



## 7. A INTEGRAÇÃO PELA HARMONIZAÇÃO REGULATÓRIA: DEFESA DA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA E DA DO CONSUMIDOR

MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO<sup>1</sup>

### I. INTRODUÇÃO

O objetivo deste capítulo é discutir as condições institucionais para a harmonização das políticas de defesa da concorrência e de proteção ao consumidor no MERCOSUL. Iniciamos com uma abordagem das questões comuns a esses dois campos de regulação, identificando possíveis antagonismos entre seus objetivos. Em seguida passa-se a analisar cada um dos temas, separadamente (seções III e IV), examinando tanto as leis nacionais quanto as normas comuns já acordadas de defesa do consumidor e da concorrência e buscando identificar as perspectivas e obstáculos ao processo de integração nessas matérias. Ao final, retomamos brevemente a questão do possível conflito entre normas de proteção ao consumidor e concorrência, discutindo possíveis critérios para seu adequado equacionamento.

A natureza dos temas tratados demanda uma abordagem jurídica e econômica. Por essa razão tentamos ao longo do texto expor sempre essas duas dimensões analíticas, com o especial cuidado de explicar os conceitos jurídicos necessários à compreensão dos problemas da integração regulatória.

A integração econômica substantiva somente ocorrerá na medida em que os agentes econômicos puderem operar no espaço MERCOSUL a partir de um conjunto de regras e normas comuns ou, no mínimo, convergentes. A regulação da defesa da concorrência e da proteção ao consumidor compõem, em conjunto com outros sistemas normativos, um arcabouço legal e institucional para guiar as condutas de empresas e consumidores. Qualquer iniciativa que promova a convergência de regras nacionais, é, nesse sentido, um avanço importante para o processo de integração no MERCOSUL.

---

<sup>1</sup> A autora agradece a João Carlos Ferraz pela leitura atenta e pelas sugestões feitas à primeira versão deste trabalho.

## II. AS INTERSECÇÕES CONCORRÊNCIA/CONSUMIDOR

Os sistemas de defesa da concorrência e do consumidor fazem parte de um ambiente institucional que condiciona (e limita) o exercício da atividade econômica, constituindo, assim, formas de *regulação*.

Protegendo objetos distintos, mas *próximos*, os dois sistemas possuem uma dimensão voltada à proteção de interesses sociais que, em *última análise*, são os mesmos.

A lei antitruste, embora diretamente orientada para a proteção do *processo competitivo*, tem por finalidade última um resultado de bem-estar social propiciado pela concorrência, que interessa aos consumidores em geral – a eficiência econômica que implica, entre outros efeitos, mais e melhores produtos a menores preços. A repressão ao abuso de poder econômico é benéfica para os consumidores.

A rigor, num hipotético mercado perfeitamente competitivo, o funcionamento dos mecanismos de mercado seria suficiente para garantir o bem-estar do consumidor: dispondo de informações completas e alternativas de oferta de produtos e serviços, a escolha racional do consumidor seria livre e garantiria, por si, o processo de seleção característico de uma economia de mercado. Não haveria, então, necessidade de intervenção estatal para proteger os consumidores.

Num «mercado real», entretanto, a concorrência, quando existe, é imperfeita; as informações são incompletas, a racionalidade é limitada. Nessas circunstâncias, existem potenciais problemas para o consumidor que não decorrem da ausência de competição ou do exercício abusivo de poder de mercado – por exemplo, danos irreversíveis causados à saúde, contratos de execução continuada que criam problemas de *lock-in* etc. Em suma, mesmo que uma lei antitruste fosse suficiente para garantir efetivas condições de concorrência nos mercados, ainda assim haveria necessidade de normas específicas voltadas para a defesa de direitos básicos do consumidor.

Observe-se, contudo, que apesar da finalidade última em comum, de forma mais imediata os dois sistemas legais protegem bens jurídicos de natureza *distinta* – como *também distintos* são os *instrumentos analíticos* de que se valem.

No caso da lei de defesa do consumidor, os interesses protegidos são aqueles de consumidores *finais* – individual ou coletivamente. Embora muitos desses interesses possam ser afetados por práticas anticompetitivas, isso não é condição necessária para a aplicação da lei do consumidor (direitos de consumidor independem de dano à concorrência).

Já o *consumidor* eventualmente mencionado nas análises antitruste é considerado, em termos abstratos, como beneficiário final da eficiência econômica promovida pela concorrência<sup>2</sup>. O objetivo da legislação anti-

---

<sup>2</sup> A aplicação do critério de eficiência econômica não contempla diretamente o benefício aos consumidores, se desacompanhado de preocupações com aspectos distributivos. Ga-

truste é a identificação de *danos à concorrência*, não a consumidores concretos.

Há, inclusive, uma dimensão em que os dois sistemas podem entrar em conflito: normas técnicas que estabelecem padrões de qualidade e segurança de produtos/serviços podem, em algumas circunstâncias, dificultar as condições de entrada de empresas em determinados segmentos de mercado. No comércio internacional, isso pode significar uma barreira não tarifária às importações e/ou a discriminação de produtos de determinado país. A questão que se coloca, então, é saber se, em nome da proteção ao consumidor, justificam-se medidas regulatórias ou normas técnicas com efeitos restritivos para a concorrência.

Deve-se distinguir, todavia, as normas gerais de defesa do consumidor daquelas específicas que prevêm padrões de qualidade ou condições de entrada. As primeiras, embora possam impor custos adicionais às empresas são, em geral, não discriminatórias e dificilmente poderiam ser usadas como barreiras ao comércio. Veremos, na próxima seção, que foi essa a essência das discussões – e dos conflitos – no processo de harmonização da legislação de defesa do consumidor no MERCOSUL.

Por outro lado, embora medidas regulatórias específicas ou normas técnicas, possam provocar restrições à concorrência, o remédio mais adequado não é, necessariamente, a desregulamentação. Estabelecer requisitos de qualidade e segurança pode ser condição necessária à prevenção de danos irreversíveis aos consumidores de certos produtos e, sendo assim, é uma daquelas típicas situações em que o funcionamento dos mecanismos de mercado não é suficiente para assegurar os direitos básicos dos cidadãos.

Essa questão se insere na discussão mais geral sobre a relação entre defesa da concorrência e regulação, tratada na seção III deste trabalho, que discute as dificuldades do processo de harmonização das políticas de defesa da concorrência no MERCOSUL.

### III. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

O desafio à harmonização dos direitos do consumidor na perspectiva do processo de integração no MERCOSUL consiste em encontrar um adequado balanço entre dois objetivos, apenas aparentemente antagônicos: garantir uma proteção mínima comum a todos os consumidores do mercado integrado e, por outro lado, evitar que as regras nacionais de proteção sejam usadas como barreiras ao comércio que discriminem produtos importados de outros países do mercado comum.

---

nhos de eficiência, ainda que apropriados inteiramente pelo produtor, são vistos como ganhos sociais (aumento do excedente geral) pela análise antitruste.

Argumenta-se que normas de proteção ao consumidor podem funcionar como barreiras não tarifárias, restringindo a entrada de mercadorias e serviços de outros países que não possuam igual nível de exigência relativo à qualidade, segurança e informação sobre os produtos/serviços comercializados. Isso aumentaria os custos de produtores/exportadores para adaptar-se a padrões de qualidade não impostos no país de origem (Fekete, 1996).

No entanto, a legislação específica do consumidor tem poucas possibilidades de ser usada como barreira ao comércio e, embora imponha custos aos produtores, tais custos não são «distorcivos» da livre competição; são mecanismos de garantia de direitos básicos dos cidadãos.

Discutiremos esse argumento a seguir. Para isso, descrevem-se os principais aspectos jurídicos da defesa do consumidor que servem de referência para a comparação entre legislações nacionais e para a análise do processo de harmonização das normas de defesa do consumidor. Discutem-se, também, as alternativas para tratar a defesa do consumidor no âmbito do MERCOSUL – harmonização ou unificação – e os obstáculos e perspectivas da integração nesse tema.

### III.1. *Direitos e garantias*

A proteção ao consumidor se efetiva: a) pela atribuição legal de direitos a consumidores determinados; b) pela proteção a interesses difusos, reprimindo-se práticas que exponham categorias de consumidores indetermináveis a abusos no comércio de bens; c) pela garantia de acesso a meios de defesa eficazes e à reparação de danos.

#### Os direitos

Os direitos do consumidor geralmente previstos nas leis nacionais podem ser agrupados em três tipos:

*Direitos relativos à qualidade e segurança:* bens não devem apresentar defeitos ou vícios de quantidade ou qualidade, e, sobretudo, devem ser seguros, não acarretando riscos à saúde e à segurança dos consumidores. A tais direitos correspondem os deveres dos fornecedores de zelar pela qualidade e segurança dos produtos que colocam no mercado.

*Direitos relativos à informação* – o consumidor deve ser clara e corretamente informado a respeito de todas as características relevantes do produto/serviço (composição, atributos, riscos, condições adequadas de uso) e sobre suas condições de venda (preço, condições de pagamento, juros etc.).

*Direitos relativos ao equilíbrio das relações contratuais* – reconhecendo que o consumidor é a parte mais fraca da relação contratual, com informações insuficientes e baixo poder de barganha em relação ao outro contratante, bus-

ca-se protegê-lo contra práticas abusivas que eventualmente se verifiquem nessas relações. A interpretação de contratos de forma mais favorável ao consumidor e o estabelecimento da nulidade de cláusulas abusivas são exemplos.

## Os interesse difusos

Os direitos acima apresentam uma dimensão *individualizável*<sup>3</sup>, mas também uma dimensão que interessa a todos os consumidores *expostos* a práticas que ameacem seus direitos. Assim, a proteção ao consumidor não se esgota nos direitos decorrentes de relações contratuais concretas, incluindo ainda o controle de diversas práticas pelas quais os fornecedores buscam influenciar as decisões de consumo. Isso permite a proteção de interesses *difusos*, cujos titulares são pessoas *indetermináveis*.

A repressão a práticas que, mesmo sem afetar diretamente nenhum consumidor específico, exponham categorias de pessoas indetermináveis a abusos potenciais permite uma importante ação *preventiva* na defesa do consumidor<sup>4</sup>.

A título de exemplo, a repressão à publicidade enganosa é uma dimensão importante do direito à informação que interessa a todos os consumidores potenciais sujeitos à sua influência, e não apenas àqueles que eventualmente decidam adquirir o produto anunciado. O lançamento no mercado de um contrato-modelo contendo cláusulas abusivas poderia ser objeto de questionamento judicial independentemente do fato de um ou outro consumidor tê-lo assinado. Costuma-se chamar esse tipo de controle de *abstrato*, posto que é motivado apenas pelo que se contém em tal contrato ou propaganda, sendo desvinculado da afetação de direitos individuais (Reis, 1998).

## As garantias

Não basta que o consumidor tenha direito a produtos de boa qualidade, não nocivos nem perigosos; é preciso apontar quem arcará com essa responsabilidade, quais serão as provas necessárias num caso de conflito e a quem caberá o ônus de provar. Se existirem excludentes da responsabilidade, e/ou se ao consumidor couber a prova de certos fatos, abre-se margem para intermináveis discussões judiciais e o direito pode se tornar, na práti-

---

<sup>3</sup> No sentido de que um consumidor concretamente prejudicado pode defender-se, em juízo ou pelas vias administrativas, e exigir a devida reparação de danos.

<sup>4</sup> Geralmente implementada por órgãos públicos, Ministério Público ou Associações não governamentais de defesa de consumidores.

ca, absolutamente ineficaz. Nesse sentido, a possibilidade real de defesa dos direitos constitui uma condição da eficácia substantiva das legislações.

Portanto, tão importante quanto estabelecer direitos é a possibilidade de defendê-los. Isso requer a articulação dos direitos específicos de consumidor a uma série de institutos de direito civil e processual civil - tais como a responsabilidade civil, a legitimidade para agir, a atribuição do ônus da prova -, de modo a adaptá-los à realidade das relações de consumo de massa e superar obstáculos formais à defesa judicial.

Com essa finalidade, certos tipos de arranjo legal são normalmente empregados; dentre eles destacam-se: a responsabilidade objetiva; a inversão do ônus da prova e a conceituação dos sujeitos das relações de consumo.

A *responsabilidade objetiva* implica atribuir, a alguns tipos de fornecedores, o *dever legal* de zelar pela qualidade e segurança dos produtos/serviços que colocam no mercado, cuja inobservância acarreta a responsabilização *independentemente de culpa*<sup>5</sup>. O fornecedor objetivamente responsável *assume os riscos* por quaisquer danos causados por seus produtos/serviços, o que significa que, havendo danos, ele será responsabilizado sem necessidade de discutir (nem provar) que ele agiu com culpa.

A *inversão do ônus da prova* é uma exceção à regra clássica de direito processual, pela qual a prova deve ser produzida por quem alega um determinado fato – o interessado em sua comprovação. Em situações especiais pode-se inverter esse encargo; a responsabilidade objetiva é um exemplo: uma vez que assume os riscos decorrentes de produtos/serviços comercializados, o fornecedor, para não ser responsabilizado, é quem tem que provar que não os colocou no mercado, ou que o defeito não existe, ou que a culpa é exclusiva de terceiros. Adicionalmente, algumas legislações prevêm que, num processo judicial, o juiz pode determinar a inversão do ônus da prova se a alegação do consumidor for verossímil ou se ele for hipossuficiente.

Já a definição dos *sujeitos da relação de consumo* é importante para delimitar o âmbito de aplicação da lei e, principalmente, não restringir as possibilidades de defesa do consumidor. Para isso busca-se uma definição tal que os sujeitos não precisem estar ligados por uma relação contratual comprovada para que se lhes apliquem os direitos e responsabilidades previstas na lei. Isso é tanto mais importante quanto se sabe que as relações de consumo se dão por cadeias de relações contratuais, raramente havendo relação direta entre consumidor e produtor (Lima Lopes, 1992:44).

Ademais, algumas leis prevêm categorias que são *equiparadas* ao consumidor, contemplando vínculos difusos ou coletivos e a possibilidade de repressão e responsabilização por práticas que exponham essas categorias de pessoas a abusos ou danos, independentemente de terem ocorrido num caso

---

<sup>5</sup> Culpa em sentido amplo, que engloba o *dolo* (a intenção do efeito lesivo) e a culpa *stricto sensu* (ainda que sem intenção, o ato provoca danos por *omissão, negligência, imprudência, imperícia*).

concreto. Este último aspecto decorre de reconhecer que a defesa do consumidor possui sempre uma dimensão social e não se esgota na garantia de direitos individuais. A proteção legal explícita a interesses difusos repercute na possibilidade de defesa judicial de direitos de titularidade indefinida, por meio de ações não individuais, como ações coletivas e ação civil pública, de autoria de associações de consumidores, de órgãos da Administração ou do Ministério Público.

### III.2. *As Legislações Nacionais*

As observações anteriores permitem identificar parâmetros para a avaliação comparativa do grau de proteção ao consumidor proporcionado pelas legislações de diferentes países e também os problemas presentes nas tentativas de harmonizar ou unificar essa proteção no processo de integração no MERCOSUL.

A proteção ao consumidor não depende apenas da previsão legal de um conjunto de direitos, mas também da inserção desses direitos no quadro mais geral dos sistemas de direito civil e de processo civil nacionais, principalmente em relação às normas que visam a facilitar a defesa dos direitos. Por isso, num processo de harmonização, o direito do consumidor não pode ser tratado em separado das regras civis e processuais de cada país, o que desde logo coloca limites à unificação já que esta «... *tende a não ter sucesso com o desenvolvimento de interpretações diferentes em cada país para normas teoricamente iguais e uniformes*» (Marques, 1997:80).

Todos os países do MERCOSUL dispõem de leis específicas voltadas para a proteção do consumidor: o Brasil, há mais tempo (Lei 8.078/90), seguido pela Argentina (Lei 24.240/93). Paraguai e Uruguai só mais recentemente as adotaram (Leis 1.334/98 e 17.250/2000).

A lei brasileira é a que proporciona uma proteção mais abrangente e completa ao consumidor, por meio da articulação sistemática de um elenco de direitos mais gerais aos elementos jurídicos, de natureza substantiva e processual, necessários para garantir possibilidades efetivas de defesa. Todos os direitos mencionados na seção anterior são previstos, inicialmente em termos gerais e, ao longo da lei, cada um deles é regulado sob diferentes aspectos.

Assim, por exemplo, o *direito à qualidade e segurança* de produtos/serviços se relaciona ao dever do fornecedor de garantir a qualidade e assumir os riscos por quaisquer problemas causados pelos produtos/serviços que coloca no mercado. Sua responsabilidade por danos é *objetiva* e *solidária*, em alguns casos. A regulação do *direito à informação* do consumidor inclui dados sobre o produto, suas qualidades, instruções de uso, advertências sobre nocividade, além das condições de comercialização. Destaca-se, aqui, a repressão à propaganda enganosa e abusiva. O direito ao *equilíbrio das relações con-*

*tratavais* é bastante abrangente; inclui a repressão a diversas práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas e também o direito de revisão contratual por onerosidade excessiva superveniente. São também explicitados os direitos à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; ao acesso ao judiciário e à facilitação da defesa dos direitos, inclusive pela inversão do ônus da prova no processo civil. O desrespeito aos direitos do consumidor sujeita o responsável a sanções administrativas, civis, inclusive com reparação de danos e, em alguns casos, penais.

Na Argentina, a Lei 24.240/93 atribui aos consumidores o direito mais geral à informação, à proteção contratual, que se faz pelo estabelecimento de nulidade de cláusulas abusivas e à qualidade e segurança de produtos/serviços. Regras específicas dispõem sobre garantias por defeitos de bens de consumo móveis, vendas por correspondência e direitos dos usuários de serviços públicos. Prevêem-se sanções apenas administrativas para infrações. Algumas práticas podem ser enquadradas no Código Penal, tais como as relativas à venda de produtos perigosos para a saúde.

A lei paraguaia (Lei 1.334/98) estabelece os direitos básicos dos consumidores de forma semelhante à lei brasileira <sup>6</sup>, com exceção dos relativos à inversão do ônus da prova, do acesso ao Judiciário e da modificação de cláusulas contratuais. Dedicou um capítulo à proteção dos usuários de serviços públicos, semelhante à lei argentina. As sanções previstas para eventuais infrações à lei são aplicadas pelo Judiciário. Prevêem-se ações coletivas para defesa de direitos coletivos ou difusos <sup>7</sup>.

No Uruguai a lei de defesa do consumidor é mais recente (Lei 17.250/2000). Os direitos básicos englobam os referentes à qualidade e segurança de produtos/serviços; à informação; à proteção contratual; à reparação de danos; e ao acesso aos órgãos judiciários e administrativos para defesa de direitos. A responsabilidade por danos é, em princípio, apenas do produtor ou importador e segue o sistema geral da responsabilidade do Código Civil. Prevêem-se sanções administrativas para as infrações à lei. Não estão previstas ações para defesa de interesses coletivos ou difusos.

### III.3. *Unificação X Harmonização*

A proteção do consumidor começou a ganhar maior espaço no MERCOSUL com a criação da Comissão de Estudos de Direito do Consumidor no Sub-Grupo 10 do Grupo Mercado Comum (GMC). Inicialmente, o processo de harmonização orientava-se para a elaboração de um documento denomina-

---

<sup>6</sup> A referência é ao enunciado geral dos direitos. A lei do Paraguai não prevê todos os desdobramentos dos direitos como no Brasil.

<sup>7</sup> Cujas definições seguem a lei brasileira.

do *'Pautas Básicas de Defesa do Consumidor no MERCOSUL'*. Na opinião de Marques (1999:22), tal documento deveria ser composto por normas básicas e não exaustivas, estabelecendo um patamar mínimo comum de proteção ao consumidor nos quatro países, sem revogação das normas nacionais mais rigorosas.

Em 1994, o GMC editou a Resolução 126/94, proibindo o tratamento discriminatório entre bens originados de países do MERCOSUL. Estabeleceu-se, ainda, o critério de *mercado de destino* para determinar a norma aplicável em matéria de proteção ao consumidor. Previu-se, entretanto, que tal critério deveria vigorar até que fosse aprovado um *Regulamento Comum* para a defesa do consumidor no MERCOSUL. Isso significaria, aparentemente, reorientar a finalidade inicial dos trabalhos de harmonização, abandonando a idéia de «pauta mínima» em favor do objetivo de *unificação* de normas substantivas para reger as relações de consumo em todos os países.

Também em 1994, a *Comissão* se transformou em Comitê Técnico (CT-7) da Comissão de Comércio (CCM). A idéia de unificação ganha corpo em meio a discussões acerca dos efeitos da proteção ao consumidor sobre os fluxos de comércio. Alguns viam na legislação protetora um problema e uma ameaça a pequenas empresas. A lei brasileira, mais completa e articulada em matéria de proteção, chegou a ser acusada de constituir barreira ao comércio. Reduzir o nível de proteção e a responsabilidade das empresas perante o consumidor seria uma forma de reduzir os custos das empresas e aumentar o volume de transações no mercado comum (Marques, 1999).

Em 1996, foram aprovadas cinco Resoluções pelo GMC, tratando aspectos específicos, prevendo que somente se incorporariam aos ordenamentos nacionais e entrariam em vigor após a aprovação de um Regulamento Comum<sup>8</sup>.

Para esse Regulamento, o CT-7 elaborou, em 1997, um Projeto de Protocolo, que não chegou a ser aprovado nem mesmo na Comissão de Comércio devido à resistência da delegação brasileira<sup>9</sup>, que alegou que a aprovação do documento implicaria rebaixar a proteção ao consumidor conferido pela lei interna. A delegação alegou ainda que o documento não atendia a orientação do processo de harmonização, que deveria ter por referência «*a legislação mais exigente e os padrões internacionais*». Essa era a essência dos conflitos em torno da harmonização.

De fato, o projeto de Protocolo previa a aplicação de suas regras a todas as relações de consumo «*no âmbito do MERCOSUL e em cada um dos Estados-Partes*» (art. 2). Sua única regra voltada realmente para problemas trans-

---

<sup>8</sup> São elas: Res 123/96 que define conceitos de consumidor, fornecedor e relação de consumo; Res 124/96 que define direitos básicos do consumidor; Res 125/96 que estabelece regras para proteção à saúde e segurança; Res 126/96 que define regras sobre publicidade; Res 127/96 que define regras para garantias contratuais. Esta última foi revogada pela GMC/Res 42/98.

<sup>9</sup> V. Ata n. 7/97 da CCM, recusando o projeto de protocolo; Ata 8/97 do CT-7 da CCM.

fronteiras era a obrigação de os Estados-Partes informarem os demais quando tivessem conhecimento da nocividade ou periculosidade de algum produto (art. 14). No mais, suas normas substantivas destinavam-se à unificação do tratamento jurídico de *todas* as relações de consumo, e não apenas aquelas de âmbito comum.

Em relação à proteção do consumidor no Uruguai e Paraguai, o projeto poderia significar algum avanço, visto que na época os dois países ainda não dispunham de leis específicas. Do ponto de vista da Argentina, não se alterava substancialmente o nível de proteção já conferido pela sua lei nacional. Mas, no Brasil, o projeto revogaria vários dispositivos do Código do Consumidor<sup>10</sup>, implicando não apenas *menos direitos* garantidos, mas principalmente prejudicando a *sistematicidade* com que a lei brasileira logrou alcançar uma adequada relação entre *direitos enunciados* e meios efetivos para *garantia desses direitos*.

Devido às resistências, a idéia de norma unificada foi abandonada. Atualmente, o CT-7 trabalha no sentido de propor «*mudanças legislativas somente em temas específicos, pontuais, onde haja realmente necessidade de aproximação das leis, sem a pretensão de elaborar um Tratado único*» (Marques, 1999:28). Esse esforço resultou na Resolução GMC 42/98 (revogando a Res. 127/96) que, já sem menção ao Regulamento Comum, e estabelece normas a serem seguidas no oferecimento de certificados de garantia de produtos e serviços.

Mais recentemente, a Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores do MERCOSUL, de 15/12/2000, demonstra ter superado a visão de direitos do consumidor como barreira ao comércio, tratando-os como direitos fundamentais em cuja harmonização deve-se visar à melhoria da qualidade de vida dos consumidores da região.

A declaração estabelece que a defesa do consumidor no MERCOSUL *deve contemplar* uma série de direitos «*sem exclusão de outros*». A lista dos direitos foi bastante ampliada, em relação àqueles previstos na Resolução de 1997, passando a incluir a proteção à vida, saúde e segurança contra riscos; o equilíbrio nas relações de consumo «*... conforme a legislação vigente em cada Estado-Parte*»; as condições adequadas e seguras de fornecimento de produtos/serviços, inclusive serviços públicos; a liberdade de escolha sem discriminação; a efetiva reparação de danos – patrimoniais e extrapatrimoniais – e sanção dos responsáveis; a educação para o consumo e desenvolvimento de entidades representativas; a informação e proteção contra publicidade «*... não permitida, conforme a legislação vigente em cada Estado-Parte*»; a proteção contra práticas comerciais abusivas; a proteção contra cláusulas contratuais abusivas também conforme as leis nacionais e, finalmente,

---

<sup>10</sup> Para uma análise exaustiva e crítica de todas as modificações que o projeto de Protocolo acarretaria à defesa do consumidor no Brasil, v. documento elaborado pelo BRASIL-CON, 1997.

a facilitação ao acesso aos órgãos judiciais e administrativos ou outros meios alternativos de solução de conflitos, visando à proteção de interesses individuais e difusos.

Além desses aspectos de natureza substantiva, também merecem atenção, pela importância que podem passar a ter, os problemas de consumidor que envolvam agentes em mais de um país, os Tratados de direito processual internacional e de cooperação judiciária. Destacam-se, em relação a esse aspecto:

- o *Protocolo de Las Leñas* sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria civil, comercial, administrativa e do trabalho, que tem por finalidade facilitar provas, troca de informação e cooperação entre os poderes judiciários dos países do MERCOSUL;
- o *Protocolo de Santa Maria* sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo<sup>11</sup>, estabelecendo foro privilegiado para o consumidor em eventuais conflitos decorrentes de relações contratuais. Essa regra se aplicaria às relações de consumo que vinculem fornecedores e consumidores com domicílio em diferentes Estados-Partes ou com domicílio no mesmo Estado, desde que a prestação tenha ocorrido em outro. Prevê-se a competência para julgar o caso dos Juízes do Estado em que o consumidor seja domiciliado; regulam-se os atos processuais praticados à distância (art. 9º) e execução de sentença (art. 11). Esse protocolo, no entanto, não entrou em vigor; previu-se que sua aprovação em cada Estado-Parte só teria início após «a aprovação de um 'Regulamento Comum MERCOSUL de Defesa do Consumidor' em sua totalidade, ... , pelo Conselho do Mercado Comum» (art. 18).

#### III.4. *A harmonização possível*

Uma total unificação das normas de proteção ao consumidor no MERCOSUL é problemática por duas razões: em primeiro lugar, implicaria a opção entre impor a legislação brasileira, mais protetora, aos demais países ou um retrocesso para o Brasil, alternativa que encontra alto grau de resistência interna (Dall'Agnol, 1997).

Em segundo lugar, a unificação total, mesmo num patamar mais alto de proteção, não é necessariamente uma vantagem e pode causar inúmeros inconvenientes. As estruturas de aplicação da lei têm que estar «próximas» do consumidor. É pela interação contínua de consumidores, órgãos

---

<sup>11</sup> Acordo n. 8/96 da Reunião de Ministros da Justiça do MERCOSUL, aprovado pelo Conselho Mercado Comum pela Decisão 10/96.

de proteção, Judiciário, Ministério Público, etc., que se constrói um sistema institucional de proteção e se consolidam conquistas da sociedade civil que podem ser variáveis conforme a cultura local. Ademais, a garantia de acesso ao Judiciário é um requisito básico para a eficácia dos direitos legalmente garantidos; o órgão julgador tem que ser acessível ao consumidor e o MERCOSUL não dispõe de estrutura institucional adequada<sup>12</sup>. Por outro lado, deixar que os Judiciários locais apliquem normas de direito comunitário não garante unificação alguma, já que existiriam diferentes interpretações das mesmas normas, por referência a cada sistema jurídico nacional.

Assim a melhor alternativa seria a *harmonização* pelo estabelecimento de *patamares mínimos* de proteção ao consumidor, a serem garantidos em todos os países, resguardando as normas nacionais que alcançaram uma proteção mais abrangente. É importante também concentrar esforços em temas inter-regionais, que afetem consumidores de mais de um país ou que envolvam consumidores e fornecedores de países diferentes, como defende Marques (1999:19). Teríamos, então, a convivência, no espaço comunitário, de sistemas nacionais com diferentes graus de proteção ao consumidor. Isso colocaria problemas ou obstáculos ao processo de integração?

Da perspectiva dos consumidores do país com maior grau de proteção, poderia haver dificuldades para, por exemplo, responsabilizar um fornecedor (exportador) localizado em outro território. No caso do Brasil, contudo, esse problema é contornado pela atribuição da responsabilidade objetiva ao *importador*, quando o produtor não puder ser alcançado pela lei brasileira. Assim, o importador terá incentivos para pressionar o produtor de outro país a observar padrões de qualidade e segurança, o que constitui uma forma efetiva de harmonizar os níveis de proteção. Essa norma também impediria que empresas se localizem em outros países, com regras mais permissivas, para vender no mercado brasileiro, fugindo às obrigações e responsabilidades.

Por outro lado, o fornecedor deve responder pela lei nacional do país de comercialização do produto (cf. Res./GMC 126/94). Para isso é necessário desenvolver formas de cooperação não apenas entre autoridades nacionais, mas principalmente entre os Judiciários dos diferentes países. Nesse sentido, os temas dos Tratados em matéria processual acima citados merecem maior atenção nas discussões sobre harmonização.

Do ponto de vista do comércio, a existência de distintos graus de proteção poderia ser fonte de barreiras. Teme-se, por exemplo, que exigências legais relativas aos direitos do consumidor sejam manipuladas como a proteção contra a concorrência de produtos de outros países.

---

<sup>12</sup> Não possui Tribunais Supranacionais e seu sistema de solução de controvérsias só é acessível aos Estados-Partes.

O tratamento dessa questão exige cautela, pois certos argumentos podem conter uma lógica perversa. Padrões de qualidade podem se tornar obstáculos ao comércio; mas se tais padrões são *necessários* para garantir a segurança dos consumidores, se existe real ameaça de danos irreversíveis que possam ser causados por produtos nocivos, perigosos ou simplesmente com vícios ou defeitos, negá-los significaria optar pela liberalização *em detrimento do direito à segurança ou saúde dos cidadãos*. Assim, se a remoção de barreiras é necessária ao processo de integração, daí não se segue que se deva isentar os fornecedores das responsabilidades de não causar danos à saúde ou à segurança dos consumidores, de não usar práticas abusivas, de seu dever de informação, da responsabilidade pela indenização por danos.

Leis mais protetoras não constituem barreiras à importação se garantem um tratamento não discriminatório aos produtores, independente da origem. A legislação brasileira, por exemplo, impõe obrigações aos produtores nacionais tanto quanto aos outros. Ademais, a titularidade dos direitos garantidos pela lei é de quem se caracterize como *consumidor*; empresas concorrentes não podem recorrer a ela para se proteger.

O problema remete às normas técnicas que são elaboradas por agências governamentais diversas e, por vezes, visam à proteção do consumidor, tais como normas de vigilância sanitária e sistemas de registro de produtos. Nesses casos, deve-se avaliar se uma norma dessa natureza, que prejudique importações, é realmente necessária para garantir um interesse público, ou se está apenas sendo usada para mascarar algum tipo de protecionismo. De qualquer modo, tais normas não se encontram nas leis de defesa do consumidor.

As tendências de *unificação* parecem estar definitivamente superadas, a julgar pelos termos com que a Declaração Presidencial de 2000 orientou o processo de harmonização dos direitos básicos. Estes foram colocados na forma de uma lista não exaustiva, estando explícito, em itens específicos, que a proteção deve ser efetivada conforme as leis nacionais de cada país.

Assim, as perspectivas de tratamento comunitário da questão do consumidor se orientam, agora, para a discussão efetiva das tais garantias mínimas, além de outros pontos que também devem ser considerados no processo de harmonização. Neste sentido é necessário evoluir nas seguintes direções:

- a) *Ampliar a discussão de problemas de âmbito comum*, que requeiram tratamento integrado e colaboração das autoridades nacionais, principalmente questões transfronteiras que envolvam consumidor e fornecedor de países diversos.
- b) *Discutir normas comuns e promover ações conjuntas* no campo da proteção a interesses difusos (desde que não impeçam a existência de normas nacionais mais rígidas) tais como a obrigação de divulgar informações relevantes sobre produtos comercializados em vários mercados.

- c) *Desenvolvimento de formas de cooperação*, independentemente da existência de normas comuns, entre agências nacionais de aplicação da lei e entre os Ministérios Públicos de cada país para troca efetiva de experiências e informações, para colaborar na busca de provas e documentos e para comunicar problemas encontrados em produtos/serviços etc.
- d) *Investir no tratamento de aspectos judiciais e processuais em problemas transfronteiras* à medida que se avance o processo de integração e surjam, efetivamente, problemas de jurisdição. Nesse sentido, é importante retomar – e possivelmente discutir adaptações – os tratados em matéria processual e cooperação judiciária, particularmente os Protocolos de Santa Maria e de Las Leñas.
- e) *Garantir tratamento não discriminatório* e não permitir que normas de proteção do consumidor sejam utilizadas para prejudicar importações de outros Estados-Partes. Assim as normas comuns devem contemplar a relação entre proteção ao consumidor e barreiras ao comércio.
- f) *Estabelecer critérios para avaliar a real necessidade de restrições à concorrência provocadas por normas técnicas, do ponto de vista do consumidor*. Assumindo que certas regras podem ser necessárias para prevenir danos irreversíveis, é importante que se estabeleçam critérios de decisão normativa que permitam avaliar o potencial restritivo das medidas regulatórias sobre a concorrência e o comércio entre países, *vis-à-vis* sua real necessidade para a proteção à saúde e segurança dos consumidores, a fim de se coíberem formas veladas de protecionismo.

#### IV. DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O fim de barreiras ao comércio entre países e a integração dos mercados faz com que o espaço de concorrência ultrapasse as fronteiras nacionais. Condutas anticompetitivas originadas de um país e que afetem outros limitam a ação das autoridades antitruste nacionais, provocam conflitos de jurisdição e podem levar a decisões diferentes e até mesmo incompatíveis sobre um mesmo caso.

Da perspectiva tanto do interesse público quanto dos agentes privados, a existência de regras harmônicas e princípios comuns de defesa da concorrência é importante para impedir que as empresas se subtraíam à punição por meio de expedientes de conflitos de jurisdição, propiciando, ao mesmo tempo, a necessária segurança jurídica para atuação em mercados integrados<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Araújo & Tineo (1998) notam que demandas por regras claras e previsíveis tanto nos espaços nacionais quanto nos mercados integrados, decorrem de fusões e aquisições serem as principais formas de investimento direto estrangeiro nos anos 80 e 90.

Porém, a superação dos obstáculos à livre concorrência de modo a alcançar plenamente as finalidades da integração não se resume apenas à harmonização da política antitruste. Esta não é suficiente para proporcionar efetivamente um adequado ambiente competitivo à atividade econômica se com seus objetivos não se compatibilizarem outras políticas. O objetivo de defender a concorrência é, na verdade, mais amplo e pode ser afetado por outros tipos de ação do poder público. Estes temas serão discutidos ao longo desta seção e retomados na seção conclusiva. Apresentaremos, também, um breve panorama das leis antitruste nacionais e do estado das negociações em torno de normas comuns relativas à defesa da concorrência.

#### IV.1. *Concorrência e Integração*

A promoção da concorrência em mercados regionais, além de normas antitruste minimamente harmônicas, requer também esforços nacionais para garantir coerência de outras políticas governamentais com os objetivos de defesa da concorrência.

Essa busca de coerência constitui um problema cujo equacionamento é dos mais complexos num processo de integração, por envolver a substituição das regras de defesa comercial pelas normas antitruste e a submissão, não apenas dos agentes privados, mas principalmente dos Estados nacionais, aos princípios de defesa da concorrência. A agenda de discussão, portanto, se amplia para englobar temas como (i) ajudas do Estado que podem distorcer o processo competitivo e a existência de instituições supranacionais às quais se submetam os governos nacionais; (ii) a compatibilidade das medidas *antidumping* com defesa da concorrência; (iii) a aplicação das normas antitruste aos setores regulados.

#### Ajudas do Estado

Vários tipos de ações do poder público, que privilegiam empresas ou regiões, podem distorcer a concorrência no mercado internacional, tais como subsídios, isenções fiscais, crédito subsidiado, garantia de empréstimo etc.. Seus efeitos sobre a integração causam polêmicas, mas se reconhece que nem toda ajuda deve ser proibida; antes, trata-se de discutir os casos em que poderão ser permitidas, segundo regras acordadas entre partes de um acordo de livre comércio<sup>14</sup>.

Para equacionar os possíveis problemas à concorrência causados pelas ajudas do Estado é fundamental: (i) estabelecer regras claras sobre os tipos

---

<sup>14</sup> O Tratado da Comunidade Européia estabelece que medidas governamentais são sujeitas a restrições com base na política de concorrência comum. Mas há exceções como auxílios para regiões com menor nível de vida e grande desemprego (Campello, 2001:322).

de subvenção proibidos e os que poderão ser admitidos, seja pela análise caso a caso, seja pelo estabelecimento de uma lista de tipos expressamente «isentos»; e (ii) a submissão dos Estados Partes às normas comuns e à uma autoridade supranacional que possa avaliar os casos e tomar decisões vinculantes.

### *Antidumping X Antitruste*

*Dumping* consiste na venda de produtos num mercado a um preço inferior àquele em que são negociados no mercado de origem, o que pode ter causas diversas: venda a preços abaixo do custo; discriminação de preços; subsídios às exportações, etc.. Se tal prática provocar dano à indústria doméstica do país importador, as normas internacionais permitem a adoção de medidas *antidumping* – «direitos de importação adicionais» aos produtos em questão, a fim de seus preços se aproximem do «valor normal».

Do ponto de vista antitruste, casos de *dumping* só seriam relevantes se caracterizarem práticas de *preços predatórios* ou de *discriminação de preços*, cujos efeitos prejudiciais sobre a concorrência não podem ser presumidos, e sim identificados caso a caso<sup>15</sup>. Nem todas as condutas de *dumping* são nocivas para a eficiência econômica; ao mesmo tempo, pelos parâmetros utilizados para aplicação das medidas *antidumping*, podem ser punidas condutas que não são anticompetitivas (Balzarotti, 2000:17).

As legislações *antidumping* e antitruste apresentam diferenças significativas: além de usarem diferentes critérios de análise para detectar danos, em antitruste o objetivo perseguido é a eficiência econômica e o interesse juridicamente protegido é de natureza social; em *antidumping* não se usa o critério de eficiência e o interesse resguardado é aquele dos produtores nacionais afetados pelas importações.

Isso se reflete também na natureza dos «remédios» previstos nos dois sistemas. As sanções antitruste estão relacionadas ao prejuízo social acarretado pela prática anticompetitiva, e não ao prejuízo aos produtores locais. A solução *antidumping* pode convalidar aumento de preços, o que é questionável do ponto de vista da eficiência econômica (Balzarotti, 2000:19).

Assim, a legislação *antidumping* apresenta um potencial protecionista e pode – em muitas circunstâncias – apresentar efeitos contrários à concorrência, à medida que seja utilizada para proteger indústrias domésticas da concorrência externa, prejudicando processos de integração.

---

<sup>15</sup> O *preço predatório* não se caracteriza pela mera venda a preço abaixo do custo, e as condições para que a prática seja racional são particulares e pouco frequentes. A *discriminação de preços* não é intrinsecamente anticompetitiva e frequentemente está associada a eficiências. Para análise das contradições entre *antidumping* e antitruste, v. Balzarotti (2000).

## Antitruste e regulação

Aplicar a lei antitruste num setor regulado suscita várias questões sobre a compatibilização entre sistemas jurídicos e decisões de diferentes autoridades do poder público, cuja solução é complexa, mesmo dentro das fronteiras nacionais.

Três questões específicas podem ser apontadas: (i) o regulador pode impor condutas aos regulados que, pela lei antitruste, seriam qualificadas de anticoncorrenciais; (ii) o regulador pode estabelecer regras de acesso aos mercados (em concessões por exemplo) que dificultam a concorrência entre interessados, ou que privilegiem certos agentes em detrimento de outros; (iii) numa atividade regulada, existem possibilidades de práticas anticompetitivas para cuja solução a atuação do regulador é mais eficaz do que a das autoridades antitruste. Usando seus poderes normativo, fiscalizatório e disciplinar, o regulador pode prevenir e/ou prover soluções mais rápidas para eventuais restrições concorrenciais.

A compatibilização da regulação com princípios de defesa da concorrência pode se tornar uma questão para o MERCOSUL à medida que aumente a importância das ações visando à integração de infra-estruturas, como a integração energética. Pode também se tornar um problema se condições institucionais-regulatórias limitarem o acesso de empresas de outros países aos mercados regulados.

As questões relativas a compatibilização da regulação com os princípios da concorrência não se limitam aos chamados setores regulados – em geral identificados com setores de *infra-estrutura*. Se tomarmos *regulação* em seu sentido mais amplo, também são *reguladas* diversas atividades objeto do *exercício de poder de polícia* da Administração Pública, destinadas a estabelecer limites e condições à liberdade empresarial por razões de interesse público. Regras voltadas ao controle sanitário, registro obrigatório de medicamentos ou produtos químicos, entre outras, são exemplos de medidas regulatórias, muitas vezes sob a forma de *normas técnicas*, que podem afetar as condições de entrada nos mercados e, portanto, as condições de concorrência. Em geral, são justificadas pela necessidade de garantir qualidade e segurança de produtos/serviços e o respeito a direitos do consumidor, a fim de evitar problemas que possam causar danos irreversíveis.

A solução para conflitos dessa natureza deve ser o estabelecimento de critérios claros, que permitam identificar a necessidade de normas restritivas para a proteção a direitos básicos do consumidor.

### IV.2. *As Leis Nacionais*

No MERCOSUL, apenas Argentina e Brasil dispõem de leis completas de defesa da concorrência. No Paraguai, um projeto de lei encontra-se atualmente em discussão no Congresso.

No Uruguai, a recente Lei 17.243/2000 incluiu algumas normas de defesa da concorrência, mas voltadas apenas para controle de condutas anticompetitivas. A autoridade encarregada da aplicação dessas normas é a *Dirección General de Comercio* (do *Ministerio de Economía y Finanzas*), embora também se estabeleça que as controvérsias sobre práticas anticompetitivas podem ser submetidas a arbitragem<sup>16</sup>.

Na Argentina, a defesa da concorrência é regulada, desde 1999, pela Lei 25.156, que substituiu a anterior (Lei 22.262/80) introduzindo duas modificações substanciais: o controle prévio dos atos de concentração e a criação do Tribunal de Defesa da Concorrência, com as competências antes atribuídas à Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC), órgão da administração direta sem poderes decisórios. Em relação ao controle de condutas anticompetitivas, mantiveram-se regras bastante similares à anterior.

A Lei brasileira (Lei 8.884/94) estabelece o controle tanto de condutas quanto de atos de concentração. Apesar de o controle das concentrações existir a mais tempo no Brasil, a lei brasileira é muito semelhante à argentina em temas básicos, inclusive em relação aos conceitos e parâmetros econômicos utilizados na análise de casos.

No controle dos atos de concentração, verificam-se diferenças apenas pontuais:

- a) critérios de submissão obrigatória – a lei brasileira adota o critério de faturamento combinado com uma medida de *market-share*, considerada um *indicador* de poder de mercado, enquanto a lei argentina utiliza apenas o faturamento;
- b) prazos de submissão obrigatória – a lei argentina é mais rigorosa quanto a prazos, permitindo um controle *prévio* dos atos de concentração, ao condicionar a produção de efeitos à aprovação do ato, contornando um problema ainda a ser resolvido na legislação brasileira;
- c) na consideração das medidas compensatórias aos efeitos restritivos dos atos de concentração, a lei argentina considera apenas critérios de eficiência econômica, enquanto a brasileira requer, adicionalmente, a consideração de efeitos distributivos;

No tratamento das condutas anticompetitivas as semelhanças são evidentes. A forma de caracterização de infração é praticamente a mesma. Ambas as leis adotam o princípio da razoabilidade, que qualifica a ilicitude pelos efeitos *líquidos*, não existindo o ilícito *per se*. O fato de a lei brasileira estabelecer uma medida de *market-share* como indicador de posição domi-

---

<sup>16</sup> O que sugere um certo caráter de proteção contra a concorrência desleal às normas de defesa da concorrência, ou ainda uma aplicação de princípios de defesa da concorrência ligada à existência de danos privados (e não como proteção a interesses difusos).

nante não implica diferença substancial entre os sistemas, pois em ambos o objetivo é identificar poder de mercado e efeitos negativos para a concorrência, que se definem pelo recurso à análise econômica. Há, inclusive, a previsão de *medidas preventivas* e de *compromissos de cessação de prática* nas duas leis.

No tocante à estrutura institucional, os dois países possuem agências com relativa autonomia do poder executivo, e privilegiam a capacitação dos seus técnicos. Disposições como a existência de critérios para a escolha dos membros, mandatos, proibição de demissão imotivada e ausência de recursos em âmbito administrativo se verificam em ambos os sistemas.

Finalmente, vale observar que nos quatro países ainda há muito a fazer para se consolidar uma política de concorrência. Todos (mesmo os mais «experientes») padecem da falta de uma *cultura da concorrência* que passa pela experiência, pela interpretação das normas, pela formação de um corpo técnico capacitado, pela difusão da concorrência entre os agentes privados, e também públicos que tomam decisões com efeitos concorrenciais. Há também que se enfrentar com a tradição formalista de uma cultura jurídica pouco acostumada a análises mais substantivas (de conteúdo eminentemente econômico) como as requeridas em antitruste. Muitas presunções e conclusões, neste campo, podem ser formuladas como decorrência da teoria microeconômica ou se baseiam em relações formuladas teoricamente. A comunidade jurídica de nossos países, entretanto, não está acostumada com raciocínios desse tipo, gerando impasses ou incongruências sobre a interpretação das leis<sup>17</sup>.

### IV.3. O processo de harmonização

A Decisão 18/96 do Conselho do Mercado Comum (CMC) aprovou o *Protocolo de Defesa da Concorrência no MERCOSUL*, conhecido como *Protocolo de Fortaleza*, pelo qual os Estados-Partes se comprometem a adotar normas comuns, a serem aplicadas a casos cujos efeitos concorrenciais se verifiquem no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados-Partes. Atos ou condutas com efeitos apenas nacionais devem ser tratados sob as respectivas legislações.

O Protocolo previu apenas o controle de condutas anticompetitivas, deixando para futuros entendimentos a adoção de normas comuns para controle dos atos de concentração, sem, entretanto, fixar as regras aplicáveis.

De modo semelhante às leis brasileira e argentina, devem se submeter às suas normas quaisquer pessoas – físicas ou jurídicas, públicas ou privadas,

---

<sup>17</sup> D'Amore (2000) chama a atenção para esse ponto ao analisar uma decisão judicial no caso YPF, na Argentina.

incluindo aquelas que exercem monopólio estatal, desde que a aplicação das normas antitruste não colidam com suas obrigações legais.

As condutas violatórias são descritas em termos semelhantes às duas legislações nacionais: há uma lista não exaustiva de condutas, cuja ilicitude depende da verificação de seus *efeitos* anticompetitivos que, nesse caso, devem se dar no âmbito do mercado comum e afetar o comércio entre as partes.

Previu-se, também, uma estrutura institucional para sua aplicação, que envolve instâncias comunitárias em colaboração com autoridades nacionais, além de procedimentos para tramitação dos casos. A Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), em conjunto com o Comitê de Defesa da Concorrência, constituem as autoridades encarregadas de aplicar as normas comuns. O Comitê é integrado pelas autoridades nacionais antitruste, tendo, portanto, caráter intergovernamental, como todas as demais instituições do MERCOSUL.

Os procedimentos para apuração de condutas anticompetitivas são iniciados pelos órgãos nacionais, que os encaminham ao Comitê depois de uma avaliação técnica preliminar. O Comitê decide sobre sua procedência, abrindo investigação, ou improcedência, com o conseqüente arquivamento *ad referendum* da CCM. As investigações serão conduzidas pela autoridade do Estado de domicílio do denunciado. As demais devem colaborar na investigação, fornecendo ao órgão responsável todos os elementos necessários à instrução do processo. Concluída a investigação, o órgão nacional apresenta parecer conclusivo sobre o caso perante o Comitê, que o examinará e definirá as práticas infratoras e respectivas penalidades. Prevêm-se sanções às práticas que violam normas comuns: determinação de cessar a prática ilícita; multa diária pelo descumprimento da ordem de cessação; multa baseada nos lucros obtidos ou no faturamento; entre outras. À CCM cabe a decisão final e a definição das sanções e outras medidas cabíveis, que serão executadas pelo órgão nacional. Inexistindo consenso na CCM, o Grupo do Mercado Comum (GMC) deve se pronunciar. Não havendo consenso também no GMC, o Estado-Parte interessado pode recorrer aos procedimentos de Solução de Controvérsias previstos no Protocolo de Brasília.

O Protocolo prevê, ainda, a promoção de cooperação e mecanismos de consulta entre autoridades nacionais.

A plena vigência das normas comuns depende ainda da ratificação da Decisão por todos os Estados-Partes<sup>18</sup>, e também de regulamentação de aspectos que ainda são tratados de forma muito geral. Para isso, o Comitê de Defesa da Concorrência ficou encarregado de preparar uma proposta de regulamento e submetê-la à Comissão de Comércio do MERCOSUL.

O estabelecimento de critérios claros para delimitar as competências entre autoridades nacionais e comunitárias é um item fundamental na imple-

---

<sup>18</sup> Argentina e Uruguai ainda não o ratificaram.

mentação das normas. Imprecisões nesse aspecto podem gerar incerteza e conflitos de jurisdição, que podem ser usados como meio de «recorrer» de uma decisão desfavorável (Oliveira, 2000).

A natureza do mecanismo decisório previsto no protocolo também pode ser foco de problemas: existem riscos de que critérios técnicos acabem sendo substituídos por critérios políticos ou diplomáticos<sup>19</sup>, e que decisões tomadas pelas autoridades nacionais possam ser mudadas pelo Comitê do MERCOSUL. Oliveira (2000) nota, ainda, que mesmo nos países que já possuem leis em vigor, o processo decisório é lento, alertando para o risco de os procedimentos protocolares dilatarem ainda mais o processo de tomada de decisões.

Outros aspectos relacionados à defesa da concorrência que têm sido tratados no âmbito do MERCOSUL são as já mencionadas Ajudas do Estado e *Antidumping*.

## Ajuda do Estado e Outras Políticas

No Protocolo de Fortaleza os Estados-Partes se comprometeram a elaborar normas comuns para regular os auxílios estatais que possam ter efeitos negativos sobre as condições de concorrência e afetar o comércio entre eles, num prazo de dois anos a contar da entrada em vigor do Protocolo.

A Decisão CMC 22/00, considerando que medidas tributárias, financeiras, fiscais, aduaneiras e administrativas podem restringir o comércio intra MERCOSUL, estabelece que os Estados-Partes não devem adotar *nenhuma* medida restritiva ao comércio recíproco, e fixa um prazo para que cada um elabore uma lista de situações ou medidas limitativas do atual acesso aos mercados (30/06/00). A Decisão CMC 07/01 instruiu o GMC a continuar o tratamento das medidas identificadas no marco da Decisão 22/00.

A Decisão CMC 31/00 também estabeleceu prazo para proposição, pelo GMC, de disciplinas comuns para a utilização de incentivos a investimentos, à produção e à exportação intrazona, que foi prorrogado para 10/12/2001 pela Decisão 07/01.

Uma Resolução do GMC (n. 44/2000) considerou que «a importância das obras públicas e das privatizações que se realizam por meio de concessões torna necessário assegurar um acesso transparente e não discriminatório das empresas dos Estados Partes às mesmas». Por isso foi criado um Grupo *Ad-hoc* de Concessões como foro dependente do GMC, ao qual competirá elaborar um Protocolo sobre concessões no MERCOSUL.

No âmbito do Protocolo de Fortaleza, vale notar a definição dos agentes destinatários das normas comuns: qualquer pessoa, pública ou privada,

---

<sup>19</sup> Já que as decisões caberiam a uma instância intergovernamental que decide por consenso.

ainda que exerça monopólio estatal. A ressalva feita à aplicabilidade da lei a estes agentes – «*na medida em que as regras deste Protocolo não impeçam o desempenho regular de atribuição legal*» – parece destinada a evitar potenciais conflitos entre normas antitruste e normas regulatórias de concessões ou infraestrutura, no sentido de prevalecerem obrigações impostas por esta última.

### *Antidumping*

O Protocolo de Fortaleza previu, inicialmente, que as investigações realizadas por um Estado-Parte relativas às importações originadas de outro Estado-Parte seriam efetuadas de acordo com as respectivas legislações nacionais até 31/12/2000, devendo-se, até então, analisar as normas e condições sob as quais o tema passaria a ser tratado.

Esse prazo já foi sucessivamente adiado. A Decisão CMC 28/00, reconhecendo que o tratamento «*de forma inter-relacionada*» da defesa comercial intrazona e da defesa da concorrência é fundamental para o bom funcionamento do Mercado Comum, atribuiu ao GMC a tarefa de elaborar uma proposta para disciplinar o processo de investigação e aplicação de medidas *antidumping* e direitos compensatórios no comércio intrazona. Ao mesmo tempo, instruiu a CCM para que uma proposta de eliminação gradual dessas medidas fosse elaborada *em conjunto* pelo Comitê Técnico n. 5 (de defesa da concorrência) e pelo Comitê de Defesa Comercial e Salvaguardas. Os prazos para isso foram mais recentemente dilatados para 31/12/2001 (Decisão CMC 07/01).

Previu-se, ainda, a necessidade de disciplinas adicionais para a condução de investigações para aplicação de medidas *antidumping* ou compensatórias às importações de produtos originários de Estados-Parte, proposta que o GMC deve apresentar até 31/03/2002 (Decisão CMC 64/00 e 07/01).

### IV.4. *Perspectivas*

A análise anterior permite a identificação de cinco temas fundamentais para a harmonização de uma política de defesa da concorrência integrada no âmbito do MERCOSUL.

Em primeiro lugar, são necessárias *condições normativas semelhantes em todos os Estados Partes* para assegurar a certeza jurídica para os agentes, ao mesmo tempo em que evita distorções do fluxo de comércio ou de localização de empresas.

As regras nacionais de Argentina e Brasil preenchem essas condições, inclusive quanto às formas de abordagem e critérios de análise dos casos. Por outro lado, existe um desnível entre esses dois países e Uruguai e Paraguai. No Uruguai apenas recentemente se iniciou a implementação de uma lei

antitruste, e mesmo assim apenas no controle de condutas. Verifica-se, pois, uma assimetria no grau de experiência de aplicação da lei pelas autoridades nacionais.

Em segundo lugar é necessário desenvolver *formas eficazes de cooperação entre autoridades nacionais*. Isso se justifica tanto pela existência de práticas/atos com repercussões em mais de um país quanto por problemas potenciais de jurisdição.

A cooperação pode ser maior e mais efetiva quanto maiores as similaridades entre legislações e procedimentos dos países. Assim, requer-se a distinção de dois níveis possíveis e necessários de entendimento: a) cooperação entre órgãos antitruste da Argentina e Brasil, já objeto de convênio específico e, b) cooperação destes com as autoridades uruguaias e paraguaias no sentido de implementar o controle antitruste nesses países. As assimetrias de experiência em matéria antitruste tornam ainda mais importante o papel da cooperação e assistência técnica entre as autoridades nacionais.

De todo modo, a cooperação entre agências nacionais independe do processo de integração. No caso brasileiro e argentino, a cooperação é até mesmo uma necessidade e fica facilitada pelo fato das leis adotarem a chamada «doutrina dos efeitos», com implicações extraterritoriais das respectivas leis<sup>20</sup>.

Em terceiro lugar o *estabelecimento de normas e instituições comuns em matéria antitruste* é importante para aplicação a casos cujos efeitos ocorram no âmbito do mercado comum ou afetem o comércio entre os Estados membros.

O MERCOSUL já conta com regras mínimas definidas pelo Protocolo de Fortaleza. Contudo, resta ainda: todos os países ratificarem o acordo; estabelecer regras para controle dos atos de concentração; regulamentar aspectos básicos que permitam a implementação das regras, inclusive procedimentais. Dentre estes, o estabelecimento de critérios de atribuição de competências à autoridade comunitária é fundamental e prioritário.

Alguns problemas, entretanto, merecem maior reflexão. O primeiro é evitar que os procedimentos de análise previstos no Protocolo se tornem uma forma excessivamente lenta de solução dos casos. Para isso, são necessárias mudanças ou adaptações nas regras previstas. O segundo problema é a natureza intergovernamental das autoridades que implementarão as normas protocolares, que podem politizar as decisões, colocando em risco uma qualidade básica dos sistemas antitruste – a independência da agência responsável. No âmbito internacional, a politização pode se dar no sentido de se proteger interesses de produtores nacionais, instrumentalizando as normas de defesa da concorrência para fins de proteção comercial. Ademais, um siste-

---

<sup>20</sup> A esse respeito, v. artigo de J. T. de Araújo Jr., «Política de Concorrência no MERCOSUL: uma agenda mínima», discutindo o potencial para acordos de «cortesia positiva» no MERCOSUL.

ma intergovernamental de decisões pode gerar impasses se os países membros não chegarem a um consenso.

Essa não é uma questão apenas relacionada à defesa da concorrência, mas uma característica geral das instituições do MERCOSUL, sempre intergovernamentais, cujo processo decisório é baseado no consenso. A criação de um Tribunal Supranacional, que pudesse tomar decisões de forma técnica, rigorosa e imparcial, com autonomia e independência, nos moldes das Agências nacionais, é uma alternativa que supõe uma mudança na estrutura institucional do MERCOSUL no sentido da adoção da *supranacionalidade*.

Em quarto lugar é necessário *substituir a defesa comercial pela defesa da concorrência*. Num mercado integrado, não tem sentido o uso de medidas de defesa comercial contra parceiros do mesmo bloco. Sistemas *antidumping* têm freqüentemente motivações protecionistas, constituindo obstáculo ao processo de integração e fonte potencial de efeitos anticompetitivos. Por outro lado, práticas que potencialmente criam restrições concorrenciais – preços predatórios e discriminação de preços – podem ser tratadas pelo sistema antitruste, com vantagens para o interesse público, devido aos critérios de análise baseados na eficiência econômica e à natureza dos remédios.

As dificuldades aqui se colocam além da mera discussão de normas antitruste, pois a subordinação das políticas de defesa comercial aos princípios da concorrência pode enfrentar resistências de grupos de interesses que demandam proteção. O reconhecimento da importância de se tratar a defesa comercial de forma relacionada com a concorrência, por parte do CMC (Decisão 28/00) já é um avanço, muito embora ainda sem um resultado concreto.

Finalmente, é necessário *tratar as ações e decisões dos Estados conforme os princípios de defesa da concorrência*. A autoridade antitruste nacional deve ser autônoma e forte o suficiente para agir como «regulador de última instância na economia», com capacidade para questionar outras políticas públicas incompatíveis com a concorrência. A não isenção de nenhum setor da aplicação das normas de concorrência e a clara repartição de funções entre autoridade de concorrência e os órgãos reguladores setoriais também são elementos fundamentais (Araújo & Tineo, 1998:101).

A compatibilização de outras políticas com a defesa da concorrência é uma questão mesmo dentro dos espaços nacionais já que envolve conflitos de interesses de diversas naturezas, problemas políticos e jurídicos de atribuições de competência entre autoridades que geralmente não têm relação hierárquica entre si. Desse modo, mesmo se considerarmos o problema apenas no nível nacional dos países do MERCOSUL, não parece haver uma atribuição de supremacia dos objetivos de uma política de defesa da concorrência em relação às demais políticas públicas.

Há que se considerar que, para haver a efetiva submissão das políticas aos princípios da concorrência, seria necessário que também os Estados nacionais se submetessem a uma autoridade supranacional com poderes

decisórios, o que enfrenta, entre outras, as dificuldades colocadas pela estrutura institucional do MERCOSUL já mencionadas acima.

Esses dois últimos pontos levam a uma constatação importante: uma política de defesa da concorrência não se implementa apenas por meio de uma lei antitruste, nem a nível nacional, nem internacional. Antitruste é, sem dúvida, um aspecto fundamental e necessário, mas insuficiente para proporcionar um adequado ambiente competitivo à atividade econômica e suplantar os obstáculos para a integração. Outras políticas podem afetar significativamente as condições de concorrência – no sentido pró ou anti-concorrencial, conforme sejam usadas no sentido de criar/incentivar um ambiente competitivo e acirrar as condições de competição, ou, o contrário, no sentido de proteger setores, indústrias etc.

#### V. CONCORRÊNCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR – HARMONIZAÇÃO E CRITÉRIOS PARA TRATAMENTO DE CONFLITOS POTENCIAIS

As finalidades de uma política de integração de um bloco regional como o MERCOSUL nunca serão plenamente alcançadas sem a existência de um ambiente institucional que propicie aos agentes econômicos condições normativas comuns, ou no mínimo, convergentes e harmônicas.

A regulação da concorrência e da proteção ao consumidor constituem, entre outros, dois sistemas normativos cuja harmonização se mostra fundamental para esse processo que, ressalte-se, não se resume à convergência apenas de normas jurídicas. Há também a necessidade de construção e aprendizado institucional que passa por aspectos extra-jurídicos - pela difusão de uma certa «cultura institucional» de defesa da concorrência e do consumidor entre os agentes privados e públicos.

Conflitos entre medidas regulatórias de naturezas diversas e o princípio da livre concorrência – ou ainda entre decisões de autoridades antitruste e autoridades reguladoras – podem ocorrer e são freqüentes. No que interessa à interseção dos temas objeto deste trabalho, destaca-se o potencial de normas – nacionais ou comunitárias – impostas com a finalidade de proteção ao consumidor acabarem dificultando as condições de entrada em certos mercados ou privilegiando alguns tipos de produtores em detrimento de outros, constituindo, assim, barreiras ao comércio entre os Estados-Partes do MERCOSUL. A questão deve ser enfrentada não pela desregulamentação mas pelo estabelecimento de critérios para se julgar admissível que decisões normativas possam afetar negativamente a concorrência.

Embora a defesa da concorrência seja um interesse social, não é o único nem o mais importante ou hierarquicamente superior. Daí admitir-se a hipótese de que, em determinadas circunstâncias, interesses sociais de outra natu-

reza<sup>21</sup> possam requerer medidas (regulatórias) que conflitem com a concorrência, e que seja necessário optar.

Regra geral, nenhuma medida regulatória deve ferir a concorrência; mas poderá fazê-lo desde que circunstâncias especiais coloquem a necessidade de observar outros princípios e garantir outros objetivos socialmente relevantes que mereçam maior proteção. Esse poderia ser um critério geral a utilizar nas hipóteses de conflito e que supõe, implicitamente, duas condições: *a*) a autoridade tem sempre a obrigação de justificar e explicitar os motivos de sua opção; não se justifica que uma medida regulatória restrinja a concorrência, se tiver sido tomada sem consciência de seus efeitos anti-competitivos; *b*) uma medida com efeitos anticoncorrenciais deve servir *a um fim de política pública explícita*; não se deve desrespeitar o princípio da concorrência sem motivação de interesse social.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Araújo, J. T. de & Tineo, L. (1998), «Competition Policy and Regional Trade: NAFTA, Andean Community, MERCOSUR and FTAA», *Archè*, VII, n. 20:97-123.
- Balzarotti, N. (2000), «Política de Competencia Internacional: cooperación, armonización y experiencia», *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n. 10:3-23 (junio).
- Bosco, J. & Pessoa, C. M. S. (2000), «Competition Policy: theoretical frameworks, management in integrated economic areas and challenges for MERCOSUR», *Integration and Trade*, n. 10, vol. 4 (jan./apr.).
- BRASILCON (1997), «Manifestação do BRASILCON sobre o Projeto de Protocolo de 7 de dezembro de 1997», *Revista de Direito do Consumidor*, n.23-24:536-560 (jul/dez).
- Campello, D. (2001), *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, Rio de Janeiro, Renovar.
- Casella, P. B. (1996), *MERCOSUL: exigências e perspectivas*, São Paulo, LTr.
- Celis, J. L. C. de (1997), «Análisis de un Caso de Ayudas Estatales en la Unión Europea», *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n. 2:62-65.
- CNDC (1997), «Breve Análisis Económico de la Ley Argentina de Defensa de la Competencia», *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*.
- D'Amore, M. R. (2000), «Abuso explorativo de posición dominante: el caso YPF en Argentina», *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n. 11: 07-16 (diciembre).
- Dall'agnol, A. (1997), «Integração Econômica e Defesa do Consumidor: regulação do MERCOSUL», *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22: 102-104.
- Fekete, E. K. (1996), «A Proteção ao Consumidor como Instrumento de Aperfeiçoamento da Integração Econômica no MERCOSUL», *Revista de Direito do Consumidor*, n. 20:112-126.

<sup>21</sup> *E.g.*, questões relacionadas a direitos de consumidor; necessidade de garantir a universalização do acesso aos serviços públicos etc.

- Lima Lopes, J. R. (1992), *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- Lorenzetti, R. (1997), «La Relación de Consumo: conceptualización dogmática em base al Derecho del MERCOSUR», *Revista de Direito do Consumidor*, n. 21: 09-31.
- Marques, C. L. (1997), «Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do MERCOSUL», *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23-24:79-103.
- Marques, C. L. (1999), «Direitos do Consumidor no MERCOSUL: algumas sugestões frente ao impasse», *Revista de Direito do Consumidor*, n. 32:16-44 (out/dez).
- Mello Franco, V. H. (1991), *O Executivo e o Novo Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Maltese.
- Oliveira, G. (1998), «Defesa da Concorrência em Países em Desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do MERCOSUL», *Série Idéias & Debate*, núm. 17, Instituto Teotônio Vilela, Brasília.
- Oliveira, G. (2000), «Aspects of Competition Policy in MERCOSUR», *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n. 11:37-41 (diciembre).
- Pascar, N. A. (2000), «Nueva Ley de Defensa de la Competencia en Argentina n. 25.156/99», *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n. 9:18-23 (febrero).
- Quevedo, M. V. G. de (2000), «Reformas a la Legislación de Defensa de la Competencia Argentina (Ley 25.156)», *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n. 9:08-17 (febrero).
- Reis, N. S. (1998), «O Consumidor e a “Globalização”. Protocolo de Montevidéu, uma grave ameaça à defesa do consumidor» (mimeo).
- Santos, M. C. de A. (1999), «Direito Comunitário da Concorrência – perspectivas para o MERCOSUL», *Revista de Direito do Consumidor*, n. 32:74-109 (out./dez.).
- Stiglitz, G. (1999), «Modificaciones a la Ley Argentina de Defensa del Consumidor y su Influencia en el MERCOSUR», *Revista de Direito do Consumidor*, n. 29:09-20.
- Tajan, G. (2000), «El Abuso de Posición Dominante y el Control de las Concentraciones Económicas en la Nueva Ley Argentina de Defensa de la Competencia», *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n. 10:45-54 (junio).
- World Bank (1997), *Competition Policy in a Global Economy: an interpretative summary*, Global Forum for Competition and Trade Policy Conference (march). Washington, The World Bank.
- World Bank (1998), *Competition Policy and Economic Reform: an interpretative summary*, Washington, The World Bank.