

“O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA ALCA”

*Vicente Bagnoli**

I – Introdução; II – União Européia e ALCA: Propostas Distintas; III – O Direito da Concorrência no Continente Americano; IV – A Política da Concorrência na ALCA; V – Conclusão: Uma Alternativa para Instigar o Debate acerca do Direito da Concorrência na ALCA; VI – Referências Bibliográficas

I - Introdução

As discussões relativas à Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) estão cada vez mais presentes no dia-a-dia dos diversos setores da sociedade. Parte dessa tendência em debater intensamente a ALCA está ligada ao prazo de implementá-la no início de 2005.

Dentre os temas em discussão relacionados à ALCA vem ganhando destaque a defesa da concorrência. Contudo, antes de se analisar e procurar alternativas para assegurar a defesa da competição no hemisfério é preciso entender o que é a ALCA e o que ela propõe.

Neste sentido, encontra-se a proposta deste artigo: abordar aspectos gerais da ALCA, verificar sucintamente como o Direito da Concorrência é tratado no âmbito dos 34 países que debatem a integração hemisférica a partir da liberalização do comércio e, ao final, apresentar uma alternativa para instigar o debate acerca do Direito da Concorrência na ALCA.

II – União Européia e ALCA: Propostas Distintas

O processo de globalização da economia traz consigo a tendência da integração das nações em blocos econômicos. A proposta comum é cada Estado associar-se ao país vizinho, geralmente sob o enfoque econômico, a fim de

* Advogado, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; bagnoli@mackenzie.com.br

ambos estarem mais aptos a competição internacional e em muitos casos também desenvolverem sua região. A atração de novos investimentos, a geração de novos empregos, o aumento na arrecadação do Estado, enfim, ganhos pretendidos pela integração econômica dos Estados e que ao final se revertam para o país-membro, para o bloco de países e para a sociedade em geral.

Na América do Sul, o Mercosul é uma das grandes experiências de integração. Ele representa grande aproximação entre seus Estados-membros (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) e até mesmo para os demais países da região, e resulta em importantes ganhos econômicos para os países que o integram. Mais recentemente, a partir de 1994, teve início discussões sobre a constituição de uma área de livre comércio no Continente Americano, a ALCA.

Quando se discute a ALCA algo comum que vem em mente é o modelo europeu. Certamente a União Européia, talvez o melhor exemplo de integração entre povos, tem muito a contribuir com a ALCA, desde que guardadas as especificidades de cada proposta.

II.1 – União Européia

A história da União Européia está ligada a um longo caminho percorrido nesse Continente na busca da unidade e da paz entre as diferentes culturas, os diferentes povos e seus diferentes países.

O cenário do pós-Segunda Guerra e a tradição histórica que se repetia e marcava o continente, permitiram que fosse ganhando força entre os líderes dos países a necessidade de caminhar para uma integração estável e institucional de caráter supra-nacional.

A cooperação funcional entre nações européias teve início com a Comunidade Européia do Aço e do Carvão (CECA), lançada em 1950, quando o Ministro francês dos Negócios Estrangeiros Robert Shuman, inspirado por Jean Monet, propôs que a França e a Alemanha concentrassem seus recursos do carvão e do aço. Instituída oficialmente em 18 de abril de 1951, quando os Seis (Bélgica, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo e Países Baixos) assinam o Tratado de Paris, a CECA foi a primeira fundação concreta da União Européia, iniciando assim o processo de integração europeu.

Em 1955, na cidade italiana de Messina, os Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Seis definem o objetivo da integração de seus países na área econômica, até a celebração dos Tratados de Roma. Em 1957, os Seis

assinam em Roma os Tratados instituidores da Comunidade Européia de Energia Atômica (Euratom) e da Comunidade Econômica Européia (CEE), formalmente criada em janeiro de 1958.

No ano de 1967, em decorrência da consolidação da Comunidade Econômica Européia (CEE), bem como da consolidação da Comunidade Européia de Energia Atômica (Euratom) e da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), foi criada a Comunidade Européia (CE), organização dos países da Europa Ocidental, encarregada da integração econômica e política estabelecida pelo Tratado de Roma.

A implementação de diversas políticas em diferentes setores pela CE ampliou o estágio de integração entre as nações do continente participantes do Tratado. Atualmente a CE é denominada União Européia (UE), e os Estados-membros coordenam suas políticas econômicas e estabelecem políticas comuns.

A UE já chegou em seu último estágio de integração, com a união econômica e monetária, desde 01 de janeiro de 1999, com a entrada em vigor do “Euro” (•), a moeda única.

A integração européia representa a estabilidade, a paz e a prosperidade econômica dos seus membros e, de certa forma, do continente, além da melhora do nível de vida da população, a criação de um mercado interno e de uma moeda comum para fortalecer a posição da UE no contexto mundial.

A UE, fundamentada no princípio do estado de direito e na democracia, significa a delegação da soberania de seus Estados-membros para instituições que representam os interesses comuns de todos os seus integrantes, cujas decisões e procedimentos são tomados a partir de tratados ratificados por cada Estado-membro.

Importante perceber que não se trata de um novo Estado, nem se assemelha a qualquer outra organização internacional. Trata-se da integração de nações que delegam sua soberania a um organismo supra-nacional, com os objetivos comuns de: (i) instituir uma cidadania européia, alicerçada nos direitos fundamentais, nos direitos civis e políticos e na liberdade de circulação; (ii) criar uma área de liberdade, segurança e justiça, garantida pela cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos; (iii) promover o progresso econômico e social, a partir de um mercado único, de uma moeda comum, no desenvolvimento regional e na proteção do meio-ambiente; e (iv) afirmar o papel da Europa no contexto mundial, com uma política externa e de segurança comum.

II.2 - ALCA

Por iniciativa dos Estados Unidos da América, realizou-se no ano de 1994 na cidade de Miami a primeira *Cúpula de Chefes de Estado e Governo das Américas*, cuja agenda inicial era política, com temas relativos à corrupção e narcotráfico, por exemplo. A princípio questões comerciais não seriam discutidas, mas a vontade de diversos países latino-americanos de uma integração que pudesse permitir-lhes o crescimento, somando-se ainda a pressão de empresários norte-americanos, conduziu a reunião para outra direção. A Cúpula de Miami ficou conhecida pelo tema do livre comércio.

Logo de início surgiu uma divergência quanto ao caminho a ser adotado para a constituição da área de livre comércio hemisférica. Os EUA defendiam como modelo ideal a incorporação paulatina dos países do hemisfério para a constituição de um bloco comercial denominado NAFTA. O modelo integracionista norte-americano era da forma centro e raios (*hub-and-spokes*), devendo o NAFTA atuar como o grande centro de agregação dos outros países americanos que se ligariam por meio de acordos bilaterais.

O Brasil e os demais países do Cone Sul entenderam que a melhor forma para se negociar a integração hemisférica seria por meio do *building blocks*, ou seja, a construção aos poucos da integração do Continente a partir dos acordos já celebrados. Dessa maneira os países latino-americanos teriam maior força para negociar com os EUA.

Depois de Miami ocorreram outras reuniões de ministros de comércio. A primeira em Denver, nos EUA, e a segunda em Cartagena das Índias, na Colômbia, mas é a partir da terceira e da quarta reuniões que se define a estrutura de funcionamento da ALCA.

A terceira reunião ocorreu em 1997 na cidade mineira de Belo Horizonte, e seu objetivo foi definir como e quando teria início as negociações para implementar a ALCA. Já a quarta reunião, que teve como cidade sede São José da Costa Rica, em 1998, foi promovida para estabelecer o mandato dos grupos negociadores e a atual estrutura da ALCA.

Na seqüência, as reuniões dos ministros de comércio ocorreram em 1999 na cidade canadense de Toronto, onde foi finalizado o primeiro projeto de redação do futuro acordo, e no ano de 2001 em Buenos Aires, quando se estabeleceu o prazo final para se concluir as negociações do acordo para a entrada em vigor da ALCA, além de estipular prazos para as negociações de temas específicos.

Em 2002 a reunião ocorreu na cidade de Quito, no Equador. Além de definir o calendário e a agenda de negociações para 2003, nessa reunião foram criados grupos temáticos e foram reiterados os pressupostos dos trabalhos, principalmente no que se refere à agricultura e o equilíbrio de resultados. Brasil e EUA também assumiram a co-presidência das negociações.

O objetivo pretendido pela ALCA é a criação de uma área de livre comércio que reúna a troca de bens e de serviços, produtos agrícolas, a liberalização dos fluxos de investimentos, compras governamentais e comércio eletrônico, além de definir um acordo de propriedade intelectual e patentes. Apesar de buscar proporcionar a livre circulação de capitais e mercadorias, opõe-se à circulação de mão-de-obra.

A ALCA constitui-se uma iniciativa na qual deve prevalecer o consenso dos 34 países americanos¹. Esse princípio geral soma-se a outros que resultaram da declaração ministerial de Belo Horizonte, quais sejam: (i) os acordos da ALCA somente serão assinados quando todos temas da pauta forem concluídos (*single undertaking*); (ii) a coexistência da ALCA com acordos bilaterais e sub-regionais; (iii) a compatibilização da ALCA com os acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC); (iv) a negociação e adesão individual ou em bloco dos países; e (v) especial atenção a economias menores para garantir suas participações na ALCA.

Decidiu-se, ainda em Belo Horizonte, que 2005 seria o ano limite para se concluir as negociações da ALCA, mas o Brasil, apoiado pela Argentina, estuda a prorrogação deste prazo, talvez para 2007.

As negociações da ALCA também se dão nas *Cúpulas de Chefes de Estado das Américas*, que ocorreram em Miami, 1994, Santiago do Chile, 1998 e em Quebec, 2001. Nessas reuniões não se discute apenas assuntos propriamente relativos a ALCA, mas também se debate o fortalecimento da democracia, o combate à pobreza e a promoção da educação, porém com menor intensidade do que as discussões acerca do livre comércio.

¹ Os 34 países americanos que poderão integrar a ALCA são: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Equador, Estados Unidos da América, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, São Cristóvão e Nevis, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. O único país do hemisfério excluído das negociações da ALCA é Cuba.

A terceira instância de negociações da ALCA se dá no âmbito dos *Grupos de Negociação*, na *Comissão Tripartite de Apoios Técnicos* e nos *Comitês Não Negociadores*.

Os *Comitês Não Negociadores* são integrados pelo *Grupo Consultivo sobre Economias Menores*, o *Comitê de Representantes Governamentais sobre a Participação da Sociedade Civil* e o *Comitê Conjunto de Especialistas do Governo e do Setor Privado sobre Comércio Eletrônico*. Os *Comitês Não Negociadores* recebem o apoio técnico e logístico de instituições regionais da *Comissão Tripartite de Apoio Técnico*, formada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e pela Comissão Econômica das Nações Unidas para a América Latina (CEPAL).

Já o *Grupo Consultivo sobre Economias Menores* deve se ocupar em propor recomendações ao *Comitê de Negociação Comercial*, pertinentes às pequenas economias, enquanto o *Comitê Conjunto de Especialistas do Governo e do Setor Privado sobre Comércio Eletrônico* se atenta à ampliação dos benefícios do mercado eletrônico, e o *Comitê de Representantes Governamentais e do Governo Civil* para a promoção dos entendimentos dos diversos setores sociais relacionados às negociações da ALCA.

Por fim, os *Grupos de Negociação* se detêm à discussão de importantes temas que constituem pontos fundamentais para a ALCA. Esses grupos têm como objetivos: (i) *acesso a mercados*, eliminar barreiras não-tarifárias e outras medidas de restrição ao comércio entre os países integrantes conforme ditames da OMC; (ii) *agricultura*, evitar a aplicação protecionista de supostas medidas sanitárias e fito-sanitárias, além de evitar subsídios às exportações e identificar outras práticas que comprometam o comércio; (iii) *investimentos*, estabelecer um ordenamento jurídico para a promoção dos investimentos sem dificultar investimentos vindos de fora do continente; (iv) *subsídios, antidumping e direitos compensatórios*, atentar aos tópicos de subsídios, dumping e medidas compensatórias como prevê a OMC, e buscar que entre os países integrantes não ocorram barreiras injustificadas ao comércio; (v) *compras governamentais*, permitir abertura e transparência nos procedimentos de compra dos governos e evitar discriminações; (vi) *direitos de propriedade intelectual*, promover a efetiva proteção dos direitos de proteção intelectual; (vii) *serviços*, liberalização progressiva do comércio de serviços; (viii) *soluções de controvérsias*, fomentar mecanismos alternativos para resolver disputas comerciais privadas dentro da ALCA; e (ix) *políticas de concorrência*, assegurar que os resultados positivos advindos do processo de

liberalização da ALCA não resem prejudicados por práticas anticompetitivas, além de estabelecer uma cobertura jurídica e institucional em âmbito nacional, sub-regional ou regional que esteja atenta à essas práticas.

II.3 – Propostas Distintas

A análise dos dois itens anteriores é pertinente para verificar que a proposta para integrar as regiões (Europa e América) e a forma como se dá a integração entre os respectivos Estados é distinta.

Tal entendimento fica evidenciado ao se estudar na construção de blocos econômicos as principais características das fases de uma integração.

Inicialmente se tem a *Área de Preferência Tarifária*, na qual os países-membros tributam o comércio recíproco em sua totalidade ou em parte com alíquotas de importação menores do que aquelas aplicadas às mercadorias originadas de países que não integram a *área*.

A *Zona de Livre Comércio* se caracteriza pela eliminação das barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio recíproco entre os países-membros. É o caso da NAFTA e a proposta para a ALCA.

Já a *União Aduaneira*, além do livre comércio entre os países-membros, significa a adoção de uma tarifa externa comum (TEC) para a importação de produtos originados de países que não fazem parte desse mercado regional. Este é o estágio em que se encontra o Mercosul.

O *Mercado Comum*, por sua vez, significa a união aduaneira na qual se agrega a livre mobilidade de fatores produtivos entre os países-membros, bem como a adoção de uma política comercial comum. Caracteriza-se também por contemplar a coordenação entre os países-membros de políticas macroeconômicas e setoriais. Neste estágio pode-se também ocorrer a harmonização das legislações. Esta fase foi a qual se encontrava a CEE (Comunidade Econômica Européia).

Por fim, tem-se a *União Econômica*, que além de reunir os elementos do mercado comum, caracteriza-se pela adoção de políticas macroeconômicas, setoriais e sociais comuns, além da utilização de uma moeda única. Caso da União Européia.

Essa classificação é importante para se verificar o caminho percorrido pelos europeus para constituir a União Européia e, sobretudo, para compreender o que se pretende com a ALCA.

Na UE a delegação da soberania dos Estados-membros para instituições que representam os interesses comuns de todos os seus integrantes, visa a estabilidade, a paz e a prosperidade econômica dos seus membros e da região, bem como a melhora do nível de vida da população, a criação de um mercado interno e de uma moeda comum para fortalecer a posição do bloco no contexto global.

A proposta da ALCA, por sua vez, não tem como objetivo a realização de qualquer integração e cooperação econômica, conforme promove a UE, sequer se aproximar dos objetivos buscados pelo Mercosul de um mercado comum.

Resta claro, portanto, que a proposta da ALCA está somente consubstanciada na eliminação das barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio recíproco entre os Estados-partes, caracterizando-se apenas como uma zona de livre comércio.

Neste sentido, não se pode falar em institutos supra-nacionais no âmbito da proposta da ALCA, aos quais seria delegada a soberania dos Estados-partes para representar externamente esses países como um bloco, como também dirimir controvérsias internas.

III – O Direito da Concorrência no Continente Americano

A maioria dos países americanos promove a concorrência em sede constitucional com disposições relativas à liberdade de contratar, comércio e iniciativa privada. Alguns proíbem a excessiva concentração do poder econômico, a manipulação abusiva de preços e outras condições ao mercado, bem como monopólios, exceção feita àqueles estabelecidos em favor do estado ou por lei.

Em sede infraconstitucional são treze os países americanos que possuem legislação e instituições de defesa da concorrência: (i) Argentina; (ii) Brasil; (iii) Canadá; (iv) Colômbia; (v) Costa Rica; (vi) Chile; (vii) Estados Unidos da América; (viii) Jamaica; (ix) México; (x) Panamá; (xi) Peru; (xii) Uruguai; e (xiii) Venezuela. Ademais, outros países estão ativamente planejando e debatendo projetos de legislação de concorrência: (i) Bolívia; (ii) El Salvador; (iii) Equador; (iv) Guatemala; (v) Honduras; (vi) Nicarágua; (vii) República Dominicana; e (viii) Trinidad e Tobago.

Tais legislações podem apresentar diversos escopos, como a promoção de defesa da concorrência, a promoção da eficiência econômica e do bem-estar

do consumidor, liberdade de iniciativa, abertura de mercados, participação justa e equilibrada entre pequenas e médias empresas, desconcentração do poder econômico e prevenção aos monopólios e abusos de posição dominante.

A aplicação das leis se dá para todas as empresas ou corporações nacionais ou internacionais, públicas ou privadas, em relação a todas as condutas, acordos, atos ou transações relativas à produção e propaganda de produtos e serviços, ocorridos no respectivo território nacional, ou em alguns casos, como Brasil e Argentina, que tenham se originado no exterior mas venham a afetar a concorrência interna.

No Brasil, Colômbia, Chile, Jamaica, México, Panamá e Peru, é permitida a existência de monopólios estatais, setores reservados estratégicos ou de segurança nacional e exclusiva exploração dos direitos de propriedade intelectual. Todavia, é igualmente reconhecido nesses países que tais monopólios sujeitam-se às leis de concorrência quando exacerbam a natureza do escopo que lhes foi assegurado e incorrem em abusos de posição dominante ou práticas monopolísticas.

Com relação às condutas, no Canadá, Colômbia, Costa Rica, Jamaica, México, Estados Unidos e Venezuela, setores específicos e atividades econômicas como agricultura, esportes profissionais, organizações laborais e atividades de exportação têm sido isentados das legislações de defesa da concorrência. Nos Estados Unidos da América, as legislações estaduais são aplicadas paralelamente às leis federais quando condutas anticoncorrenciais afetam o mercado do estado.

Em linha geral, as legislações dos países americanos proíbem toda conduta comercial que limite, restrinja ou distorça a competição. Práticas horizontais consistentes em qualquer forma de acordos colusivos entre agentes concorrentes num mesmo setor, bem como práticas verticais derivadas de acordos entre agentes que atuam em diferentes estágios de uma cadeia produtiva, também são proibidas.

Determinadas condutas consideradas proibidas estão dispostas em diversas legislações. Essas condutas se referem à: fixar preços e outras condições de venda; impor barreiras de acesso ao mercado; propostas colusivas; limitar a produção ou vendas por quotas determinadas; recusa concertada para adquirir produtos, prover serviços ou admitir novos agentes no mercado; repartir mercados; acordos discriminatórios ou predatórios; aceitação casada de serviços suplementares; acordos de exclusividade; abuso de posição dominante e monopolização; e boicotes.

Semelhanças e divergências nesta área dependem da lei adotada por cada país, como também das jurisprudências formadas por cada instituição nacional de defesa da concorrência. Existem proibições *per se*, absolutas ou não-autorizáveis e proibições relativas, autorizáveis ou regra da razão.

As instituições de defesa da concorrência devem analisar caso a caso se a conduta tida proibida ou restritiva pode ser justificada pelos seus efeitos como pró-competitiva e fomentadora de eficiências. Incluem-se nas práticas permitidas por tais exceções: concentração econômica; determinados acordos verticais em condições não relacionadas com preços como representação territorial ou acordos de exclusividade; acordos que contribuem para o aumento da produção, qualidade e divulgação de produtos e serviços; desenvolvimento de pesquisas e tecnologia; e utilização de economias de escala.

Em alguns países os critérios e procedimentos estão estabelecidos em regulamentos ou precedentes judiciais, enquanto em outros países ficam a cargo da discricionariedade da instituição de defesa da concorrência. De qualquer forma, esses critérios e procedimentos podem variar de país para país.

Exceção feita ao Chile e ao Peru, as legislações dos países americanos contêm previsões para controlar a concentração econômica derivada de associações (*joint ventures*), fusões, aquisições ou incorporações de companhias, quando seus efeitos limitarem, prejudicarem ou impedirem a competição. Para essa finalidade o Brasil, Canadá, Colômbia, Costa Rica, Jamaica, México, Venezuela e Argentina possuem regulamentos de controle de concentração baseados tanto na notificação prévia obrigatória ou voluntária para se verificar o grau de concentração e seus efeitos na competição.

As instituições de defesa da concorrência dos países americanos atuam como órgãos independentes ou agências na forma de comissões, como é o caso da Argentina, Brasil, Canadá, Costa Rica, Chile, Estados Unidos da América, Jamaica, México e Peru, ou na forma de superintendências, caso da Colômbia e da Venezuela. A distinção entre as comissões e as superintendências é que naquelas as decisões são tomadas por um colegiado, enquanto nestas a decisão é individual. Essas instituições possuem autonomia técnica e operacional na condução de investigações e processos e na decisão e efetivação da lei, e são assistidas por unidades técnicas ou secretarias.

De maneira geral, a função das instituições de defesa da concorrência é garantir o cumprimento das disposições referentes à competição. Por essa razão, na maioria dos países essas instituições detêm poderes para publicar medidas preventivas, e requerer testemunhos,

documentos ou informações relativas a agentes públicos ou privados, inclusive por meio de injunção ou requerimento perante o Judiciário.

Em todos os países os procedimentos para conduzir investigações e decidir casos de condutas anticoncorrenciais são administrativos ou judiciais e podem ser iniciados *ex officio* pela instituição responsável pela defesa da concorrência ou por requerimento de qualquer parte interessada. Cada legislação estabelece as instâncias, modalidades, evidências, sanções e prazos para decidir casos ou aprovações. No Uruguai está estipulado um procedimento arbitral para solucionar disputas entre competidores, iniciadas de atos anticoncorrenciais nos termos da lei.

As sanções previstas nas diferentes legislações são pecuniárias e criminais, administrativas ou judiciais, dependendo do órgão que aplica a lei. A maioria das legislações autoriza as instituições de defesa da concorrência a aplicarem multa para aqueles que cometam condutas anticoncorrenciais e a imporem compromissos de desempenho.

Por fim, cumpre ressaltar que, uma vez esgotados os procedimentos administrativos, está assegurado em todos os países americanos o direito de qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, rever os atos ou decisões da instituição de defesa da concorrência perante as Cortes, incluindo recursos aos Tribunais Superiores e à Suprema Corte de Justiça, respeitando-se a especificidade de cada país.

IV – A Política da Concorrência na ALCA

Para debater o tema da defesa da concorrência nas discussões da ALCA foi constituído um grupo de negociação específico denominado, em inglês, *Free Trade Area of the Americas Working Group on Competition Policy*.

O Brasil vem sendo representado nessas discussões pelo corpo técnico indicado pelas Secretarias de Direito Econômico (SDE) e de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Algumas definições já foram adotadas para os debates da política de concorrência na ALCA. O *princípio do devido processo* significa garantir processos justos, independentes e equitativos, diante de autoridades competentes e pré-estabelecidas, na observância das formalidades e garantias legais. Já o *princípio da transparência* significa que cada Estado disponibilizará

as leis, regulamentos, procedimentos e regras administrativas de aplicação geral em matéria concorrencial. Por fim, o *princípio da não-discriminação* significa o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida².

Por enquanto, nada está definido, contudo pode-se destacar alguns tópicos que estão em debate e poderão ser aprovados oportunamente, para que os participantes da ALCA assumam as obrigações no sentido de assegurar que os benefícios do processo de liberalização não sejam prejudicados por condutas anticoncorrenciais, conforme segue:

1 – Legislação em matéria de concorrência

Cada Estado adotará ou procurará adotar leis ou regulamentos de defesa da concorrência, em âmbito nacional ou sub-regional para combater condutas de agentes públicos ou privados contrárias à concorrência, para que se promova a eficiência econômica e o bem-estar do consumidor, em observância aos princípios da não-discriminação, transparência e devido processo nos procedimentos administrativos ou judiciais, para a adoção de políticas de concorrência.

Fica assegurado o acesso, sem discriminação, de agentes físicos ou jurídicos a qualquer Estado, além de se promover o combate às condutas contrárias à concorrência que tenham como objetivo ou resultado limitar, restringir, falsear ou distorcer de qualquer forma a livre concorrência, e ao abuso de posição dominante que resulte ou possa resultar em prejuízo à eficiência econômica ou ao bem-estar dos consumidores.

Os países que integram a ALCA também acórdão que as legislações e regulamentações nacionais ou sub-regionais proíbam, ao menos: (i) os acordos ou esquemas anticoncorrenciais entre agentes na fixação de preços, restrição à produção, cartelização para licitações ou divisão de mercados; (ii) os abusos de uma empresa ou grupo de empresas com posição dominante

² O tratamento nacional em sua essência requer que qualquer Estado-parte não coloque os produtos ou serviços de outro Estado-parte em desvantagem competitiva em comparação aos seus próprios produtos ou serviços. Já o tratamento da nação mais favorecida implica que qualquer vantagem, facilidade, privilégio ou imunidade concedido por qualquer Estado-parte para qualquer produto originado ou destinado para qualquer outro Estado-parte deve ser consentido imediatamente e incondicionalmente para os produtos similares originados ou destinados aos territórios de todos os Estados-partes do acordo.

e que exerçam poder de mercado; e (iii) as concentrações, fusões ou aquisições que tenham efeitos anticoncorrenciais.

Contudo, poderão ser aceitos os acordos que: (i) atuem conforme ditames comerciais em harmonia com o interesse público e não prejudiquem a livre concorrência e o bem-estar dos consumidores; (ii) não utilizem suas condições para que direta ou indiretamente procedam em condutas anticoncorrenciais em mercados outros do que aquele do Estado que o autorizou; e (iii) não sejam discriminatórios.

Qualquer exclusão ou exceção às normas concorrenciais nacionais ou sub-regionais deverão ser transparentes e revistas periodicamente pelo Estado ou entidade sub-regional, a fim de que se avalie sua necessidade para obter os objetivos fundamentais de sua política, excetuando-se os cartéis de exportação que não poderão ser aceitos.

Os países também se comprometem a assegurar, em conformidade com as disposições jurídicas nacionais ou sub-regionais: (i) o contraditório aos agentes sujeitos de imposição de sanção por violar sua lei de concorrência, além de uma revisão independente da eventual condenação; e (ii) a proteção das informações consideradas confidenciais obtidas em decorrência das investigações ou procedimentos.

2 - Políticas e condutas regulatórias, monopólios legais, acordos anticoncorrenciais, empresas do estado, auxílios estatais e acordos governamentais

Os países integrantes da ALCA deverão respeitar as políticas e condutas regulatórias e observar que sejam acordos que privilegiem a utilização de princípios reguladores pró-competitivos, em respeito aos princípios da transparência, não-discriminação e devido processo, além de evitar que seja limitado o acesso aos mercados ou de alguma forma menosprezadas as condições de concorrência na ALCA com a aplicação do critério da razoabilidade.

O acordo de concorrência da ALCA não poderá impedir que um Estado constitua ou mantenha um monopólio. Entretanto, quando esse monopólio possa afetar o interesse de agentes de outros países, deverá o Estado introduzir condições que minimizem ou eliminem qualquer anulação ou limitação aos benefícios da liberalização comercial no bloco. Cada Estado assegurará que qualquer monopólio privado ou governamental que ele tenha

permitido, ou venha a permitir, atue de forma compatível com o disposto nos *Capítulos de Compras do Setor Público e Acesso a Mercados*, bem como não utilize sua posição monopolística para práticas contrárias à concorrência nos mercados não monopolizados.

Nenhuma disposição do acordo da ALCA também será interpretada para impedir que um Estado mantenha ou estabeleça empresas estatais, na medida em que estejam sujeitas às normas nacional e sub-regional de promoção e defesa da concorrência.

Quanto aos auxílios estatais, os Estados se comprometem a estabelecer um prazo para negociar e determinar o tratamento de tais ajudas que possam limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e que sejam suscetíveis de prejudicar o comércio entre os países da ALCA. Os acordos governamentais também ficam sujeitos às normas de política de defesa da concorrência.

3 – *Disposições institucionais*

Os Estados integrantes da ALCA se comprometem a estabelecer ou manter uma autoridade ou autoridades, em âmbito regional ou sub-regional, com a responsabilidade e o poder para aplicar leis de concorrência nacionais ou sub-regionais, e advogar a favor de políticas que favoreçam a competição, diante seus próprios organismos governamentais, bem como jurisdicionar acerca de condutas que tenham ocorrido em seu território.

Cada Estado também deverá indicar um representante ou entidade para compor um Comitê a ser estabelecido na esfera da ALCA, que terá as seguintes funções: (i) monitorar os avanços na implementação da política de concorrência pelos Estados e entidades sub-regionais; (ii) promover a cooperação entre os Estados e entidades sub-regionais sobre política de concorrência; (iii) coordenar a assistência técnica; (iv) comunicar aos Estados notificações apresentadas por países acerca de suas respectivas políticas e condutas regulatórias, monopólios legais, acordos anticoncorrenciais, empresas do estado, auxílios estatais e acordos governamentais, bem como de mecanismos de cooperação; (v) estabelecer um plano básico para a realização dos exames conforme dispõe o *Mecanismo de Exame de Políticas de Concorrência* e a periodicidade dos mesmos; (vi) formular recomendações sobre a implementação na política de concorrência; e (vii) difundir e atualizar informações acerca da política de defesa da concorrência por meios eletrônicos.

Os Estados, reconhecendo o significado da transparência nas políticas de concorrência, estabelecem um *Mecanismo de Exame das Políticas de Concorrência*, que procederá no exame periódico das legislações, políticas e atividades no cumprimento das normas de concorrência.

4 – *Mecanismos para a cooperação e intercâmbio de informação*

Os países da ALCA, cientes da importância da cooperação entre as autoridades para a aplicação efetiva das normas de concorrência e do desenvolvimento de suas políticas no bloco, comprometem-se sempre que existir indícios de prática de conduta anticoncorrencial com impacto transfronteiriço trabalhar conjuntamente na investigação e adoção das medidas pertinentes.

Para a aplicação efetiva das relações de cooperação, os Estados reconhecem a importância de celebrar acordos ou convênios, atentando às notificações, intercâmbio de informações, consultas, considerar os interesses dos outros países da ALCA ao aplicar leis de defesa da concorrência (cortesia negativa) e um Estado que entenda que seu mercado esteja sendo prejudicado por prática que ocorra em outro Estado, e que tal conduta seja tida como infração concorrencial naquele Estado, solicitar a investigação e aplicação da lei (cortesia positiva).

5 – *Consultas e soluções de controvérsia*

Qualquer Estado, quando solicitado, responderá consulta acerca de matérias de defesa da concorrência e, no caso de controvérsias entre os Estados, essas serão dirimidas pelo *Mecanismo de Solução de Controvérsias da ALCA*. Não cabe ao Mecanismo questionar ou revisar decisões administrativas ou judiciais de cada Estado acerca da aplicação de sua legislação de defesa da concorrência, exceção feita às disposições de monopólios e empresas estatais.

6 – *Assistência técnica*

Os países se comprometem a trabalhar em conjunto nas atividades de assistência técnica relativas à adoção, aplicação e execução de normas e políticas de defesa da concorrência, incluindo o compartilhamento de experiências e

informações, capacitação de funcionários, participação dos mesmos em eventos do tema da política da concorrência e intercâmbio de pessoal.

7 – Período de transação

A adoção das normas de concorrência e a implementação das disposições institucionais, bem como o início efetivo para a aplicação dessas normas se dará num cronograma estabelecido pelos Estados, levando-se em conta as diferenças entre o estágio de desenvolvimento, o tamanho das economias e a situação dos países que não disponham de uma legislação de concorrência.

V - Conclusão: Uma Alternativa para Instigar o Debate acerca do Direito da Concorrência na ALCA

A ALCA ainda é algo que está em discussão, sua formação e a integração do Brasil e do Mercosul aos demais países do hemisfério é incerta, mas de qualquer forma, uma vez implementada, o Direito da Concorrência merece destaque nesse contexto. Para isso, são necessários profundos debates acerca deste tema que é item de negociação da ALCA.

Quando se está diante da liberalização do comércio e da entrada de novos agentes num determinado mercado, até então pouco competitivo, além de promover uma abertura adequada, garantidora da adaptação dos agentes tradicionais para a nova realidade de concorrência, deve-se proteger o mercado das infrações anticoncorrenciais que prejudicam o bem-estar econômico dos consumidores, por meio de legislações eficazes.

Na formação da ALCA, no item específico da política de concorrência, não está previsto a criação de um órgão supra-nacional para legislar a matéria, mas sim a cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência dos países-participantes. Entretanto, dos 34 países que debatem a ALCA, apenas 13 dispõem de alguma legislação concorrencial.

Conforme apresentado neste artigo, cada Estado adotará ou procurará adotar leis ou regulamentos de defesa da concorrência, em âmbito nacional ou sub-regional, além de estabelecer ou manter uma autoridade ou autoridades com a responsabilidade e o poder para aplicar leis de concorrência. Cada país participante também deverá indicar um representante

ou entidade para compor um Comitê a ser estabelecido na esfera da ALCA que se ocupará especificamente do tema da defesa da concorrência.

Considerando a necessidade da cooperação entre as autoridades para a aplicação efetiva das normas de concorrência e do desenvolvimento de suas políticas no bloco, cada Estado fica comprometido sempre que existir indícios de prática de conduta anticoncorrencial com impacto transfronteiriço trabalhar conjuntamente na investigação e adoção das medidas pertinentes.

Os Países-membros para a efetiva aplicação das relações de cooperação, reconhecem a importância de celebrar acordos ou convênios, processar notificações, intercâmbio de informações, consultas e considerar os interesses dos outros países da ALCA ao aplicar leis de defesa da concorrência (cortesia negativa). O Estado que entenda esteja ocorrendo prejuízo ao seu mercado em decorrência de prática ocorrida em outro Estado, e que tal conduta seja tida como infração concorrencial naquele Estado, poderá solicitar a aplicação daquela legislação (cortesia positiva).

O princípio da *cortesia positiva* é um importante fundamento para a cooperação em defesa da concorrência e será de grande valia dentro da ALCA. Introduzido na economia mundial na década passada, a partir de acordos bilaterais entre os governos de alguns países, a finalidade desse princípio é lidar com megafusões entre empresas transnacionais e com condutas anticoncorrenciais de dimensões internacionais, diante da ausência de instrumentos multilaterais.

Os acordos de cortesia positiva geralmente apresentam o seguinte conteúdo: (i) notificações recíprocas e suficientemente detalhadas das investigações iniciadas por cada um dos países, sempre que possam afetar o interesse do outro signatário, tanto na prevenção (estrutura) quanto na repressão (condutas) de matéria concorrencial; (ii) visita mútua dos funcionários das agências de defesa da concorrência de um país ao outro durante o curso das investigações; (iii) auxílio na instrução processual com a localização de testemunhas, colheita de depoimentos e busca de evidências; e (iv) reuniões regulares entre as autoridades de defesa da concorrência para debater as respectivas políticas de concorrência e trocar informações sobre determinados setores da economia que despertam interesse recíproco.

Esses acordos permitem operacionalizar as políticas de concorrência entre os Estados e suas respectivas autoridades de defesa da concorrência, a fim de facilitar investigações de atos ou condutas extraterritoriais mas que produzam efeito no mercado local e representar maior efetividade no combate aos abusos praticados pelo poder econômico.

Dentre os acordos de cortesia positiva já assinados e que servem de exemplo, pode-se citar: Estados Unidos da América e União Européia; Estados Unidos da América e Canadá; e Austrália e Nova Zelândia.

Ocorre, entretanto, conforme já visto, que apenas 13 dos 34 países americanos possuem legislação de defesa da concorrência. Uma macro-análise permite concluir que a defesa da concorrência no Continente Americano é pouco consistente, tendo em vista o número de países que negociam a ALCA e não dispõem de legislação específica para a matéria. Evidentemente, a cortesia positiva teria uma utilização restrita.

Entretanto, deve-se atentar que um dos compromissos dos países-participantes da ALCA, em matéria concorrencial, é adotar ou procurar adotar leis ou regulamentos de defesa da concorrência, em âmbito nacional ou sub-regional, além de estabelecer ou manter uma autoridade ou autoridades com a responsabilidade e o poder para aplicar leis de concorrência.

A implementação de uma lei de defesa da concorrência e o seu desenvolvimento é um processo histórico que se desenvolve com o tempo, transformando a cultura da sociedade e criando e aprimorando instituições atuantes e eficazes para a aplicação dessa lei.

Em blocos regionais, o Direito da Concorrência se desenvolve a partir da harmonização das legislações nacionais dos Países-membros, e posteriormente na transformação da defesa comercial em defesa da concorrência.

Contudo, um bloco regional pode reunir Países-membros que estejam em diferentes estágios de evolução na defesa da concorrência. Por exemplo, enquanto um Estado dispõe de uma agência antitruste atuante na prevenção aos abusos do poder econômico, outro Estado sequer possui uma legislação concorrencial.

Nesta situação é perfeitamente aceitável que o país-membro atrasado em matéria concorrencial elimine alguns estágios da evolução do processo de formação de legislação e órgãos de defesa da concorrência e adote as determinações comuns do plano sub-regional. Assim, países de economia pequena e que integram um bloco poderiam realizar o controle preventivo em matéria concorrencial exclusivamente na esfera regional.

Uma vez consolidado o mercado comum, pode-se implantar um órgão de defesa da concorrência supra-nacional. Entretanto, cumpre lembrar que a proposta de negociação e implantação da ALCA não prevê a

institucionalização de órgãos supra-nacionais, que só são possíveis com a delegação da soberania dos Estados-partes.

Os países americanos que possuem legislação e instituições de defesa da concorrência e participam das discussões de formação da ALCA são: Argentina; Brasil; Canadá; Colômbia; Costa Rica; Chile; Estados Unidos da América; Jamaica; México; Panamá; Peru; Uruguai; e Venezuela. Outros países já estão estudando projetos de legislação de concorrência, são eles: Bolívia; El Salvador; Equador; Guatemala; Honduras; Nicarágua; República Dominicana; e Trinidad e Tobago. Ou seja, 13 países americanos já dispõem de legislação de defesa da concorrência, enquanto 8 países debatem a promulgação de uma lei.

Considerando que a superposição de fases é algo comum em países com experiência recente em defesa da concorrência e está estritamente relacionada ao processo de globalização econômica, pode-se sugerir o seguinte caminho para debates nas negociações da ALCA no que se refere à política da concorrência.

Os países-participantes da ALCA que já dispõem de legislações de defesa da concorrência cooperariam com os países que ainda não possuem, na elaboração de estudos e projetos para a implementação de tais legislações.

Primeiramente a cooperação se daria pela assistência técnica, com o treinamento e preparação da legislação de defesa da concorrência e, na seqüência, celebração de acordos de cooperação de primeira geração, a partir da ajuda recíproca em casos específicos e a troca de informações não-confidenciais. Finalmente, a realização de acordos de cooperação de segunda geração, com a cooperação sistemática entre as agências, inclusive com a troca de informações confidenciais.

Dividindo o hemisfério em quatro regiões tem-se: (i) *América do Norte* – com os Estados Unidos da América, Canadá e México dispendo de legislação de defesa da concorrência; (ii) *América Central* – com Costa Rica e Panamá dispendo de legislação de defesa da concorrência, e El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua em estudos para a implantação da legislação; (iii) *Caribe* – apenas com a Jamaica dispendo de legislação de defesa da concorrência, e República Dominicana e Trinidad e Tobago em estudos para a implantação da legislação; e (iv) *América do Sul* – com Argentina, Brasil, Colômbia, Chile, Peru, Uruguai e Venezuela já dispendo de legislação de defesa da concorrência, e Bolívia e Equador em estudos para a implantação da legislação.

Com essa divisão, pode-se fazer uma subdivisão, ligando cada país aos países a que já esteja ligado por acordos comerciais regionais. Assim o mapa do hemisfério ficaria dividido em NAFTA; MCCA; CARICOM; CAN e MERCOSUL.

O NAFTA não teria maiores trabalhos, já que todos os seus integrantes já possuem legislação de defesa da concorrência.

No MCCA, que abrange Costa Rica, El Salvador, Guatemala e Honduras, a Costa Rica que já dispõe de legislação de defesa da concorrência poderia auxiliar El Salvador, Guatemala e Honduras que já integram o MCCA e estão estudando a implantação de legislação de concorrência, bem como a Nicarágua que também já estuda a implantação da lei. Fora isso, poderiam estender a consolidação de legislação e autoridades de defesa da concorrência por toda a região, o que abrangeria o Panamá, que já dispõe de lei e auxiliaria na implantação do projeto na região, e Belize.

O CARICOM, que reúne 13 países caribenhos, seria outra região, onde a Jamaica já possui legislação de defesa da concorrência e República Dominicana e Trinidad e Tobago encontram-se em processo de estudo para implantação da legislação. A Jamaica, além de auxiliar a República Dominicana e Trinidad e Tobago, conduziria o processo para o Haiti, Antígua e Barbuda, Dominica, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Barbados, Granada, Bahamas e São Cristóvão e Nevis.

A CAN é integrada pela Venezuela, Colômbia e Peru, que já dispõem de legislação em defesa da concorrência, e Equador e Bolívia que já estão em estudos para a implantação de legislação, e constituiria outra região, estendendo esse processo para a Guiana e o Suriname.

Por fim o MERCOSUL, apenas faltando a implantação de legislação de defesa da concorrência no Paraguai, mas que poderia até mesmo ser suprimida, adotando-se as determinações comuns do plano sub-regional, com a implementação definitiva do Protocolo de Fortaleza para cuidar da defesa concorrencial em âmbito regional. O Chile, egresso do Pacto Andino, atual CAN, e em que pese seu acordo bilateral com os EUA, por uma questão geopolítica poderia se integrar à região do MERCOSUL.

Desta forma, num primeiro momento teriam cinco sub-regiões dentro da ALCA analisando questões de defesa da concorrência, que teriam força ainda maior na prevenção e repressão aos abusos do poder econômico com a celebração de acordos de cortesia positiva entre essas regiões.

A etapa seguinte seria a integração dessas regiões, inicialmente MERCOSUL e CAN, constituindo o AMERCOSUL, e MCCA e CARICOM, constituindo o MERCONORTE.

O estágio conclusivo da política da concorrência na integração hemisférica seria a criação de um órgão de defesa da concorrência supra-nacional para analisar a matéria em toda a ALCA, com características similares ao que ocorre na União Européia. Certo é que no atual estágio das negociações da ALCA não está prevista a delegação da soberania dos Estados-partes, o que inviabiliza um “Tribunal da ALCA para Defesa da Concorrência”. Contudo, os debates e a proposta de implantação da ALCA podem sofrer modificações que venham a permitir a constituição de um órgão supra-nacional.

VI - Referências Bibliográficas

- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. *Relações Internacionais e sua Construção Jurídica: aspectos históricos, jurídicos e sociais*. São Paulo: FTD, 1998. (Coleção juristas da atualidade. Série ALCA; v. 1)
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). *OMC e o Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- *Atlas Geográfico Mundial*. 2ª ed. São Paulo: Folha da Manhã, 1994.
- BAGNOLI, Vicente. *O Direito da Concorrência e sua Aplicação na Área de Livre Comércio das Américas*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2003.
- CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e o seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTR, 1994.
- CINTRA, Marcos e CARDIM, Carlos Henrique (organizadores). *O Brasil e a Alca: seminário*. prefácio Aécio Neves. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002.
- HIRST, Paul e THOMPSON, Grahame. *Globalização em Questão*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- CASSOTTANA, Marco e POGGI, Emanuele. *Il Codice della Concorrenza: normativa nazionale e comunitaria*. 2ª ed. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2002.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia da História*. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- JAKOBSEN, Kjeld; MARTINS, Renato. *ALCA: Quem ganha e quem perde com o livre comércio nas Américas*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ONUKI, Janina. *Relações Internacionais e sua Construção Jurídica: a ALCA e os interesses nacionais*. São Paulo: FTD, 1998. (Coleção juristas da atualidade. Série ALCA; v. 3)
- RATTNER, Henrique. *Mercosul e ALCA: O Futuro Incerto dos Países Sul-Americanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.
- Revista Direito Mackenzie. ano 3, nº. 2. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.
- STIGLITZ, Joseph E. *A Globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.) *Direito Global*. Max Limonad: São Paulo, 1999.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 4ª ed. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. (tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa)
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. (tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa)

Sites na internet

- ALCA (Área de Livre Comércio das Américas)
www.ftaa-alca.org
- IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo) www.ibrac.org.br
- Ministério das Relações Exteriores

www.mre.gov.br

- UE / DG-4 (União Europeia / Comissão de Concorrência) <http://europa.eu.int/comm/competition>

- WTO-OMC (Organização Mundial do Comércio) www.gatt.org

