

O CONTROLE DAS AJUDAS ESTATAIS NO DIREITO CONCORRENCIAL DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

Uma análise do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul

*Evandro Menezes de Carvalho**

Sumário: Introdução; 1. O Tratamento Jurídico das Ajudas Estatais na União Européia; 1.1. O direito da concorrência como regramento essencial do mercado comum e as ajudas estatais como ramo indispensável do direito concorrencial; 1.2. A noção de ajuda estatal; 2. O Mercosul: A Instauração do Controle das Ajudas Estatais como Imperativo da Integração; 2.1. A evolução do enfoque da proteção à concorrência através do direito do Mercosul; 2.2. O Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (PDC); 2.3. As perspectivas do controle das ajudas estatais no âmbito do PDC; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Introdução

O aumento da receptividade dos Estados aos comandos das instituições econômicas internacionais tem ocasionado tensões no âmbito das políticas econômicas domésticas. Estas se vêem pressionadas entre o alinhamento com as regras do mercado internacional e o atendimento às especificidades do mercado interno.

Tal ponto tenso se acentua devido a propensão dos países de conjugarem esforços para suprir certas insuficiências soberanas. Isto porque determinados objetivos sociais e econômicos passam a ser melhor atingidos se compartilhados e dimensionados em escala regional ou multilateral.

Desta forma, os Estados, outrora autárquicos no plano externo, tornam-se “abertos e internacionalmente ‘amigos’ e ‘cooperantes’”¹, atuando em um sistema jurídico-político internacional constituído por novos sujeitos de direito internacional público, tais como as organizações internacionais de integração.

* Advogado, Mestre em Integração Latino-americana pela UFSM, doutorando em Direito Internacional pela USP e bolsista do Fundo Ryoichi Sasakawa.

¹ J. J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina Editora, 1998, p. 1275.

Este cenário tem contribuído para que a concepção tradicional de soberania perca muito de sua relevância enquanto conceito e prática central nas relações internacionais, deflagrando, assim, um processo de transformação do papel dos Estados. Para Robert O'Brien, o tema do subsídio é um exemplo deste processo. Segundo o autor,

esforços internacionais para restringir a prática de subsídio desafiam nosso entendimento tradicional de Estado porque eles restringem a habilidade da direção estatal para distribuir renda. Os governos não são tão livres como eram no passado para escolher qual método de intervenção econômica eles desejam. Isto não significa que um Estado não é mais um Estado, mas implica que os Estados estão mudando.²

A limitação das políticas ativas ou intervencionistas do Estado no domínio econômico responde às demandas de manutenção do regime de livre comércio no plano internacional. De fato, se qualquer governo puder outorgar subsídios de forma indiscriminada aos setores produtivos de seu país – seja com o intuito de proteger suas empresas da concorrência estrangeira ou de conferir-lhes uma vantagem competitiva no mercado mundial – põe-se em risco o sistema internacional de livre comércio. Tais ajudas podem alterar as condições normais de concorrência em prejuízo dos competidores de outros países.³

Se estas políticas de proteção ou promoção da produção nacional podem ser, a priori, benéficas ou saudáveis para o país que as pratica, deve-se reconhecer, contudo, que sua adoção poderá provocar demandas de retaliação ou proteção por parte de outros Estados porventura prejudicados pela medida protecionista.

Desta forma, a aplicação do princípio do livre comércio para todos não prescinde do cuidadoso exame das vantagens comparativas artificiais decorrentes da concessão de auxílios públicos à exportação e à produção de mercadorias. Ao contrário do que possa sugerir a teoria econômica do

² [“international efforts to curb subsidy practices challenge our traditional understanding of the state because they restrict the ability of state leadership to disperse revenues. Governments are not as free as they were in the past to choose whatever method of economic intervention they desire. This does not mean that a state is no longer a state, but it does imply that states are changing”] **Subsidy Regulation and State Transformation in North America, the GATT and the EU**. United States: ST. Martin's Press, INC., 1997, p. 18. (Todos os textos estrangeiros citados neste trabalho foram livremente traduzidos pelo autor).

³ Jagdish Bhagwati. **Protecionismo versus Comércio Livre**. Rio de Janeiro: Editorial Nórdica, 1989, p. 35.

comércio livre, a prática revela que os Estados estão longe de abdicar desta prerrogativa.⁴

A outorga de elevados subsídios e a intervenção do Estado sempre foram necessários – e ainda são – para a “eficiência” do comércio internacional.⁵ Isto se confirma ao constatar, por exemplo, que as iniciativas multilaterais de se regular as ajudas governamentais são temperadas pela resistência dos Estados Unidos e da União Européia de suspender os seus programas de ajudas a certos setores da economia, tais como: agricultura, indústria de entretenimento e aeroespacial.

O problema das medidas de intervenção estatal por meio de subsídios adquire, no entanto, uma feição particular no contexto de um processo integracionista. Neste caso, ao lado dos objetivos de eficiência econômica, busca-se, sobretudo, objetivos de equidade. Por conseguinte, a concessão de subsídios vincula-se, também, à promoção da redução das desigualdades regionais e do desenvolvimento equilibrado intrabloco – visto que não se pode confiar ao mercado a alocação de recursos de forma eqüitativa.⁶

Deste modo, o controle das ajudas estatais nos processos integracionistas apresenta-se relevante na medida em que possibilita a promoção da coesão social e econômica no espaço regional. Logo, um conjunto de regras mínimas que preservem a concorrência e regulem as formas de intervenção dos governos na economia, mostra-se fundamental para a consecução de um projeto de desenvolvimento comum.

Tomando esta direção, o presente estudo destina-se a examinar as relações entre a integração e o controle das ajudas estatais como ramo do

⁴ Para Jagdish Bhagwati, “há muito os economistas internacionais se sentem frustrados com a dissonância entre a elegância de sua irrefutável demonstração das vantagens do livre comércio e a deselegância com que a política prática abraça o protecionismo”. *Ibid.*, p. 65.

⁵ Para Eric Hobsbawm, embora as economias nacionais estejam enfraquecidas por uma economia transnacional, as funções econômicas dos Estados não estão prestes a acabar, “pelo contrário, tanto nos Estados não capitalistas como nos capitalistas cresceram, apesar de, nos anos 80, se detectar uma tendência em ambos para encorajarem outros empreendimentos não estatais ou privados.” (**Nações e nacionalismo desde 1870**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, pp. 207 e 208). Segundo Octavio Ianni, “mesmo quando os governos reduzem sua interferência no jogo das forças produtivas, mesmo nesses casos subsistem diretrizes, estímulos, restrições e punições que orientam decisões e opções dos proprietários dos meios de produção.” (**Teorias da Globalização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 152).

⁶ Peter Robson. **Teoria Econômica da Integração Internacional**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1985, p. 239.

direito da concorrência. Discute-se especialmente a necessidade de uma evolução do direito da concorrência do Mercosul em direção de normas claras sobre as ajudas estatais.

Para tanto, o trabalho divide-se em duas partes. A primeira dedica-se ao tratamento jurídico das ajudas estatais na União Européia, destacando sua relevância no processo integracionista europeu (1.1.) e apresentando a noção de ajuda estatal firmada pelos órgãos comunitários (1.2.). A segunda parte aborda o tema em questão no âmbito do Mercosul. Após focar a evolução da proteção à concorrência no direito do Mercosul (2.1.), examina-se o Protocolo de Defesa da Concorrência (2.2.) a fim de avaliar as perspectivas de se estabelecer o controle das ajudas estatais no esquema integracionista do Cone Sul (2.3.).

1. O Tratamento Jurídico das Ajudas Estatais na União Européia

Enquanto único mercado comum do mundo, a União Européia torna-se um paradigma para a construção do Mercosul comunitário.⁷ A evolução de sua experiência integracionista, atualmente direcionada para a consolidação de uma união econômica e monetária, revela a importância de se conjugar os aspectos econômico e jurídico para o alcance dos objetivos comuns.

Desta forma, uma vez que o direito tem uma função central no processo integracionista europeu, indaga-se o papel do direito da concorrência

⁷ O Tratado que cria a União Européia (Tratado da União Européia – TUE ou Tratado de Maastricht), assinado em 1992, na cidade de Maastricht, Holanda, reforça os objetivos políticos da integração e prevê a instauração progressiva de uma União Econômica e Monetária (UEM) com a adoção de uma moeda única: o euro. Esta entidade funda-se sobre três pilares: as Comunidades Européias, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a Cooperação policial e judiciária em matéria penal. Estas duas últimas estruturas são tipicamente intergovernamentais. O TUE efetua substanciais alterações no Tratado da Comunidade Econômica Européia, inclusive de sua denominação que, de Tratado da CEE, passou para Tratado da Comunidade Européia (TCE). Com a assinatura do Tratado de Amsterdam, em 1997, operou-se algumas transferências de competências entre estes três pilares e efetuou-se alterações nos procedimentos decisórios da Comunidade Européia. Nota Umberto Celli Júnior que a expressão “União Européia” é utilizada com finalidade marcadamente retórica. “Externa corporis, até que se consolide efetivamente essa união econômica e monetária, a ‘Comunidade Européia’ continuará sendo a pessoa jurídica com representatividade, por exemplo, para firmar tratados internacionais.” (**Regras de concorrência no Direito Internacional moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 27 e 28). Ao longo deste trabalho, o uso da expressão “Comunidade” refere-se à Comunidade Econômica Européia que, após o TUE, passou a ser denominada simplesmente Comunidade Européia (CE).

como regramento essencial do mercado comum e, de modo especial, das normas referentes às ajudas estatais (1.1.). Por fim, apresentar-se-á a noção de ajuda estatal cunhada na experiência comunitária (1.2.).

1.1. O direito da concorrência como regramento essencial do mercado comum e as ajudas estatais como ramo indispensável do direito concorrencial

Sendo a Comunidade fundada em um regime de mercado aberto, deverão as empresas “movimentar-se” em um ambiente concorrencial sem barreiras para a expansão de seus negócios e prevenido de posições artificiais de mercado. A ausência de uma autoridade central com poderes suficientes para fiscalizar e controlar a atividade econômica, enseja, conseqüentemente, a prescrição de regras que estabeleçam parâmetros de conduta e de competição capazes de tornar o mercado autocontrolado.

Por esta razão, o processo integracionista europeu reconheceu a necessidade de uma política concorrencial adequada para o controle das relações econômicas no seio da Comunidade. Esta política comunitária da concorrência persegue três objetivos: a) a manutenção da unidade do mercado comum aberto a todos os operadores econômicos; b) a proibição do abuso de posição dominante, empregando esforços para evitar uma concentração excessiva de poder econômico, financeiro e comercial; e c) o respeito ao princípio da justiça econômica.⁸

Estes objetivos da política comum em matéria concorrencial são estabelecidos tanto em função dos fins previstos no Tratado da Comunidade Européia (TCE), inscritos no artigo 2º, como em consideração ao disposto no artigo 3º (1) (g). Neste preceito, estatui-se que a ação da Comunidade implica em “um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”.

Para tanto, além da estipulação de um conjunto de regras mínimas que garantam aos agentes econômicos condições de acesso e permanência no mercado intracomunitário, deve-se promover, também, a necessária e coerente atitude relacional entre a Comunidade e os Estados-membros. Em outras palavras, estas entidades deverão se conduzir por meio de uma estreita coordenação no controle, fiscalização e aplicação das políticas concorrenciais por elas implementadas.

⁸ Isabelle Croizier. **L’Offensive de la CEE contre les Aides Nationales – La récupération des aides nationales octroyées en violation du traité CEE**. Rennes: Apogée, 1993, p. 15.

Entretanto, o aumento da concessão de vantagens artificiais por parte dos governos aos setores produtivos de seu país – trasladando, assim, dificuldades econômicas a outros Estados-membros – tem exigido dos órgãos comunitários uma presença maior na fiscalização destas políticas públicas nacionais.

Entre as diversas medidas governamentais de apoio econômico, as ajudas estatais a empresas e setores produtivos vêm ocupando um lugar de destaque. Estes auxílios públicos incidem no funcionamento normal do mercado e podem vir a limitar ou falsear a livre concorrência – o que vai de encontro aos princípios do mercado comum.

A questão está em determinar se essa assistência estatal tem caráter exclusivamente protecionista, por conceder uma vantagem artificial no mercado à empresa receptora do benefício, ou se sua habilitação atende aos objetivos da política concorrencial comunitária. A regra geral, em que pesem as exceções previstas no TCE, é a da incompatibilidade das ajudas estatais com os princípios reitores da Comunidade.⁹

Para tanto, tornou-se imprescindível determinar o sentido da expressão “ajuda” a fim de que se pudesse realizar o seu efetivo controle no seio da Comunidade.

1.2. A noção de ajuda estatal

Ao não definir o que se deve entender por ajuda estatal, o TCE deixou aos órgãos comunitários e à doutrina a tarefa de deslindar a significação

⁹ A regra da interdição das ajudas de Estado está prevista no Artigo 87 (1) TCE, que estabelece: “Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem [sic] as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”. As alíneas 2 e 3 deste mesmo dispositivo dedicam-se a definir as hipóteses que configuram exceção ao princípio geral de incompatibilidade. A alínea 2 define as suposições que configuram a compatibilidade “de iure” da medida pública concessiva do benefício. Trata dos auxílios sociais e dos destinados a remediar os danos decorrentes de calamidades naturais ou acontecimentos extraordinários. A alínea 3, por sua vez, elenca as hipóteses nas quais a ajuda pode vir a ser considerada conciliável com o mercado comum segundo juízo discricionário dos órgãos comunitários competentes. Nestes casos, o auxílio caracteriza-se pela finalidade regional ou setorial explícita em sua concessão, destinando-se, pois, a facilitar o desenvolvimento econômico de certas regiões e adaptar ou acelerar o processo de estruturação dos diversos setores industriais em atenção às circunstâncias econômicas.

deste termo. Todavia, a variedade terminológica encontrada nesta matéria não tem contribuído para a formulação de um conceito jurídico preciso de “ajuda”.

Em alguns textos legais emprega-se o termo “subsídio” em sentido semelhante ao de “ajuda estatal”. À guisa de exemplo, tome-se o artigo XVI, seção A, do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)¹⁰. Em outros, utiliza-se ambos os termos de forma a subentender serem conceitos distintos, como é exemplo o artigo 4º, letra “c”, do Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA).¹¹

No campo doutrinário o problema conceitual permanece. Robert O’Brien emprega o termo “subsídios” e o define como “concessões ou gastos governamentais que assistem na produção de bens e serviços”.¹² Esta definição, por outro lado, aproxima-se de algumas noções de ajuda elaboradas por outros autores e apontadas por Despina Schina que assim expõe:

Everling definiu ajuda como ‘todo benefício direto ou indireto outorgado pelo Estado para determinadas empresas ou setores da economia’. Colliard considerou que ajuda é qualquer medida que favoreça a posição competitiva de uma empresa e conseqüentemente tende compensar um aspec-

¹⁰ Artigo XVI do GATT: “Sección A – Subvenciones en general. 1. Si una parte contratante concede o mantiene una subvención, incluida toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las importaciones de este producto en su territorio, esta parte contratante notificará por escrito a las PARTES CONTRATANTES la importancia y la naturaleza de la subvención, los efectos que estime ha de ocasionar en las cantidades del producto o de los productos de referencia importados o exportados por ella y las circunstancias que hagan necesaria la subvención. En todos los casos en que se determine que dicha subvención causa o amenaza causar un perjuicio grave a los intereses de otra parte contratante, la parte contratante que la haya concedido examinará, previa invitación en este sentido, con la otra parte contratante o las otras partes contratantes interesadas, o con las PARTES CONTRATANTES, la posibilidad de limitar la subvención” (sem grifo no original).

¹¹ Artigo 4º do Tratado CECA: “The following are recognized as incompatible with the common market for coal and steel and shall accordingly be abolished and prohibited within the Community, as provided in this Treaty: ... c. subsidies or aids granted by States, or special charges imposed by States, in any form whatsoever.” (sem grifo no original).

¹² [“Subsidies are grants or government expenditures that assist in the production of goods or services”] **Subsidy Regulation and State Transformation in North America, the GATT and the EU**. United States: ST. Martin’s Press, 1997, pp. 17 e 18.

to de inferioridade econômica em um meio discriminatório. Um ajuda pode, contudo, prover um benefício ao receptor sem que necessariamente compense suas inferioridades econômicas. De acordo com Waelbroeck, uma ajuda consiste em uma vantagem ou um benefício para a empresa receptora. No ponto de vista de Scheuing o termo ‘ajuda’ indica sem limitação todas as medidas de caráter financeiro tomadas pelas autoridades públicas em favor das empresas.¹³

Coube à Corte de Justiça das Comunidades Europeias (CJCE) elaborar uma distinção entre subsídio e ajuda estatal. No acórdão referente ao caso *Steenkolenmijnen v Alta Autoridade (CECA)*, a Corte expressou:

Um subsídio é normalmente definido como um pagamento em dinheiro ou em um tipo de assistência a uma empresa diferentemente do pagamento pelo comprador ou o consumidor de bens e serviços que ele produz. Uma ajuda é um conceito muito similar, que no entanto, coloca ênfase nos seus propósitos e parece especialmente projetado para um objetivo particular que não pode normalmente ser realizado sem uma ajuda de fora. O conceito de ajuda é todavia mais amplo do que aquele de subsídio porque abraça não somente benefícios positivos tal como os próprios subsídios, mas também intervenções que, sob variadas formas, mitigam os encargos que são normalmente incluídos no orçamento de uma empresa e que, sem, contudo, serem subsídios no estrito significado da palavra, tem características similares e mesmo efeito.¹⁴

¹³ [“Everling defined aid as ‘all direct or indirect benefits granted by the state to individual undertakings or sectors of the economy. Colliard considered that aid is any measure which favours the competitive position of an undertaking and therefore tends to compensate for an aspect of economic inferiority in a discriminatory way. An aid can, however, provide a benefit to the recipient without necessarily compensating for its economic inferiority. According to Waelbroeck, an aid consists in an advantage or a benefit to the recipient firm. In Scheuing’s view the term ‘aid’ indicates without limitation all measures of a financial character taken by public authorities in favour of enterprises”] Despina Schina. **State Aides under the EEC Treaty Articles 92 to 94**. Oxford: ESC, 1987, p. 13.

¹⁴ Sem grifo no original. [“A subsidy is normally defined as a payment in cash or in kind made in support of an undertaking other than the payment by the purchaser or the consumer for the goods or services which it produces. An aid is a very similar concept, which however, places emphasis on its purpose and seems especially devised for a particular objective which cannot normally be achieved without outside help. The concept of aid is nevertheless wider than that of a subsidy because it embraces not only positive benefits such as subsidies themselves, but also interventions

Percebe-se, assim, que as ajudas têm um caráter mais geral, abrangendo não só os subsídios, mas toda e qualquer intervenção que reduz os encargos financeiros de uma empresa. Contudo, dado que a diferença conceitual não resiste à concretude dos efeitos destas medidas, idênticos por natureza, poder-se-á fazer uso de ambos os termos ao longo deste trabalho.¹⁵

A ampla definição de ajuda estatal não afasta algumas reprovações baseadas na conveniência de uma maior precisão na identificação de uma medida pública como ajuda nos termos do TCE. Contrário a este entendimento, Germán F. Farreres afirma que as críticas dirigidas a essa amplitude do conceito de ajuda estatal prendem-se a um excessivo formalismo que se tem desejado pôr de lado no tratamento jurídico deste tema no âmbito da Comunidade.¹⁶

Para Despina Schina, a ausência de uma definição de ajuda estatal no TCE pode ter sido intencional, pois “se os Estados-membros soubessem a exata extensão da noção de ajuda eles poderiam facilmente planejar medidas que não satisfariam todos os requisitos desta noção”.¹⁷ Ademais, acrescenta o autor, “a falta de uma definição no Tratado permite à Comissão e à Corte interpretar a noção de uma maneira mais ampla e flexível”.¹⁸

Percebe-se, assim, que a opção do legislador comunitário orientou-se pela necessidade de fiscalizar todo e qualquer apoio econômico que possa vir a ser caracterizado como uma ajuda estatal. A variedade de formas pelas quais se manifestam essas vantagens econômicas foi determinante para a defesa desta posição por parte dos órgãos comunitários.

which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, without, therefore, being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect”] Acórdão referente ao caso 30/59, (1961) ECR 1 at 19. *Steenkolenmijnen v High Authority (CECA)*. In. *Ibid.*, p. 14.

¹⁵ Serão empregados como sinônimos de ajuda estatal, além do termo “subsídio”, as expressões: auxílios públicos, subvenções e assistência estatal.

¹⁶ **El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea**. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 25.

¹⁷ [“If Member States knew the exact scope of the notion of aid they could easily devise measures which would not satisfy all the requirements of this notion”] **State Aides under the EEC Treaty Articles 92 to 94**. Oxford: ESC, 1987, p. 13.

¹⁸ [“the lack of a definition in the Treaty allows the Commission and the Court to interpret the notion in a wide and flexible way”] *Ibid.* A Comissão é a instituição comunitária que tem a função de velar pela aplicação do Direito Comunitário. Suas decisões devem levar em consideração unicamente o interesse da Comunidade, pois, como órgão imparcial, não deve submeter-se a nenhuma vontade nacional.

Neste sentido, a Comissão tem mantido o entendimento de que qualquer auxílio com efeitos sobre o comércio, independentemente da forma com que possa se revestir, é suscetível de ser subsumido ao artigo 87 (1) TCE.¹⁹ Em sua lista de medidas passíveis de serem qualificadas como ajuda, encontram-se, dentre outras: os subsídios propriamente ditos; a exoneração de impostos e demais tributos; garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis; cessão de prédios ou terrenos à título gratuito; fornecimento de bens e serviços em condições preferenciais; cobertura de perdas ou toda medida de efeito equivalente.²⁰

Entre os exemplos menos evidentes de transações que constituem uma vantagem financeira para o beneficiário, que de outra forma não se teria no quadro normal de suas atividades, citam-se: a compra ou o arrendamento de um terreno público a um preço inferior àquele do mercado; a venda de um terreno ao Estado a um preço superior ao praticado no mercado; o acesso privilegiado a uma infraestrutura sem contrapartida financeira; e a obtenção de capital de risco junto ao Estado em condições mais favoráveis que aquelas oferecidas por um investidor privado.²¹

Em linhas gerais, pode-se dizer que figuram na “lista negra” da Comissão todas as ajudas à exploração destinadas a reduzir os custos de produção ou de distribuição – conferindo, assim, uma vantagem competitiva à empresa beneficiada que terá melhores condições para efetuar uma diminuição nos preços de venda finais –, e as ajudas à exportação, quando relacionadas ao comércio intracomunitário.²²

A delimitação dos supostos caracterizadores da incompatibilidade de uma ajuda estatal com o mercado comum ficará a cargo da experiência comunitária diante do caso concreto. Compete à Comissão, e, de modo supletivo, ao Conselho²³, o exame permanente dos auxílios existentes, bem como a autorização para a execução de novas ajudas. As decisões de ambos os órgãos poderão, se for o caso, ser sempre submetidas à apreciação da CJCE.

¹⁹ Ver nota de rodapé n. 9.

²⁰ In. Jean-Michel Communier. **Le droit communautaire des aides d'État**. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 11.

²¹ Comissão Europeia. **Vademecum – Règles Communautaires Applicables aux Aides d'État**. Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 06.

²² República Francesa. **Vade-Mecum sur les Règles de Concurrence Communautaires Relatives aux Aides Publiques aux Entreprises**. Paris: Bel Canto, 1999.

²³ O Conselho é composto por representantes dos Governos e tem por função a coordenação das políticas econômicas gerais dos Estados-membros (artigos 202 a 210 do TCE).

Diante destas considerações, percebe-se que o controle dos auxílios públicos tomou assento definitivo no âmbito da política concorrencial comunitária. Uma vez que o Mercosul persegue objetivos próximos daqueles alcançados pela Comunidade, faz-se pertinente investigar como tem evoluído o assunto em causa no seio da integração no Cone Sul.

2. O Mercosul: A Instauração do Controle das Ajudas Estatais como Imperativo da Integração

O Tratado de Assunção (TA)²⁴, em seu artigo 4º, determina que os Estados-Partes coordenem suas respectivas políticas nacionais “com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial”. Para tanto, faz-se necessário determinar os fatores que restringem ou eliminam a competição intrabloco a fim de que as normas comuns possam efetivamente prevenir a formação de “núcleos” de poder econômico sobre o mercado.²⁵

Com efeito, a concorrência pode ser afetada por ações e práticas restritivas empreendidas pelas empresas – sejam elas privadas ou públicas –, ou pela ação discriminatória do Estado por meio de medidas de políticas governamentais. Neste último caso, encontram-se as ajudas estatais que, concedidas direta ou indiretamente pelo Poder Público a favor de uma ou várias empresas ou setores produtivos, afetam os intercâmbios comerciais intrazona e a liberdade de competir.

Tendo em vista estas condutas anticompetitivas e seus efeitos sobre o comércio intra-regional, o Mercosul passou a tomar iniciativas para a discussão e a elaboração de normas comuns destinadas à proteção da concorrência (2.1.). Tais deliberações resultaram no Protocolo de Defesa da Concorrência que, após examinado (2.2.), permitir-nos-á avaliar as perspectivas de se instaurar um controle comum das ajudas estatais (2.3.).

2.1. A evolução do enfoque da proteção à concorrência através do direito do Mercosul

²⁴ Firmado em 26 de março de 1991 pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, o TA tem como objeto a integração econômica entre seus signatários com vistas a conformação futura de um mercado comum (MERCOSUL).

²⁵ Adverte Calixto Salomão Filho que “o poder econômico no mercado, quando excessivo, tende à criação de verdadeiros centros políticos de poder paralelo, com interesse próprio e que procuram (e freqüentemente conseguem) influenciar o centro estatal de decisões políticas. A ameaça à ordem democrática é evidente.” (**Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 46).

No MERCOSUL, a abordagem da ação estatal sobre a concorrência recebeu, inicialmente, um tratamento genérico na Decisão do Conselho do Mercado Comum (CMC) nº 20/94.²⁶ Em seu artigo 2º, sugere à Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) a criação de um Comitê Técnico (CT) com a finalidade de “identificar as medidas no âmbito de políticas públicas, vigentes em cada Estado Parte, que possam distorcer as condições de concorrência de modo a beneficiar os agentes econômicos localizados no país que as pratica”.

Um vez identificadas, o CT deverá classificar estas medidas nas seguintes categorias: a) medidas que impliquem exceções ao regime comercial comum no Mercosul; b) medidas de natureza tributária; c) medidas de natureza creditícia; d) medidas associadas ao regime de compras governamentais, além de e) outras.²⁷

Esperava-se, assim, elaborar uma proposta de harmonização das medidas governamentais compatíveis com o funcionamento de uma União Aduaneira, e de eliminação progressiva daquelas consideradas incompatíveis. Para isso, devia-se ter em conta critérios de eficiência econômica, os objetivos globais do Mercosul e as disposições pertinentes do GATT sobre o assunto.²⁸

De outro lado, a Decisão CMC nº 21/94 aprova pautas básicas sobre defesa da concorrência no Mercosul, fixando hipóteses gerais de ilicitude e enumerando condutas empresariais restritivas e impeditivas do livre acesso e permanência no mercado. Pretendia-se que os Estados Partes examinassem a compatibilidade de suas respectivas legislações com estas pautas gerais de harmonização.

A partir desta análise comparativa, elaborar-se-ia um Estatuto de Defesa da Concorrência no Mercosul a ser submetido ao Grupo Mercado Comum (GMC). Caberia a este órgão decidir se este Estatuto seria apenas um instrumento de referência ao qual deveriam adequar-se as legislações nacionais sobre a matéria, ou se tomaria a forma de Protocolo.

²⁶ No quadro da estrutura normativa do Mercosul, a Decisão é o instrumento por meio do qual o Conselho do Mercado Comum (CMC) se manifesta. Este é o órgão superior e de representação do Mercosul, responsável pela condução política do projeto integracionista. O Grupo Mercado Comum (GMC), de feição executiva, exprime-se mediante Resoluções. E, por fim, integrando o conjunto dos órgãos com capacidade decisória no âmbito do Mercosul, tem-se a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM). Encarregada de assistir o GMC e responsável pela fiscalização e aplicação dos instrumentos de política comercial, a CCM manifesta-se por meio de Diretrizes.

²⁷ Entre as medidas no âmbito de políticas públicas que deverão ser objeto deste trabalho de identificação e classificação, incluiu-se, também, “as normas que regulam a atuação de empresas estatais ou entidades equivalentes, monopólicas ou não”.(artigo 4º da Decisão CMC n. 20/94).

²⁸ Artigos 3º e 5º da Decisão CMC nº 20/94.

A fim de cumprir os mandatos estabelecidos pelos órgãos político e executivo do Mercosul, a CCM, por meio da Diretriz N° 01/95, cria o Comitê Técnico n° 4 (CT4 – “Políticas Públicas que Distorcem a Competitividade”) e o Comitê Técnico n° 5 (CT5 – “Defesa da Concorrência”). Este último ficaria encarregado de desempenhar a tarefa prevista na Decisão CMC n° 21/94, consistente na elaboração de uma proposta de Estatuto de Defesa da Concorrência no Mercosul.

O CT4, por sua vez, deveria dar cumprimento ao celebrado na Decisão CMC n° 20/94. Neste sentido, cabia-lhe

identificar las medidas de políticas públicas que por su carácter discriminatorio puedan distorsionar las condiciones de concurrencia, clasificándolas en las categorías establecidas en la Decisión mencionada, con el objetivo de elaborar propuestas para el tratamiento de las medidas a armonizar o eliminar.²⁹

Posteriormente, a Decisão CMC n° 15/96 cria o Grupo Ad Hoc sobre o tratamento das políticas públicas que distorcem a competitividade. Sua função consistia em revisar, antes de 30 de junho de 1997, a Decisão CMC n° 20/94 tendo em conta os trabalhos já realizados pelo CT4. Ambos os órgãos, este dependente da CCM e aquele do GMC, pouco avançam nas discussões sobre o tema e as tarefas propostas não se realizam nos prazos previstos.^{30 31} Contudo, prosseguem os trabalhos relacionados às práticas e condutas anticoncorrenciais das empresas.

²⁹ A Decisão CMC n° 9/95 que estabelece o Programa de ação para o Mercosul até o ano 2000, assim expressou: “1.3. Políticas Públicas que Distorsionam la Competitividad. La meta es garantizar a la producción de todos los Estados Partes condiciones equitativas de competencia, para que la liberalización del comercio dé efectivamente lugar a la constitución de un espacio económico ampliado, en el cual se pueda obtener una asignación más eficiente de los recursos regionales y un mejor aprovechamiento de las economías de escala. A esos efectos la Comisión de Comercio del Mercosur identificará las políticas públicas que pueden distorsionar la competencia entre los Estados Partes. Asimismo se dará prioridad al establecimiento de un cronograma de armonización de las medidas compatibles con el funcionamiento de la Unión Aduanera y de eliminación progresiva de las restantes”.

³⁰ Segundo Ricardo Xavier Basaldúa, “el tema de las políticas públicas venía siendo tratado en la CCM desde principios de 1995, aunque en este ámbito sólo se logró un intercambio de información e ideas sobre distintos criterios que pudieren ser empleados para guiar el proceso de eliminación o armonización de las medidas. Sin embargo, y a pesar de la importancia del tema, el grupo ad hoc se reunió sólo en dos oportunidades en el transcurso de 1997, sin alcanzar avances sustantivos respecto a lo que ya se había discutido en el ámbito de la CCM. Un obstáculo central es que las materias bajo tratamiento requieren de decisiones políticas sin las cuales los trabajos

Com base nas informações prestadas pelos Estados Partes sobre a compatibilidade de suas respectivas legislações com as pautas básicas da Decisão CMC nº 21/94, elabora-se e aprova-se em 17 de dezembro de 1996, na cidade de Fortaleza – Brasil, o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (PDC).³²

Tal Protocolo tem o escopo de “assegurar condições adequadas de concorrência, capazes de contribuir para a consolidação da União Aduaneira”, “o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica”.³³ Descarta-se, assim, a adoção de um simples instrumento de referência para as legislações nacionais.

As normas do PDC, como decorrência natural dos trabalhos do CT5, focalizam sobremaneira os atos anticoncorrenciais praticados pelas empresas no mercado intra-regional. Não há, portanto, um tratamento específico para o controle das ajudas estatais.³⁴ Entretanto, não afastou do seu campo de aplicação estas medidas de políticas públicas.

Em seu artigo 32, no Capítulo X que trata das Disposições Finais e Transitórias, lê-se que os Estados Partes comprometem-se, dentro do prazo de 2 anos a contar da entrada em vigência do presente Protocolo, e para fins de incorporação a este instrumento, a elaborar normas e mecanismos comuns que disciplinem as ajudas de Estado que possam limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Partes.

técnicos no pueden avanzar”. (**Mercosur y Derecho de la Integración**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 226).

³¹ Na XIX Reunião da CCM, suspende-se as atividades do CT4 que entra em compasso de espera. Posteriormente, na Decisão nº 59/00 que trata da reestruturação dos órgãos dependentes do GMC e da CCM, elimina-se o Grupo Ad Hoc sobre Políticas Públicas que distorcem a Competitividade e mantém-se o CT4 na estrutura da CCM. (arts. 5º e 8º, respectivamente, da Decisão CMC nº 59/00).

³² Decisão CMC nº 18/96. Ao longo deste trabalho designar-se-á o Protocolo de Defesa da Concorrência por meio da sigla PDC, ou simplesmente denominando-o de “Protocolo”.

³³ Preâmbulo do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul – anexo à Decisão CMC nº 18/96.

³⁴ Para Norma A. Pascas e Guillermina Tajan de Saa, “el Protocolo no ha satisfecho del todo las expectativas jurídicas y políticas de las partes en cuestión, especialmente por no haberse introducido una cláusula que prohíba las ‘ayudas de los estados’, tema puntual que fue reclamado por la Argentina y que estaba dirigido especialmente hacia Brasil”. (“Impacto de las Políticas sobre Defensa de la Competencia en los Mercado Integrados”. **Boletim Latino-americano de Concorrência**. Setembro de 1999, nº 8, p. 26. <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>).

É clara, pois, a opção de reunir em um único instrumento normativo, e sob o resguardo de normas concorrenciais, os atos empresariais e as intervenções do Poder Público no mercado. Antes de se avaliar a possibilidade de aplicação do controle dos auxílios públicos no Mercosul, far-se-á uma breve análise das normas do PDC.

2.2. O Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (PDC)

O PDC entrou em vigor em 08 de setembro de 2000. Contudo, tendo sido ratificado até o presente momento apenas pela República do Paraguai e pela República Federativa do Brasil, somente em relação a estes países suas regras se aplicam.³⁵ Seu objeto está expressamente declarado no artigo 1º, qual seja: a defesa da concorrência no espaço intra-regional com o fim de “assegurar o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica”.

O campo de aplicação do PDC abrange todas as condutas e atos restritivos da concorrência praticados por qualquer pessoa física ou jurídica de direito público³⁶ ou privado.³⁷ À exemplo das legislações concorrenciais bra-

³⁵ Segundo o artigo 33, o PDC “entrará em vigor trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação” e só em relação aos que o ratificarem. Paraguai incorporou-o por meio da Lei nº 1.143, de 02/10/97 (publicada na GO em 20/10/97) e depositou o instrumento de ratificação em 31 de outubro de 1997; o Brasil ratificou-o em 09 de agosto de 2000 e o internalizou através do Decreto nº 3602 de 18 de setembro de 2000 (publicado no DOU de 19/09/00). Atualmente, o PDC encontra-se em trâmite nos Poderes Legislativos da Argentina e do Uruguai. Estas informações foram obtidas junto à Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

³⁶ Segundo o parágrafo único do Artigo 2º, as empresas que exercem monopólio estatal estarão, também, submetidas às normas do PDC “na medida em que as regras deste Protocolo não impeçam o desempenho regular de atribuição legal”. Para Nuno Ruiz, “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que presenten el carácter de un monopolio fiscal se someten a las normas de competencia dentro de los límites donde la aplicación de estas normas no hace fracasar la realización de la misión particular que se le asignó. Los Estados miembros deben adaptar sus monopolios nacionales que presentan un carácter comercial de modo que las exclusividades detentadas por ellas sean suprimidas y por lo que se refiere a las empresas públicas y las empresas a los cuales conceden derechos especiales o exclusivos, deben abstenerse de decretar y mantener medidas contrarias a las normas de competencia del Tratado.” (“El derecho y la política de competencia comparados en la Comunidad Europea, el Mercosur y Chile”. **Boletim Latino-americano de Concorrência**. Julho 1999, n. 7, pp. 140 e 141. <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>).

sileira e argentina³⁸, estipulou-se uma cláusula geral de ilicitude cuja incidência depende de duas condições, a saber: a) a finalidade anticoncorrencial da conduta, capaz de limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado, ou que constitua abuso de posição dominante no âmbito do Mercosul; e b) a afetação nos fluxos comerciais intrabloco.³⁹

A realização destes dois requisitos é determinante para a configuração do caráter restritivo à concorrência das condutas alistadas exemplificativamente no artigo 6º do PDC.⁴⁰ Logo, não há qualquer proibição per se de condutas ou estruturas de mercado.⁴¹ A irregularidade do ato advirá dos seus efeitos, sejam eles potenciais ou concretos, contrários ao livre comércio e à liberdade de entrar e permanecer no mercado intra-regional – motivo pelo

³⁷ Verifica-se, pois, que a natureza jurídica do agente infrator é irrelevante para a incidência das normas do PDC. É por esta razão que o artigo 1º inclui, ainda, “outras entidades” entre os destinatários das normas do PDC.

³⁸ No âmbito do Mercosul, apenas o Brasil e a Argentina possuem legislação infraconstitucional sobre concorrência, a saber: a Lei nº 8.884/94 e a Lei nº 25.156/99, respectivamente. Desta forma, nem o Paraguai nem o Uruguai possuem disposições legais, regulamentares ou administrativas relativas à concorrência – o que não significa ausência de preocupação com um ambiente concorrencial no mercado nacional posto que suas Constituições consagram disposições a respeito. Vejamos: a Constituição da República do Paraguai, em seu artigo 170, assim dispõe: “toda persona tiene derecho a dedicar-se a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o baja artificiales de precios que traben la libre competencia...”. A Constituição da República Oriental do Uruguai, por sua vez, estatui, em seu artigo 50, que: “...Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el contralor del Estado”. Em que pese a previsão constitucional verificada nestes países, não se pode pretender a existência de uma cultura jurídica da concorrência.

³⁹ Artigo 2º do PDC.

⁴⁰ O caráter exemplificativo do artigo 6º do PDC deduz-se da expressão “além de outras” ao referir-se às práticas proibidas. Dentre elas, menciona-se: “I. Fixar, impor, praticar, direta ou indiretamente, em acordo com concorrente ou isoladamente, sob qualquer forma, preços e condições de compra ou de venda de bens, de prestação de serviços ou de produção; ... V. Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; ... VIII. Subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; ... XVII. Manipular mercado para impor preços”.

⁴¹ O artigo 5º do PDC reforça este entendimento ao dispor que “a simples conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ofensa à concorrência”.

qual a existência de culpa por parte do infrator e a forma com que o ato possa manifestar-se é irrelevante para a configuração de sua ilicitude.⁴²

A aplicação do PDC compete à CCM – a quem cabe velar pela observância dos instrumentos comuns de política comercial – e ao Comitê de Defesa da Concorrência (CDC). Este último será integrado pelos órgãos nacionais responsáveis pela aplicação do PDC em seus respectivos Estados.⁴³ A questão fica em aberto em relação ao Paraguai e ao Uruguai devido à inexistência de uma estrutura institucional específica vocacionada para as questões concorrenciais. Contudo, nada sugere impedir que estes países indiquem uma autoridade responsável pela aplicação do Protocolo em seus territórios.

A função e as atribuições do CDC em nenhum momento se superpõem àquelas previstas para o CT4 e o CT5. Estes últimos permanecem existindo com a finalidade de discutir e elaborar propostas no âmbito de suas competências visando o aprimoramento da estrutura institucional-normativa concorrencial do Mercosul. Já ao CDC incumbe a tarefa de aplicar as regras concorrenciais previstas no PDC e em posteriores regulamentos que possam ser adotados.⁴⁴

Ao Comitê de Defesa da Concorrência atribui-se, ainda, a tarefa de elaborar uma proposta de regulamentação do Protocolo para posterior aprovação da CCM.⁴⁵ O regulamento é, pois, uma condicionante para a própria eficácia das regras concorrenciais comuns, vez que delimitará a jurisdição do Mercosul em relação à jurisdição nacional. Para Gesner Oliveira, “qualquer imprecisão a este respeito poderia gerar incerteza e concepções conflitantes sobre se um dado caso deveria ser enviado via uma agência nacional ou via os canais institucionais estabelecidos no Protocolo de Fortaleza”.⁴⁶

⁴² Artigo 4º do PDC: “constituem infração às normas do presente Protocolo, independentemente de culpa, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes” (sem grifo no original).

⁴³ Artigo 8º do PDC.

⁴⁴ O Grupo Mercado Comum apenas toma parte desta estrutura na medida em que é hierarquicamente superior à Comissão de Comércio do Mercosul. Conforme explica Luiz Olavo Baptista, “sendo hierarquicamente sujeito ao GMC, [a CCM] reporta a este o estado das questões a seu cargo”. (**O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 1998, p. 77).

⁴⁵ Artigo 9º do PDC.

⁴⁶ [“any imprecision in this regard could generate uncertainty and conflicting views on whether a given case should be sent via a national agency or via the institutional channels established in the Fortaleza Protocol”] “Aspects of Competition Policy in

Observe-se ainda que, por não haver uma autoridade supranacional no Mercosul e as decisões em seu bojo serem tomadas na base do consenso, assuntos de concorrência que requerem critérios técnicos poderão ser decididos baseados em critérios políticos e diplomáticos. Corre-se o risco de ver os trabalhos dos órgãos nacionais independentes, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil⁴⁷, desfigurados em razão de considerações outras que não propriamente de natureza concorrencial.

De todo modo, a proteção da concorrência é uma das políticas fundamentais para o êxito da integração regional. Além disso, a determinação do PDC de estatuir regras relativas aos auxílios públicos impõe reconhecer a importância do controle destas ajudas no âmbito do direito da concorrência no Mercosul. Cabe indagar, no entanto, as perspectivas de instauração destas regras no Protocolo.

2.3. As perspectivas do controle das ajudas estatais no âmbito do PDC

Conforme já destacado, com a entrada em vigor do PDC, os Estados Partes comprometem-se a elaborar no prazo de dois anos, e para fins de incorporação ao Protocolo, normas e mecanismos comuns disciplinadores das ajudas estatais que distorcem as condições de concorrência e afetam o comércio intrabloco.⁴⁸

Esta tarefa foi antecipada pela Decisão CMC nº 31/00 que instrui o GMC a preparar uma proposta de disciplinamento comum dos incentivos aos

Mercosur”. **Boletim Latino-americano de Concorrência**. Dezembro de 2000, nº 11, p. 40. (<http://europa.int.eu/comm/competition/international/others>).

⁴⁷ O controle dos atos concorrenciais no direito brasileiro é efetuado pela ação conjugada do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), no âmbito de suas respectivas competências. O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Entre as suas atribuições, menciona-se: zelar pela observância da Lei n. 8.884/94; decidir sobre a existência de infração à ordem econômica em relação aos processos instaurados pela SDE; aplicar as penalidades previstas na lei e requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões. Na Argentina, a Lei n. 25.156/99 cria o Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência (TNDC), organismo autárquico no âmbito do “Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación”, com a atribuição de aplicar a lei concorrencial argentina. Todavia, enquanto não constituído e posto em funcionamento, os casos de sua competência deverão ser promovidos perante o órgão que havia sido constituído sob a égide da lei anterior, que é a “Comisión Nacional de Defensa de la Competencia” (CNDC). Um vez constituído, o TNDC arrogará para si todos os litígios existentes no âmbito da CNDC.

⁴⁸ Artigo 32 do PDC.

investimentos, à produção e à exportação no âmbito do Mercosul.⁴⁹ Esta proposta deverá objetivar a limitação do uso dos incentivos à produção e ao investimento que ocasionam distorções na alocação de recursos intrazona, e a eliminação daqueles destinados à exportação.⁵⁰ Para a elaboração deste projeto de disciplinamento, determinou-se um “levantamento e intercâmbio de informação a respeito dos incentivos financeiros e fiscais utilizados nos Estados Partes que incidem no comércio intra-zona”.⁵¹

Embora se tenha pretendido concluir a elaboração da proposta antes de 31 de março de 2001, o fato é que, até o presente momento, efetuou-se apenas o levantamento dos incentivos existentes nos Estados Partes.⁵²

É de se destacar, no entanto, a direção que deverá tomar a elaboração das previsões normativas sobre as ajudas de Estado. Para este fim, o artigo 32 do PDC dispõe que “serão levados em consideração os avanços relativos ao tema das políticas públicas que distorcem a concorrência e as normas pertinentes da OMC”.⁵³

É neste sentido que se pautou o Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul no Laudo de 27 de setembro de 1999.⁵⁴ Nesta decisão, afirmou-se a relevância de se aplicar as normas do TA de forma integrada com as normas e princípios que regulam o direito internacional.

Para o Tribunal Arbitral Ad Hoc, esta ótica integradora será relevante no processo integracionista visto que “requer uma constante

⁴⁹ A Decisão nº 31/00 visa, também, a regulamentação dos incentivos próprios dos regimes aduaneiros especiais de importação aplicados pelos Estados Partes, incluídos aqueles utilizados nas Zonas Francas.

⁵⁰ Artigo 1º Dec/CMC nº 31/00.

⁵¹ Artigo 2º Dec/CMC nº 31/00.

⁵² Entende-se que esta tarefa dificilmente terá um termo final. Novas medidas de incentivo à produção e à exportação são constantemente criadas para atender à dinâmica da economia e, por vezes, esquivar o próprio governo dos compromissos internacionais assumidos. A reticência com que os integrantes do Mercosul têm assumido tal tarefa, na medida em que implicará um controle maior de uns sobre os outros na concessão destes incentivos, concorre para o lento avanço no tratamento jurídico deste tema. No Brasil, este levantamento mostra-se um tanto complexo devido aos incentivos existentes em nível estadual. Por fim, cabe destacar que a coletânea destas informações não está acessível por ser, ainda, objeto de negociação entre as autoridades do Mercosul.

⁵³ Sem grifo no original.

⁵⁴ Este Laudo referiu-se à controvérsia deflagrada pela Argentina contra o Brasil para decidir sobre a existência ou não de subsídios à produção e à exportação de carne suína.

elaboração normativa interna e a coordenação das políticas do bloco com as normas que regem o comércio internacional”.⁵⁵ E arremata em seguida:

em um nível mais amplo que o regional, as relações comerciais internacionais são regidas pelas regras da Organização Mundial do Comércio (OMC). Neste âmbito, as restrições à concessão de subsídios à exportação estão reguladas pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC).⁵⁶

Este entendimento conduziu os árbitros à concepção de subsídio firmada no âmbito da OMC, mais precisamente no ASMC, para a decisão da controvérsia de que se trata. Deste modo, três categorias de subsídios são possíveis: os proibidos, os recorríveis e os não recorríveis. Em relação aos dois primeiros a medida pública deverá ser assinalada pelo atributo da especificidade.⁵⁷ Neste caso, “cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, limite explícitamente el acceso a la subvención a determinadas empresas, tal subvención se considerará específica”.⁵⁸

Os subsídios proibidos vinculam-se, de fato ou de direito, aos resultados de exportação ou ao emprego de produtos nacionais preferentemente aos importados, quer sejam como condição única ou não.⁵⁹ Conforme acentua Robert O’Brien, estas subvenções “não requerem uma prova de prejuízo, sua simples existência é suficiente para permitir ao Comitê de Subsídios e Medidas Compensatórias a autorização de contramedidas”.⁶⁰

⁵⁵ Sem grifo no original. Numeral 56 do laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul de 27 de setembro de 1999.

⁵⁶ Numeral 57 do laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul de 27 de setembro de 1999. Em âmbito regional, destacou-se como fonte normativa para a solução deste caso, a Decisão CMC nº 10/94 (Harmonização para a Aplicação e Utilização de Incentivos às Exportações por parte dos Países Integrantes do Mercosul). Esta Decisão, em seu artigo 1º, enuncia a necessária observância das regras multilaterais. Assim prescreve: “los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ambito del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible com lo dispuesto en la presente Decisión”.

⁵⁷ Artigo 1º (1.2.) do ASMC.

⁵⁸ Artigo 2º (2.1.) “a” do ASMC (Sem grifo no original). Entende-se ser específico, também, o subsídio destinado a apoiar a exportação ou quando limitado a determinadas empresas localizadas dentro de uma região geográfica delimitada sob a jurisdição da autoridade outorgante (Artigo 2º (2.2.) e (2.3.) do ASMC).

⁵⁹ Artigo 3º do ASMC.

⁶⁰ [“prohibited subsidies do not require an injury test, their very existence is enough to allow the Committee on Subsidies and Countervailing Measures to authorize

Os subsídios recorríveis, por sua vez, são todos aqueles que, à despeito de assumirem formas diversas daquelas que tipificam os proibidos, produzem danos ou graves prejuízos à indústria doméstica. Sua interdição depende de uma verificação dos efeitos econômicos gerados na produção ou comércio do país prejudicado.⁶¹

Por fim, os subsídios serão considerados não recorríveis quando não são específicos ou, caso o sejam, cumprem algumas condições estabelecidas no ASMC, a saber: a) destinam-se à assistência de atividades de pesquisa; b) à assistência de regiões desfavorecidas – segundo critérios imparciais e objetivos – e situadas no território de um Estado-membro da OMC dentro de um quadro geral de desenvolvimento regional; ou c) destinam-se à promoção de adaptação de instalações existentes a novas exigências ambientais.⁶²

Embora os países Membros da OMC reconheçam o importante papel efetuado pelos auxílios públicos em programas de desenvolvimento econômico, o fato é que o ASMC, ao restringir o campo de ação do Estado na proteção de suas indústrias e na atração de novos investimentos, não esconde a intenção de limitar a concessão desses subsídios e reduzir a intervenção estatal na economia nacional em prol do sistema multilateral de comércio.

Deve-se indagar, portanto, até que ponto a adoção pura e simples das normas contidas no ASMC para o controle das ajudas de Estado no âmbito do Mercosul, poderá vir a engessar o processo de criação normativa no trato de questões concorrenciais próprias de um mercado comum. Para Deisy Ventura, comentando a aplicação do direito da OMC pelo Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul, “tal tendência parece inadequada pois os objetivos das normas da OMC não são de integração, mas apenas de liberalização comercial, e não compreendem importantes garantias que devem cercar o processo de integração”.⁶³

countermeasures”] **Subsidy Regulation and State Transformation in North America, the GATT and the EU**. United States: ST. Martin’s Press, 1997, p. 116.

⁶¹ Nos termos do artigo 5º do ASMC nenhum membro deverá causar, mediante a concessão de subsídios, efeitos adversos aos interesses de outros membros, isto é: “a) daño a la rama de producción nacional de otro Miembro; b) anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros Miembros, directa o indirectamente, del GATT de 1994, en particular de las ventajas de las concesiones consolidadas de conformidad con el artículo II del GATT de 1994; c) perjuicio grave a los intereses de otro Miembro”.

⁶² Artigo 8º do ASMC.

⁶³ “A solução de controvérsias no Mercosul: um balanço das três primeiras decisões arbitrais fundadas no Protocolo de Brasília”. In: Lima, Marcos Costa (org.). **O lugar da América do Sul na nova ordem mundial**. São Paulo: Cortez, 2001, p. 452.

Em outras palavras, a implementação de uma política concorrencial no âmbito de um mercado comum deve ter em conta, além da promoção do livre comércio, aspectos de ordem política, cultural e, sobretudo, social. Em razão deste entendimento, Laurence Idot afirma que “dentro do domínio social, o direito da concorrência não pode se aplicar com todo seu rigor habitual”.⁶⁴ É neste sentido que no processo integracionista o controle da ajuda estatal é um importante instrumento para o alcance de objetivos sociais mais amplos.⁶⁵

Conclusão

A conformação de um espaço econômico integrado visando a constituição de um mercado comum, enseja o estabelecimento de regras que orientem tanto os Estados como as empresas na defesa de um ambiente concorrencial. No Mercosul, o TA reconheceu a importância de assegurar-se condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes. No entanto, somente com a entrada em vigor do PDC que se passou a ter uma regulação específica sobre o assunto.

Situadas no marco de uma economia de mercado, as regras concorrenciais estabelecidas neste bloco intentam coibir os atos das empresas e as intervenções do Poder Público na economia que obstaculizem o livre comércio e a livre concorrência. Entretanto, estas regras devem ser aplicadas e interpretadas tendo em vista finalidades sociais mais amplas.

Sendo assim, ao lado dos objetivos de eficiência econômica que se busca quando da interdição dos auxílios públicos como regra geral nos processos de integração, têm-se os objetivos de equidade. Estes visam a redução das assimetrias nos níveis de desenvolvimento econômico e social no espaço intrazona. Para o seu alcance, determinadas ajudas estatais cumprem um papel fundamental por serem um instrumento de atuação do setor público na economia com clara função distributiva.

⁶⁴ [“dans le domaine social, le droit de la concurrence ne peut s’appliquer avec toute sa rigueur habituelle”] “Droit social et droit de la concurrence: confrontation ou cohabitation? (À propos de quelques développements récents)”. **Revue Europe**. n° 11, nov., 1999, p. 07.

⁶⁵ Sobre este aspecto, consultar a abordagem de Carlos Lambarri e Eduardo Fernández Ezkurdi. “Regional Development Guidelines: Do They Really Help Regional Development?”. In. Sanoussi Bilal e Phedon Nicolaidis (Orgs.). **Understanding State Aid Policy in the European Community – Perspectives on Rules and Practice**. Maastricht (Holanda): European Institute of Public Administration, 1999, p. 159.

A coexistência destes objetivos foi assimilada pelo PDC ao estabelecer, em seu preâmbulo, que a defesa da concorrência no Mercosul deve ser “capaz de assegurar o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica”. Este indicativo certamente deve ser levado em conta quando da elaboração das normas e mecanismos comuns relativos às ajudas de Estado a serem incorporados ao PDC.

Contudo, no Mercosul, devido ao seu caráter intergovernamental, o avanço destas questões dependerá de decisões tomadas por instâncias de natureza político-diplomática. Esta realidade contrasta com os órgãos nacionais de aplicação existentes no Brasil e na Argentina, que se pautam em leis objetivas e com independência no exercício de suas atribuições. O risco de politizar as decisões sobre as regras de mercado no espaço intrabloco é inegável.

Para além das conseqüências resultantes da ausência de uma autoridade supranacional no Mercosul, a eficácia do PDC resta condicionada à elaboração e à aprovação de sua regulamentação. Somente assim se possibilitará o funcionamento do Comitê de Defesa da Concorrência (CDC), bem como se delimitará as competências dos órgãos de aplicação do Protocolo em relação aos órgãos de aplicação nacional quando da observância dos trâmites procedimentais.

A partir do momento em que a implementação e o cumprimento do PDC realizam-se, também, por meio dos órgãos nacionais de aplicação, deve-se considerar que a ausência de legislação específica e de uma estrutura institucional vocacionadas para as questões concorrenciais tanto no Paraguai como no Uruguai, constituem mais um obstáculo a ser superado. Por tudo isto, entende-se que, embora em vigor para o Brasil e para o Paraguai, o PDC, na prática, resta inoperante, desprovido de efetividade.

Não obstante estas ponderações, não há qualquer contradição entre as normas do PDC e os direitos nacionais. As regras de concorrência do Mercosul incidem tão-somente sobre os atos e condutas das empresas e do Poder Público que tenham por objeto ou efeito a distorção da concorrência e que afetem o comércio entre os Estados Partes.

Devido à inexistência de regras sobre as ajudas estatais no direito concorrencial das ordens jurídicas internas dos países do Mercosul, cabe indagar qual direção irá tomar a elaboração destas normas. Se é certo que não podem contrariar as regras do comércio internacional – visto que os Estados Partes são Membros da OMC –, nada impede que as conciliem com estipulações que atendam às peculiaridades da realidade sócio-econômica do Mercosul em consideração aos objetivos integracionistas.

De todo modo, o controle dos auxílios públicos no plano integracionista e na esfera do direito da concorrência trará às ordens jurídicas nacionais o enfrentamento destas questões que, até o momento, são por elas desconhecidas. O direito da integração inova e dá sua contribuição na promoção de uma ordem econômica e social mais justa para os povos envolvidos.

Tendo em vista as assimetrias econômicas e os sérios problemas sociais existentes nos países do Mercosul, a concessão de auxílios públicos ainda é uma medida de política pública bastante recorrente e necessária. Em contrapartida, são incipientes os estudos e pesquisas que se dedicam com mais acuidade ao tratamento deste tema.

No caso do Brasil, a regulamentação desses auxílios contribuiria igualmente para que o princípio da transparência fosse aplicado em matéria de auxílios concedidos pela União e pelos Estados Federados ao setor privado. Suspeita-se de que, mesmo no quadro de um modelo econômico dito neoliberal, o Estado Brasileiro continua transferindo parcela significativa dos recursos públicos à entes privados, sob as mais diversas formas, sobretudo a renúncia fiscal. Urge avaliar os benefícios e prejuízos dessa prática através de análises técnicas fidedignas e de avaliações políticas independentes.

A instituição de instrumentos jurídicos de controle destes auxílios públicos poderá consistir num avanço tanto do ponto de vista legal quanto econômico para a integração e para as próprias ordens nacionais. Neste sentido, entende-se que as ajudas de Estado não são necessariamente incompatíveis com a integração e, por vezes, muito contribuem para a sua evolução. O controle destas medidas por meio do direito da concorrência aplicado no âmbito do Mercosul poderá fortalecer a competitividade das indústrias nacionais, promover o desenvolvimento econômico de forma harmônica e equilibrada e consolidar a integração com justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 1998.

BASALDÚA, Ricardo Xavier. Mercosur y Derecho de la Integración. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

BHAGWATI, Jagdish. Proteccionismo versus Comércio Livre. Tradução por Mário Salviano. Rio de Janeiro: Editorial Nórdica, 1989.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CELLI JÚNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- COMISSÃO EUROPÉIA. *Vademecum – Règles Communautaires Applicables aux Aides d'État*. Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000.
- COMMUNIER, Jean-Michel. *Le droit communautaire des aides d'État*. Paris: L.G.D.J., 2000.
- CROIZIER, Isabelle. *L'Offensive de la CEE contre les Aides Nationales – La récupération des aides nationales octroyées en violation du traité CEE*. Rennes: Apogée, 1993.
- FARRERES, Germán Fernández. *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas, 1993.
- HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1870*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- IDOT, Laurence. “Droit social et droit de la concurrence: confrontation ou cohabitation? (À propos de quelques développements récents)”. *Revue Europe*. n. 11, nov., 1999, p. 04-08.
- LAMBARRI, Carlos; EZKURDIA, Eduardo Fernández. “Regional Development Guidelines: Do They Really Help Regional Development?”. In BILAL, Sanoussi; NICOLAIDES, Phedon (Orgs.). *Understanding State Aid Policy in the European Community – Perspectives on Rules and Practice*. Maastricht (Holanda): European Institute of Public Administration, 1999, p. 159-171.
- O'BRIEN, Robert. *Subsidy Regulation and State Transformation in North America, the GATT and the EU*. United States: ST. Martin's Press, 1997.
- OLIVEIRA, Gesner. “Aspects of Competition Policy in Mercosur”. *Boletim Latino-americano de Concorrência*. n. 11. dez. 2000, p. 37-41. Disponível na Internet via www. URL: <http://europa.int.eu/comm/dg04/interna/other.htm>.
- PASCAR, N. A.; SAA, G. T. de. “Impacto de las Políticas sobre Defensa de la Competencia en los Mercados Integrados”. *Boletim Latino-americano de Concorrência*. n. 8. sep. 1999, p. 20-32. Disponível na Internet via www. URL: <http://europa.int.eu/comm/dg04/interna/other.htm>.
- REPÚBLICA FRANCESA. *Vade-Mecum sur les Règles de Concurrence Communautaires Relatives aux Aides Publiques aux Entreprises*. Paris: Bel Canto, 1999.

ROBSON, Peter. Teoria Econômica da Integração Internacional. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1985.

RUIZ, Nuno. “El Derecho y la Política de Competencia Comparados en la Comunidad Europea, el Mercosur y Chile”. Boletim Latino-americano de Concorrência. n. 7, jul. 1999. p. 125-169. Disponível na Internet via www. URL: <http://europa.int.eu/comm/dg04/interna/other.htm>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

SCHINA, Despina. State Aides under the EEC Treaty Articles 92 to 94. Oxford: ESC, 1987.

VENTURA, Deisy. “A solução de controvérsias no Mercosul: um balanço das três primeiras decisões arbitrais fundadas no Protocolo de Brasília”. In LIMA, Marcos Costa (Org.). O lugar da América do Sul na “Sociedade Global”. São Paulo: Cortez, 2001.