

## **REGRAS DE CONCORRÊNCIA E ÓRGÃOS DE JULGAMENTO DAS INFRAÇÕES E DE CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES**

*Werter R. Faria*

*Professor titular aposentado de Direito Comercial das Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul; ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); membro Fundador e Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI); membro do Conselho Técnico-Científico do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo (IBRAC); membro do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Interesses Difusos (CFDD).*

A imprensa noticia que estão sendo realizados estudos e negociações para a adoção de regras de concorrência aplicáveis às empresas no âmbito do Mercosul.

Na Comunidade Européia, os princípios em matéria de concorrência figuram no Tratado que a institui, tal a importância que os Estados membros lhe atribuíam. A liberdade de concorrência ocupa um lugar de primeiro plano, ao lado das outras quatro (circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais).

Os mercados comuns não constituem simples ampliação de mercados nacionais, mas a transformação destes num só, abrangendo os territórios dos Estados participantes dos acordos internacionais celebrados com esse fim, e funcionam à semelhança de um mercado interno. Para o desenvolvimento das trocas, dentro do espaço econômico resultante da unificação dos mercados nacionais, não basta a eliminação entre os Estados membros, das tarifas aduaneiras, encargos de efeito equivalente, restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente, bem como a adoção de uma tarifa aduaneira comum nas relações com países terceiros. Precisam ser criadas condições uniformes de funcionamento do mercado único, no tocante à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços, de capitais e à livre concorrência.

A liberdade de circulação de mercadorias efetiva-se com a abolição das tarifas aduaneiras e restrições quantitativas entre os Estados membros. A liberdade de concorrência realiza-se com a possibilidade de uma empresa competir com outras e captar-lhes a clientela.

Os mercados comuns devem ser regidos por regras uniformes de concorrência, e dispor de um controle próprio do cumprimento das mesmas pelos operadores econômicos.

Sustenta-se que, antes da adoção de regras de concorrências comuns, seria oportuno harmonizar as legislações nacionais, invertendo-se o processo ocorrido exitosamente na Comunidade Européia. Não é demais insistir em que, seja qual for o mercado comum, somente, se estabelece quando as liberdades de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços, de capitais e de concorrência são garantidas pela aplicação de regras comuns, emanadas de órgãos intergovernamentais ou interligados.

No tratado constitutivo da Comunidade Econômica Européia há duas classes de regras de concorrência: uma aplicável às empresas em relação às práticas comerciais restritivas e outra aos Estados membros quanto aos auxílios que afetam as trocas comerciais entre estes e falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo determinadas empresa ou produções.

As legislações que regula a concorrência inspiram-se na dos Estados Unidos e, como essa, proíbem os acordos entre empresas prejudiciais à concorrência, assim como os abusos de posição dominante. O Tratado CECA contém disposições sobre a concentração de empresas, que não foram incluídas no Tratado CEE. Esta omissão veio a ser suprida pelo Regulamento do Conselho n.º 4.064, de 21 de dezembro de 1989.

O Mercosul necessita de regras de concorrência aplicáveis tanto às empresas como aos Estados. Como podem ser criadas? De acordo com o art. 10 do Tratado de Assunção, o Conselho do Mercado Comum é o órgão competente para tomar decisões que assegurem o cumprimento dos (seus) objetivos. O art. 3º do Protocolo de Ouro Preto, depois de esclarecer que estes objetivos são os estabelecidos pelo Tratado, no art. 8º, II, arrola entre as funções e atribuições daquele órgão a de “promover as ações necessárias à conformação do mercado comum”.

O art. 9º do Protocolo dispõe que o Conselho se manifesta mediante decisões, as quais são obrigatórias para os Estados Partes. Por serem suscetíveis de versar sobre qualquer assunto referente ao cumprimento dos objetivos do Tratado de Assunção, nada impede que as regras de concorrência venham a ser criadas por decisão daquele órgão. Também poderão ser estabelecidas mediante acordo entre os Estados Partes, em forma de protocolo ou outra. A decisão do Conselho será ato do Mercosul e o acordo, ato dos Estados Partes. Tanto num caso como no outro, a criação das regras de concorrência rege-se-á pelo direito internacional. O acordo será obrigatório para as partes, e o Estado que deixar de cumpri-lo incorrerá em responsabilidade internacional.

A decisão do Conselho igualmente será obrigatória para os Estados Partes, os quais deverão, na forma do art. 38 do Protocolo de Ouro Preto, adotar todas as providências necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas daquele órgão. O cumprimento se dará quando as regras de concorrência estiverem incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais.

As regras comuns de concorrência não excluirão as normas nacionais sobre a matéria, posto que serão aplicáveis aos acordos entre empresas e aos abusos de posição dominante suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados partes e às operações de concentração de empresas nocivas ao funcionamento da concorrência no mercado comum.

A segunda forma de prescrever normas de concorrência aplicáveis às empresas e aos Estados Partes é a celebração de um acordo, a exemplo dos Protocolos de Brasília e de Ouro Preto. O acordo terá que ser aprovado pelos Parlamentos ( se assim o exigirem as constituições dos Estados Partes), a fim de que as regras de concorrência possam vigorar neles, e, conseqüentemente, em toda a extensão territorial do mercado comum.

Tendo-se em vista a opção sistematicamente feita pelos processos interestatais de produção de normas jurídicas, as regras de concorrência deverão emanar de um órgão intergovernamental (Conselho do Mercosul) ou de um acordo internacional (com maior probabilidade). Em qualquer dos casos, terão que ser transpostas para os ordenamentos jurídicos dos Estados Partes, quando poderiam produzir efeito imediato em seus territórios, integrando-se no ordenamento jurídico de cada um, independentemente de qualquer ato de recepção.

A que órgão competirá o julgamento das infrações às regras de concorrência e controlo das concentrações? Na Comunidade Européia, essas tarefas cabem a uma instituição supranacional (Comissão), cujas decisões são recorríveis para o Tribunal de Primeira Instância.

As organizações internacionais são dotadas, em geral, de dois tipos de órgãos: intergovernamentais e integrados. Os primeiros (também chamados interestatais) são compostos por representantes dos Estados, que expressam as posições políticas de seus governos. Os segundos são constituídos por pessoas que exercem suas funções na qualidade de membros desses órgãos, sem que possam solicitar ou receber instruções de qualquer governo ou autoridade, inclusive de seus países. Entre os membros dos órgãos integrados e os Estados pertencentes à organização se estabelecem relações de exterioridade, pois agem no interesse exclusivo desta.

Os órgãos intergovernamentais são indicados para as organizações de coordenação e os órgãos integrados, para as de integração. Nestas últimas

organizações, a noção de função prevalece sobre a de poder. O Protocolo de Ouro Preto faz uma primeira concessão à idéia de função com a criação do Foro Consultivo Econômico-Social como “órgão de representação dos setores econômicos e sociais”, e não dos Estados Partes, apesar de seus membros serem qualificados, no art. 28, de “representantes de cada Estado Parte”. Por outro lado, transforma a Secretaria Administrativa do Grupo Mercado Comum em órgão da estrutura institucional do Mercosul, cujo Diretor passa ser designado pelo Conselho, num processo de escolha em que a competência e a independência são as qualidades que importam.

O julgamento das infrações às regras de concorrência e o controle das concentrações tanto podem ser confiados a um órgão do tipo intergovernamental, já existente ou não, como integrado.

Todos os órgãos com capacidade decisória pertencentes à estrutura institucional do Mercosul são do tipo intergovernamental, e poderiam receber essa missão. Porém, existem razões que desaconselham essa solução. Fazem parte do Conselho os Ministros de Relações Exteriores e de Economia ou seus equivalentes, e como órgão superior não deve se ocupar de assuntos especiais. O Grupo é integrado por dezesseis membros, representantes de ministérios. Poderia ser investido da missão de julgar infrações e controlar concentrações, como a Comissão da União Européia, mas sem a independência que esta possui, além de outros inconvenientes. A comissão de Comércio é órgão encarregado de assistir o Grupo e, tal como este e o Conselho, sujeito a substituições frequentes de seus membros, fato que atenta contra o princípio da aplicação uniforme das normas jurídicas, especialmente em matéria de concorrência.

É possível, ainda a criação de um órgão intergovernamental dotado de competência para julgar as infrações e controlar as concentrações, composto por membros designados pelos Estados Partes ou por estes escolhidos, de comum acordo, em razão de sua competência e independência.

Há quem proponha que os órgãos nacionais de defesa da concorrência (no Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica; na Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia e Ministro da Economia) e os que seriam criados nos países onde não existem, tenham competência para aplicar as regras de concorrência do Mercosul. A sugestão não se ajusta à noção de mercado comum (espaço econômico caracterizado pela unicidade e homogeneidade, garantidas pela adoção de normas uniformes sobre a liberdade de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços, de capitais e de concorrência). Para haver compatibilidade, seria necessária a criação de um órgão intergovernamental incumbido de assegurar a interpretação uniforme das regras de concorrência, composto de membros

escolhidos de um comum acordo pelos Estados Partes ou designados pelo Conselho, nas duas hipóteses em razão de competência e independência.

Na falta de um órgão dessa natureza, as inevitáveis divergências de interpretação das regras de concorrência, pelos órgãos nacionais encarregados de aplicá-las, comprometeriam a unicidade e homogeneidade do mercado comum, introduziriam ou perpetuariam a desigualdade entre empresas, além de gerar insegurança. Desse modo, não se alcançaria a unidade de regime jurídico aplicável aos acordos entre empresas, aos abusos de posição dominante e às concentrações.

Em questões de concorrência, assim como nas relacionadas com a liberdade econômica das pessoas, não se admitem decisões irrecorríveis. Se o órgão julgador em primeira instância fosse o Grupo Mercado Comum, na falta de um tribunal de justiça do Mercosul, seria necessária a criação de uma instância intergovernamental superior. Se fosse a Comissão de Comércio do Mercosul, a segunda instância poderia ser o órgão a que presta assistência (Grupo Mercado Comum). Se o julgamento em primeira instância competisse a um órgão intergovernamental especialmente criado para esse fim, o Grupo ou Conselho de Comércio do Mercosul poderiam ser a segunda instância. Se a competência de aplicação das regras de concorrência fosse atribuída a órgãos nacionais, a segunda instância teria que ser um órgão do tipo intergovernamental para haver uniformidade na interpretação nas regras de concorrência. O Mercosul é uma organização de integração com órgãos adequados às organizações de cooperação, excetuando-se o foro Consultivo Econômico-Social e a Secretaria Administrativa. Esta incongruência poderá causar severos impasses no processo de integração e entraves ao estabelecimento do mercado comum. Por isso, o exercício da repressão das práticas comerciais restritivas e o controle das concentrações devem competir a um órgão intergovernamental, cujas decisões estejam sujeitas a recurso para um tribunal de justiça.

Em artigo publicado na Gazeta Mercantil, do dia 15 de agosto de 1996, o Subsecretário-Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e do Comércio Exterior do Ministério das Relações Exteriores, embaixador José Botafogo Gonçalves, declarou que “para o Governo brasileiro a referida tese (favorável à criação de um tribunal de justiça do Mercosul) não encontra respaldo nas necessidades atuais do processo de integração, desconsidera os obstáculos de natureza constitucional prevalentes no Brasil em relação à matéria e, principalmente, desconhece os méritos do mecanismo de solução de controvérsias previsto na estrutura institucional do Mercosul”. Não vem a propósito discutir os méritos dessa posição. Diante do fato que o Mercosul não terá um tribunal de justiça damos preferência à criação de dois órgãos

integrados, um para julgar as infrações às regras de concorrência e controlar as concentrações de empresas e outro para conhecer, em segunda instância, os recursos.

Em artigo publicado em “El Derecho”, da Universidade Católica Argentina, em 23 de julho de 1996, Susana Czar Zalduendo afirma que “se a situação atual não se alterar, em futuro próximo, quer dizer, se a posição de alguns Estados Partes contrária a criação de um tribunal de justiça não mudar, deveria pensar-se em algumas alternativas para lograr a interpretação uniforme”.

A autora propõe as seguintes: 1ª) a transformação dos árbitros **ad-hoc** do Protocolo de Brasília em árbitros permanentes, pelo prazo de quatro ou cinco anos, convocados quando necessário, remunerados pelas partes e sempre os mesmos; 2ª) o estabelecimento de um corpo de juristas especializados em direito da integração, direito internacional e direito do comércio exterior, aos quais os árbitros do Protocolo de Brasília, assim como os juízes nacionais, consultassem quando tivessem dúvida a respeito do normativo do Mercosul que devam aplicar em litígios submetidos a sua decisão. Tanto a consulta, como a aplicação da resposta ao caso, seriam voluntárias, mas o prestígio técnico-jurídico da opinião manifestada iria impondo uma construção jurídica da qual seria difícil afastar-se, tendo ainda um efeito didático e persuasivo de uniformização doutrinária. As partes interessadas arcariam com as despesas, em proporção; 3ª) estabelecimento de uma instância, que poderia se dominar “Corte de Interpretação do Mercosul”, dedicada exclusivamente à interpretação do direito, integrada por dois Ministros da Suprema Corte de cada um dos Estados Partes, sempre os mesmos, durante quatro ou cinco anos. O Presidente seria outro membro de Suprema Corte, observando-se o sistema de rotação dos Estados Partes, em ordem alfabética, pelo período de um ano. Os tribunais nacionais e os árbitros **ad-hoc** do Protocolo de Brasília fariam o pedido de interpretação prejudicial, e a decisão seria vinculante e se aplicaria nas controvérsias submetidas aos autores das consultas. O tribunal gozaria de autonomia, no sentido de que magistrados interviriam a título pessoal, não em representação das respectivas Cortes. O custo dessa instância se reduziria às despesas de funcionamento, pois os magistrados continuariam sendo remunerados por seus Tribunais.

Nos casos de infração às regras de concorrência e de concentração de empresas, geralmente os processos são decididos, em primeira instância, por um órgão de caráter administrativo e, em segunda instância por um órgão jurisdicional.

As regras de concorrência de uma organização internacional (comunidade ou mercado comum) podem justapor-se às normas nacionais,

dando origem aos problemas da qualidade do direito aplicável às empresas e aos Estados, bem como das competências concorrentes dos órgãos integrados e das autoridades nacionais. Nos Estados membros da União Européia, por exemplo, vigoram as disposições comunitárias (regras de concorrência de Tratado de Roma e disposições derivadas) e as normas internas. Em razão do princípio da aplicabilidade direta do direito comunitário, as autoridades nacionais são competentes para aplicar os princípios do Tratado de Roma, especialmente os que proíbem os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, bem como as exploração de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste, na medida em que tal fato seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados membros. A competência das autoridades nacionais, concorrente com a do órgão integrado que executa a tarefa de garantir o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum, cessa quando este órgão (a Comissão) instaura um processo administrativo para apreciar os mesmos fatos. A suspensão da instância nacional é obrigatória.

A afetação do comércio entre os Estados membros não raro atinge igualmente mercados nacionais, originando conflitos de competência. Duas teorias disputam a solução: a da barreira dupla ou múltipla e da barreira única ou simples. A primeira nega a possibilidade de conflito entre normas pertencentes à ordem jurídica das mencionadas organizações internacionais e às ordens jurídicas internacionais, aplicando-se o normativo mais severo. A segunda exclui a aplicação das normas de uma das ordens jurídicas se o acordo entre empresas ou o abuso de posição dominante sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados membros, caso em que se aplicam as normas supraestatais.

Em face do princípio da aplicação uniforme dessas normas, as autoridades nacionais devem ter oportunidade de solicitar a um órgão integrado a interpretação da regra de concorrência com fundamento na qual irão decidir a causa.

Esse órgão integrado poderia resultar da transformação dos árbitros **ad-hoc** do Protocolo de Brasília em árbitros permanentes. Uma seção do órgão teria competência exclusiva para responder as consultas do órgão integrado de primeira instância e para decidir os recursos de suas decisões.

Os membros do órgão de primeira instância e do tribunal arbitral seriam escolhidos pelos Estados Partes ou pelo Conselho do Mercado Comum, entre nacionais daqueles, competentes nas matérias mencionadas pela professora Zalduendo. Porém, os membros do órgão de primeira

instância e da seção especial de segunda instância seriam nomeados em razão de sua competência em direito da concorrência.