deutsche Grammophon, o TJCE faz menção clara ao princípio da obtenção de um mercado único entre os Estados-membros, mas comenta que o art. 30 do Tratado de Roma (antigo art. 36) estabelece limitações ao princípio da livre circulação, dentro das quais se encontra a proteção de direitos de propriedade intelectual.⁴¹ Entretanto, esclarece que somente são justificadas as restrições à livre circulação destinadas a salvaguardar os direitos que constituem o *objeto específico* da propriedade intelectual; impedir a comercialização de produtos distribuídos pelo próprio titular em outro Estado-membro, sob a alegação de que essa comercialização não ocorreu no território nacional, legitimaria a isolação de mercados nacionais, e “seria repugnante ao propósito essencial do Tratado, que é unir os mercados nacionais em um mercado único”.⁴²

Em *Imperial Chemical* (caso 48/69 [1972]), o TJCE esclareceu que a *função* da concorrência via preços é manter os valores cobrados nos menores patamares possíveis, assim como encorajar a livre movimentação de mercadorias entre os Estados-membros, de forma a permitir a distribuição mais eficiente de atividades. Preços diferentes auxiliam a perseguir um dos objetivos básicos do Tratado de Roma, qual seja a interpenetração dos mercados nacionais e, como resultado, o acesso direto dos consumidores às fontes produtoras localizadas na Comunidade.⁴³ Discutiam-se três aumentos sucessivos nos preços de corantes, havidos de forma paralela entre diversas empresas concorrentes nos anos de 1964, 1965 e 1967. Mesmo que a simples conduta paralela não possa ser identificada com uma prática concertada, ela consiste de forte evidência de atitude cartelizante se conduz a parâmetros de competição que não correspondam às condições normais de mercado, tomando-se em consideração a natureza do produto, o tamanho e o número de competidores, e o volume do mercado.⁴⁴ Tal é especialmente o caso em

⁴¹ *Deutsche Grammophon*, [1971], §§ 8 e 11.

⁴² *Deutsche Grammophon*, [1971], §§ 11-12.

⁴³ *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comissão das Comunidades Europeias* [1972], §§ 115-116: “115 The function of price competition is to keep prices down to the lowest possible level and to encourage the movement of goods between the member states, thereby permitting the most efficient possible distribution of activities in the matter of productivity and the capacity of undertakings to adapt themselves to change. 116 differences in rates encourage the pursuit of one of the basic objectives of the treaty, namely the interpenetration of national markets and, as a result, direct access by consumers to the sources of production of the whole community”.

⁴⁴ *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comissão das Comunidades Europeias*, [1972], § 66.

que a conduta paralela é capaz de estabilizar preços em patamares distintos daqueles a que seriam levados pelo processo competitivo, ou de consolidar posições estabelecidas em detrimento da efetiva liberdade de movimento no mercado comum e da liberdade de os consumidores escolherem seus fornecedores.⁴⁵ Considerando as condições do mercado de corantes, o TJCE entendeu que os aumentos de preço consistiram de práticas concertadas, que, por tentarem manter o mercado comunitário fragmentado, afetaram as circunstâncias em que o comércio dos produtos em questão é efetivado no mercado comum.⁴⁶

4. Conclusões

O processo de integração regional por que passou a Europa não contou apenas com determinantes econômicos; objetivos de *integração política* exerceram um papel relevante no processo de criação da Comunidade Europeia, assim como influíram de forma marcante em sua estrutura institucional, voltada claramente a uma atividade supranacional.

A história europeia oferece ainda duas lições interessantes para o estabelecimento de uma inter-relação econômica mais profunda e bem-sucedida. Em primeiro lugar, a integração plena das economias europeias exigiu instrumentos que fossem além da simples liberação comercial, e passou por regradar também outros aspectos da vida econômica em especial, por meio de um *direito concorrencial comunitário* apto a uniformizar as condições de atuação em todo o mercado comum: a simples liberação comercial, com redução de barreiras entre os membros, apresenta uma limitação clara, na medida em que agentes privados ou públicos poderiam (i) reconstruir as barreiras nacionais recém-derrubadas, restabelecendo as divisões que a integração procurava terminar, ou (ii) criar distorções capazes de estabelecer vantagens indevidas no processo concorrencial. Em segundo lugar, a construção efetiva de um mercado comum envolveu um papel ativo do *órgão de solução de controvérsias* de funcionamento permanente e decisões coercitivas, o que se torna especialmente relevante na interpretação das finalidades da integração, das restrições à livre circulação admissíveis e das limitações que se opõem ao espírito do tratado constitutivo.

⁴⁵ Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comissão das Comunidades Europeias, [1972], § 67.

⁴⁶ Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comissão das Comunidades Europeias, [1972], §§ 119 e 121.

Essas duas lições parecem um bom *guia comparado* para o desenvolvimento futuro do Mercosul se o Brasil efetivamente pretender aprofundar a tentativa de uma integração regional mais intensa com seus vizinhos.

Bibliografia

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALLASSA, Bela. *The theory of economic integration*. Homewood, Illinois: R. D. Irwin, 1961.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*, São Paulo: Ltr, 1994.

FOX, Eleanor M. World antitrust and market access. *American Journal of International Law*, v. 91, n. 1, p. 1-25, 1997.

HORNSBY, S. Competition policy in the 80's: more policy, less competition. *European Law Review*, v. 12, n. 79.

JANOW, Merit. Private and public restraints that limit access to markets. *Market access after Uruguay Round: investment, competition and technology perspectives*. Paris: OECD, 1996. cap. 5.

JENY, Frédéric. Droit européen de la concurrence et efficience économique. *Revue d'Économie Industrielle*, v. 63, p. 193-206, 1993.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Européia: processo de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 1999.

SMIT, Hans. The role of antitrust in establishing a European common market and its relation to the Canada/U.S. context. *Canada-US Law Journal*, v. 12, p. 257-262, 1987.

SMITH, H.; HERZOG, P. (org.), *The law of the European Economic Community*. New York: Matthew Bender, 1976-1998. 6 v.

SNYDER, Francis. Ideologies of competition in the European Community law. *Modern Law Review*, v. 52, n. 2, p. 150, 1989.

USHER, John. The consequences of the notion of a single market. *Legal Issues of European Integration*, p. 39-52, 1977.

_____. The single market and goods imported from third countries. *Yearbook of European Law, 1986*. Oxford University, 1987.

VALLINDAS, Georges. New directions in EC Competition Policy: the case of merger control. *European Law Journal*, v. 12, n. 5, p. 636-660, set. 2006.

VAN DER ESCH, B. EEC Competition rules: basic principles and policy aims. *Legal Issues of European Integration*, v. 2, p. 75, 1980.

