

Política de Concorrência no Mercosul: Uma Agenda Mínima

José Tavares de Araujo Jr.

Agosto de 2001

Este artigo é parte de um livro cujo título provisório é Mercosul: Balanço e Perspectivas, que está sendo organizado por Daniel Chudnovsky e José M. Fanelli para a Red Mercosur.

1. Introdução¹

Este artigo discute as perspectivas da política de concorrência no Mercosul a partir de dois elementos principais. O primeiro diz respeito aos poderes extraterritoriais das leis antitruste da Argentina e do Brasil, que são os únicos países da América Latina e do Caribe cujas leis possuem tal peculiaridade.² A inovação foi introduzida no Brasil em 1994 através da lei 8.884 e na Argentina em 1999 através da lei 25.156, seguindo uma tendência internacional já adotada por diversas economias industrializadas, como Austrália, Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia e União Européia. De acordo com o princípio da extraterritorialidade o âmbito de aplicação da lei não está restrito às fronteiras nacionais, mas inclui também qualquer atividade econômica ocorrida no exterior cujos efeitos alterem as condições de concorrência no mercado doméstico. A utilidade básica desse estatuto é a de prover os fundamentos jurídicos para a ação conjunta das autoridades antitruste no tratamento de casos com dimensão internacional.

O segundo elemento implícito no argumento desenvolvido adiante é o de que embora a política de concorrência só tenha adquirido relevância na região a partir dos anos 90, o debate público sobre esse tema esteve presente na Argentina e no Brasil desde as primeiras décadas do século vinte. Conforme indica a próxima seção deste artigo, em ambos países o assunto atraiu a atenção de juristas, economistas e políticos experientes. Durante várias gerações, as condutas anticompetitivas eram tratadas na imprensa e nos textos legais brasileiros sob o rótulo de “crimes contra a economia popular”, enquanto que na Argentina o instrumento jurídico que regulava a matéria intitulava-se “lei anti-monopólios”. Além de haver estimulado a formação de profissionais familiarizados com os detalhes técnicos e políticos do problema, o longo processo de elaboração das leis antitruste na região permitiu amadurecer a consciência social sobre o alcance e as limitações dessas leis. Assim, hoje em dia, as autoridades dos dois países contam com um marco institucional relativamente sólido para enfrentar a tarefa não trivial de regular as condições internacionais de concorrência dessas economias.

O texto está organizado da seguinte forma: A seção 2 contém um breve relato da evolução das leis antitruste na Argentina e no Brasil durante o século vinte. A seção 3 discute a dimensão regional do processo de

concorrência no Mercosul, revendo não só os fluxos de investimento direto bem como um conjunto de casos recentes que já poderiam ter sido objeto de cooperação bilateral entre as autoridades antitruste. A seção 4 examina as potencialidades e limitações do Protocolo de Fortaleza, assinado em dezembro de 1996 com o objetivo de criar um marco regional para a política de concorrência no Mercosul. O principal ponto levantado ali é o de que o protocolo trata as questões antitruste como se fossem disputas mercantilistas. Além disso, aquela seção aborda rapidamente as relações entre antitruste e antidumping, arguindo que embora a eliminação de medidas antidumping seja uma providência importante para consolidar o processo de integração no Mercosul, a contribuição das autoridades antitruste nesta tarefa é, na melhor das hipóteses, apenas indireta. A seção 5 mostra que existem alternativas para superar as limitações do protocolo, ao comentar a experiência internacional nos anos noventa daqueles países cujas leis possuem efeitos extraterritoriais e, conseqüentemente, têm servido de base para uma cooperação bilateral baseada no princípio de “cortesia positiva”. Por fim, a seção 6 conclui o argumento, indicando o perfil de uma agenda mínima que permitiria a aplicação imediata do direito da concorrência no Mercosul.

2. Antecedentes

O tema de política de concorrência tem sido objeto de debate público na Argentina desde 1909, quando dois deputados apresentaram um projeto de lei para coibir condutas monopolistas no mercado de carnes e derivados. Outros projetos mais abrangentes foram debatidos na Câmara em 1913 e 1917, preparando o caminho para a aprovação da primeira lei antitruste (ou anti-monopólios, como era chamada a lei 11.210) em 1919.³ Naquele momento, apenas quatro outros países possuíam leis desse tipo: Canadá (desde 1889), Estados Unidos (1890), Austrália (1906) e Nova Zelândia (1908). Na Europa, por exemplo, o direito da concorrência só começou a ser aplicado após a Segunda Guerra Mundial. Tal como ocorria no resto do mundo, à exceção dos Estados Unidos, a lei argentina permaneceu inútil por várias décadas, não obstante as mudanças introduzidas no início do governo Perón (lei 12.906, de dezembro de 1946), que não tiveram qualquer consequência prática, como notou Cabanellas (1983). Em 1980, quando a política de concorrência já havia adquirido relevância entre os países industrializados, uma nova lei foi aprovada na Argentina, procurando incorporar alguns avanços da experiência internacional nessa área. A principal inovação introduzida pela lei 22.262, de 1.8.80, foi a de eliminar o excesso de rigor da legislação anterior, que ao considerar crime todos os tipos de conduta anti-competitiva tornava inviável uma aplicação sensata da lei. Além de enunciar uma tipologia ampla das condutas a serem reprimidas, a nova lei criou a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC), um órgão vinculado à Secretaria de Indústria e Comércio do Ministério da Economia. A comissão tinha cinco membros nomeados pelo Ministro da Economia. O presidente era um dos subsecretários da Secretaria de Indústria e Comércio, e os demais membros, dois advogados e dois economistas, possuíam mandato de quatro anos.

A lei 22.262 inaugurou uma nova etapa da experiência argentina, na qual a política de concorrência passou a cumprir funções cuja importância iria crescer ao longo dos anos 80 e 90, apesar de duas limitações do novo

marco institucional. Por um lado, a lei cuidava apenas de condutas, abdicando de uma das atribuições centrais da política de concorrência em diversos países, que é a regulação dos atos de concentração econômica. Por outro, o Secretário de Indústria e Comércio era a autoridade máxima nas questões relativas à política de concorrência. Assim, sempre que a atuação da CNDC entrasse em conflito com outras políticas governamentais, como é usual em qualquer país, uma solução conveniente ao Secretário seria a de ignorar a substância do conflito e simplesmente demitir o presidente da CNDC. Estas limitações tornaram-se cada vez mais evidentes na segunda metade da década de noventa, à medida em que evoluía o processo de reformas econômicas no plano doméstico, e a agenda externa do país passava a incluir negociações simultâneas envolvendo política de concorrência em distintos foros, como o Mercosul, a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Essas limitações foram finalmente superadas em 1999, com a aprovação da lei 25.156, que além de regular os atos de concentração e estabelecer o Tribunal de Defesa da Concorrência, expandiu o âmbito de aplicação da lei, que passou a ter efeitos extraterritoriais, conforme definido no seu artigo terceiro. O Tribunal é integrado por sete membros, dos quais pelo menos dois serão advogados e os demais economistas, que exercerão suas funções com dedicação exclusiva (exceto atividades docentes) durante seis anos, sendo permitida a recondução. A cada três anos o Tribunal é renovado parcialmente, abrindo-se três vagas na primeira oportunidade, e quatro vagas na segunda, cujo preenchimento é feito segundo normas que visam fortalecer a autoridade de seus ocupantes, conforme descreve o artigo 19: “Los miembros del Tribunal serán designados por el Poder Ejecutivo nacional previo concurso público de antecedentes y oposición ante un Jurado integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el secretario de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, los presidentes de las comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.”

No Brasil a experiência foi similar. Em 1938 o governo ditatorial de Getúlio Vargas editou o decreto-lei 839, que regulava as condições de concorrência através do direito penal, tal como ocorreu na Argentina até 1980.⁴ Segundo aquele decreto, seria considerado crime contra a economia popular todo fato que representasse um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um número indefinido de pessoas (cf. Hungria, 1939; Vaz, 1993). Estavam incluídos nesta categoria os acordos de exclusividade, as tentativas de dominar mercados, a prática de *dumping*, a gerência comum de mais de uma empresa, além de outras condutas como as seguintes: “promover ou participar de consórcio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio” (cf. Borges da Fonseca, 1997, p. 125). Tais crimes eram inafiançáveis, e estavam sujeitos a penas que poderiam variar de dois a dez anos de prisão, além de pesadas multas.

Segundo Shieber (1966), o decreto-lei 839 foi usado uma única vez, num caso envolvendo a subsidiária

brasileira da *Standard Oil Co.*, que estaria impondo cláusulas abusivas em contratos firmados com postos de gasolina. Visando esclarecer o assunto, a *Standard Oil* solicitou que Consultor-Geral da República opinasse sobre a legalidade das cláusulas. O Consultor-Geral, Dr. Anibal Freire, deu razão aos proprietários de postos de gasolina e submeteu o parecer ao Presidente Vargas, que redigiu o seguinte despacho: “Aprovado. A consulente deve modificar seus contratos e instruções no sentido de submeter-se à lei que define os crimes contra a economia popular” (cf. Vaz, 1993, pp.247-8). Entretanto, nenhuma penalidade foi aplicada.

O direito da concorrência foi introduzido na Constituição brasileira em 1946, graças à atuação do deputado Agamenon Magalhães,⁵ que conseguiu aprovar a seguinte redação para o artigo 148: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.” Para regulamentar este artigo, ele submeteu ao congresso o projeto de lei no. 122 em abril de 1948, dando origem a um debate parlamentar que iria se estender até setembro de 1962, quando foi aprovada a lei 4.137, que aboliu a legislação sobre crimes contra a economia popular e procurou aproximar os instrumentos jurídicos brasileiros ao estilo antitruste norte-americano. Dentre as diversas inovações introduzidas naquele momento, destaca-se a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), “com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta Lei.” (Artigo 8)

A lei 4.137 cumpriu no Brasil um papel similar àquele desempenhado pela lei 22.262 na Argentina. Por um lado, significou um avanço institucional importante e manteve presente na agenda pública o debate sobre as condições de concorrência da economia. Por outro lado, os objetivos enunciados em setembro de 1962 só iriam ser efetivamente alcançados trinta anos depois, com a lei 8.884 que em 1994 reformulou, uma vez mais, o marco institucional brasileiro.⁶ Desde então o CADE, atuando em articulação com a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vem exercendo todas as funções que hoje em dia são atribuídas a um tribunal da concorrência nas economias abertas.

3. A dimensão regional do processo de concorrência

Após 20 anos de governos militares e cinco décadas de estratégias industriais baseadas na substituição de importações, as relações econômicas entre Argentina e Brasil eram quase nulas em meados dos anos 80. A situação começou a mudar rapidamente a partir da assinatura dos protocolos bilaterais em 1986, adquirindo um ritmo ainda mais intenso depois que o Tratado de Assunção lançou o Mercosul em março de 1991. Entre 1990 e 1998 os fluxos anuais de comércio bilateral saltaram de 3.3 para 19.1 bilhões de dólares, enquanto que os investimentos diretos transfronteiriços alcançaram o montante de U\$ 9.1 bilhões durante a década (ver Kosacoff e Porta, 1997; Bonelli, 2001; Chudnovsky, 2001). Esta cifra parece modesta quando comparada, por exemplo, com o total mundial de investimento direto estrangeiro, que em 1999 foi de U\$ 800

bilhões (cf. UNCTAD, 2001). De fato, a expansão empresarial intra-Mercosul tem se concentrado preponderantemente em iniciativas de médio porte (cf. Bonelli, 2001), em contraste com as mega-fusões que se tornaram frequentes no passado recente entre corporações dos países industrializados. No entanto, é inequívoco que o processo de integração no Mercosul já alcançou um estágio em que as condições de concorrência nos mercados domésticos dos países membros se tornaram interdependentes e só podem ser avaliadas corretamente a partir de uma perspectiva regional.

Do ponto de vista das autoridades antitruste, as mudanças acima implicam um número crescente de casos nos quais a dimensão geográfica do mercado relevante abrange todos os membros do Mercosul. Entretanto, apesar do destaque alcançado pela política de concorrência na Argentina e no Brasil na segunda metade dos anos 90, não houve até o momento um único caso que tivesse sido objeto de cooperação entre as autoridades desses países. Isto decorre em parte das inconsistências do Protocolo de Fortaleza, apontadas na próxima seção, que poderiam ser contornadas a curto prazo pelo menos no âmbito bilateral, conforme argumenta a seção 5. Mas antes de abordar estes dois temas, é conveniente indicar, ainda que de forma anedótica, a natureza dos problemas que as autoridades argentinas e brasileiras provavelmente enfrentarão no futuro próximo, através de uma rápida revisão de alguns casos de dimensão regional examinados por aquelas autoridades nos últimos anos.

O tipo mais frequente de caso é aquele relacionado com atos de concentração que não alteram significativamente as condições de concorrência do mercado regional, ou cujos efeitos principais se concentram num só país.⁷ A análise conjunta de operações desse tipo não é inócua, já que ela permite que o mercado relevante seja definido de forma rigorosa, com consequências positivas sobre a qualidade técnica da decisão final. Um bom exemplo neste sentido é o caso AMBEV, julgado pelo CADE em março de 2000, permitindo a fusão das empresas Brahma e Antártica que passaram a controlar cerca de 75% do mercado brasileiro de cervejas. Dado que a Brahma possui participação acionária em empresas da Argentina, Paraguai e Uruguai, não há dúvidas quanto à dimensão regional do caso, embora seja também evidente que os efeitos mais importantes se concentram no mercado brasileiro. Contudo, a criação da AMBEV resultou no seguinte paradoxo: o preço ex-fábrica da cerveja no Brasil é um dos mais baixos do mundo, o mercado é dominado por uma só empresa, mas mesmo assim a produção nacional conta com uma proteção nominal de 23% conferida pela Tarifa Externa Comum (TEC) do Mercosul. É razoável supor que uma análise conjunta do caso teria ajudado a eliminar essa distorção da TEC.⁸

Nos casos de conduta, às vezes a cooperação poderá se restringir a uma simples notificação aos demais parceiros por parte da agência que estiver conduzindo a investigação, enquanto que em outras oportunidades a natureza do caso poderá requerer investigações simultâneas em mais de um país. Um exemplo do primeiro tipo foi a multa de \$109 milhões imposta pela CNDC à YPF em março de 1999, em consequência dos preços discriminatórios praticados por aquela empresa nos distintos mercados do Mercosul durante o período compreendido entre janeiro de 1996 e outubro de 1997. Neste caso, todas as informações necessárias para

caracterizar a conduta e os seus efeitos puderam ser coletadas pela CNDC em território argentino. Um exemplo que se enquadraria no segundo tipo seria a denúncia que estava sendo investigada pela CNDC no primeiro semestre de 2001 a respeito de um possível conluio entre a Cámara de la Industria del Calzado (Argentina) e a Abicalçados (Brasil) visando limitar as exportações brasileiras de calçados para a Argentina. Neste caso, a investigação seria obviamente mais eficaz se conduzida simultaneamente em ambos países.

A experiência internacional, notadamente a do acordo Estados Unidos–União Européia, já demonstrou que a cooperação entre autoridades antitruste envolve não apenas dificuldades técnicas e operacionais, como o uso de metodologias comuns para definir mercados relevantes, a confiança recíproca no trato de informações confidenciais e agilidade nos processos decisórios; mas também eventuais conflitos de interesse entre grupos nacionais poderosos, acarretando elevada sensibilidade política. O Mercosul certamente não será uma exceção a essa norma. Por exemplo, em 20 de junho de 2001, o CADE decidiu arquivar o processo que a Direct TV (uma rede de televisão por assinatura via satélite) estava movendo contra a Rede Globo de Televisão, arguindo abuso de posição dominante por parte desta. Desde 1996 a Direct TV estava tentando conseguir o direito de transmitir o sinal da TV Globo em igualdade de condições com a Sky, uma subsidiária da Rede Globo que opera em cinco capitais brasileiras (Porto Alegre, São Paulo, Rio de Janeiro, Recife e Salvador). Na Argentina, a Direct TV é controlada pelo Grupo Clarín, e ali também o seu principal competidor é a Sky. Assim, não é improvável que a disputa venha a se repetir brevemente no âmbito do Mercosul, gerando um confronto explícito entre os dois mais influentes grupos econômicos da região. As duas próximas seções deste artigo discutem os instrumentos disponíveis pelos países do Mercosul para lidar com problemas deste tipo.

4. Escopo e limitações do Protocolo de Fortaleza

Para enfrentar de forma abrangente as questões acima referidas, os países do Mercosul assinaram em dezembro de 1996 o Protocolo de Fortaleza, que definiu um conjunto de procedimentos, *a ser implementado num período de dois anos* (sic), dirigido à harmonização das condições de concorrência nos mercados domésticos dos países membros. Tal como fizeram outros acordos regionais nas últimas duas décadas (vide Lloyd e Vautier, 1999; Tavares, 2001), o objetivo fundamental do protocolo é impedir que os benefícios do processo de integração sejam erodidos por barreiras advindas de condutas empresariais ou políticas públicas. Com relação às ações governamentais, o protocolo destaca os dois tópicos relevantes para o Mercosul: subsídios e medidas antidumping; quanto ao setor privado, contém instrumentos para reprimir práticas anticompetitivas de escopo regional e para controlar fusões e aquisições que alterem as condições de concorrência em mais de um país.

Apesar de identificar os principais problemas a serem tratados, de propor soluções ajustadas às peculiaridades do Mercosul (evitando, por exemplo, a criação de instâncias supra-nacionais), e de enfatizar a urgência das medidas ali acordadas, o protocolo não foi aplicado até o presente. A origem deste paradoxo

pode ser explicada a partir do relato apresentado nas seções anteriores. Por um lado, as providências anunciadas em Fortaleza constituem um desdobramento natural dos compromissos firmados no Tratado de Assunção, cujo artigo primeiro estabeleceu metas ambiciosas para o processo de integração regional, envolvendo a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os países membros nas áreas fiscal e monetária, de comércio exterior, agricultura, indústria e serviços; ao lado da harmonização de legislações nacionais nas matérias que se fizerem necessárias. Portanto, a preparação de normas comuns para a defesa da concorrência está diretamente associada à agenda de implantação do Mercosul (cf. Tavares e Tineo, 1998; Peña, 2001). Mas, por outro lado, os signatários do protocolo de Fortaleza não revelaram qualquer preocupação quanto ao estado das instituições antitruste na região. No momento da assinatura do protocolo, o Brasil era o único país do Mercosul que possuía os instrumentos mínimos indispensáveis à implementação dos compromissos ali firmados. Paraguai e Uruguai até hoje não têm instituições antitruste,⁹ e a lei argentina só passou a tratar de fusões e aquisições depois de 1999. Entretanto, os procedimentos descritos no protocolo presumem a existência de agências antitruste em todos os Estados Membros, ainda que, de fato, aqueles procedimentos sejam conflitantes com a natureza das funções cumpridas por tais agências.

Esta dicotomia entre o escopo normativo do protocolo e o estado das instituições nacionais implicou uma série de inconsistências que estão retardando a execução das metas definidas em Fortaleza. A limitação fundamental reside no processo decisório estabelecido para tratar os casos de dimensão regional, onde as autoridades nacionais antitruste ficaram reduzidas à condição de conselheiras da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) (vide capítulo V do protocolo). Ao transferir o poder decisório à CCM, o protocolo trata os conflitos oriundos do processo de concorrência como se fossem disputas mercantilistas. Não por acaso, o artigo 2 estabelece que o âmbito de aplicação das normas abrange apenas eventos que tenham impacto sobre o comércio entre as partes. Desta maneira, permanecem impunes várias práticas comuns no setor de serviços, por exemplo, onde o poder monopolista de uma empresa estabelecida num país pode ser suficiente para impor restrições à qualidade dos serviços oferecidos no país vizinho, ou influir na estrutura de preços domésticos, sem provocar consequências evidentes nos fluxos de comércio. Além disso, o protocolo impede que as autoridades antitruste cumpram uma função estratégica no processo de integração, que é a de cooperar com as contrapartes dos países vizinhos na promoção da eficiência produtiva e do interesse do consumidor em âmbito regional. De fato, são usuais conflitos transfronteiriços em que, de um lado, as autoridades antitruste da região encontram-se unidas no combate a uma determinada prática; e, de outro, órgãos de governo, empresas ou associações privadas dos respectivos países estão aliados na defesa dos privilégios advindos daquela prática. O protocolo não contempla este tipo de conflito.

Uma das expectativas geradas pelo protocolo foi a de que ele iria permitir a abolição de medidas antidumping entre os membros do Mercosul. O principal usuário deste instrumento tem sido a Argentina que, entre março de 1991 e junho de 2000, abriu 41 investigações envolvendo os seus parceiros na região, das quais 38 afetaram o Brasil. Neste período, o Brasil iniciou dois processos contra a Argentina e dois contra o Paraguai

que, tal como o Uruguai, não usou este tipo de medida até o momento (vide Tavares e outros, 2001). No vocabulário antitruste, dumping é sinônimo de preço predatório, um tipo de conduta que costuma ser mais frequente nos livros de microeconomia do que no cotidiano da política de concorrência. Por outro lado, é sabido que a principal função das medidas antidumping é a de conceder proteção temporária às indústrias que não estão preparadas para enfrentar a concorrência de produtos importados. Assim, para abolir tais instrumentos, o obstáculo relevante a ser enfrentado pelos governos dos países do Mercosul é o de corrigir os desníveis de eficiência produtiva no interior da região. A contribuição potencial das autoridades antitruste nesta tarefa é apenas indireta, ao estimular a coerência das políticas domésticas que afetam as condições de concorrência e ao tratar o interesse nacional de forma abrangente.

Em artigo recente, Felix Peña (2001) apresentou uma ampla lista de providências voltadas à implantação do protocolo e à correção de suas falhas. Uma parte da lista relembra os compromissos que os governos já deveriam ter cumprido desde dezembro de 1998, como a edição de normas regionais para controlar fusões e aquisições (art. 7) e as disciplinas sobre ajudas estatais (art. 32); e outros que pelo menos já deveriam estar em andamento, como o programa de cooperação entre as agências antitruste do Mercosul (art. 30). A lista também contém sugestões para melhorar a qualidade do processo decisório definido no capítulo V, como a nomeação de painéis de peritos independentes para julgar os casos de dimensão regional, e de instâncias de apelação. Além disso, Peña aponta a necessidade de programas de cooperação técnica internacional, sobretudo para apoiar o processo de formulação de leis e de criação de agências antitruste no Paraguai e Uruguai. Por fim, ele destaca a importância da cooperação bilateral entre Argentina e Brasil.

A proposta esquematizada adiante na seção 6 aborda apenas o último ponto da lista acima e, por motivos práticos e estratégicos, posterga os demais. A razão prática é que a cooperação entre Argentina e Brasil independe, de fato, do Protocolo de Fortaleza, já que os poderes extraterritoriais de ambas leis nacionais fornecem amparo jurídico suficiente para qualquer tipo de ação conjunta em matéria antitruste, conforme vimos anteriormente. A razão estratégica é que, uma vez iniciada a cooperação, novas dimensões do processo de integração no Mercosul começarão a atrair a atenção da imprensa, dos governantes e da opinião pública. Ao lado do noticiário usual sobre saldos comerciais, política cambial e conflitos setoriais, gradualmente novos temas ganharão relevância, onde os aspectos proeminentes estarão relacionados com poder econômico, eficiência produtiva, oportunidades de investimento, emprego e bem estar do consumidor. Esta mudança no foco do debate público poderá criar as condições políticas para a realização de objetivos meritórios do protocolo, como a abolição das medidas antidumping e a racionalização dos incentivos fiscais, além gerar evidências na direção de um marco alternativo para regular as condições de concorrência na região. A próxima seção discute os fundamentos deste marco alternativo.

5. Os acordos de cortesia positiva

Na década de noventa, diante do número crescente de casos de mega-fusões entre empresas transnacionais

e de condutas anticompetitivas com dimensão internacional, ao lado da ausência de instrumentos multilaterais para lidar com esses problemas, os governos dos países industrializados foram levados a introduzir uma inovação em suas relações bilaterais, através da assinatura de acordos de cooperação antitruste baseados no princípio de “cortesia positiva”. Tais acordos costumam ter o seguinte conteúdo: [a] Mútua notificação das investigações iniciadas em cada país, desde que afetem os interesses do outro signatário, tanto na área de fusões e aquisições quanto na de práticas anticompetitivas. As notificações devem ser suficientemente detalhadas, a fim de permitir que o outro signatário possa avaliar a relevância dos impactos (efetivos ou potenciais) de cada caso sobre a sua economia doméstica, e devem incluir a natureza das atividades sob investigação e penalidades previstas. Sempre que possível, as notificações incluem também os nomes e a localização das pessoas envolvidas. [b] Os funcionários das agências de cada país podem visitar o outro país durante o curso das investigações. [c] Cada país pode solicitar que o outro inicie uma investigação sobre condutas anticompetitivas ali vigentes, ainda que os danos ocorram exclusivamente no primeiro país. [d] Assistência recíproca na localização de testemunhas, coleta de evidências e depoimentos no território do outro signatário. [e] Encontros regulares das autoridades para discutir a evolução das respectivas políticas domésticas e intercambiar informações sobre setores econômicos de interesse mútuo.

Cortesia positiva é um neologismo que foi incorporado ao vocabulário antitruste para descrever situações em que dois países decidem aplicar de forma recíproca as normas de extraterritorialidade contidas em suas respectivas legislações. Assim, os acordos de cooperação acima descritos não implicam qualquer alteração nas leis nacionais e, de fato, todas as providências ali estabelecidas poderiam ser realizadas independentemente da assinatura de qualquer protocolo, já que o instrumento que confere poder jurídico àquelas ações não é o acordo de cortesia positiva, mas a lei nacional.¹⁰ Entretanto, acordos deste tipo cumprem importantes funções operacionais e políticas, como a de facilitar as investigações sobre eventos ocorridos no exterior, fortalecer a confiança mútua entre as autoridades antitruste e alertar o setor privado sobre a efetividade das novas disciplinas.

O acordo assinado pelos Estados Unidos e a União Européia em 1991 tornou-se rapidamente o exemplo mais notável de cortesia positiva da atualidade. Como mostra a tabela 1, desde 1992 este acordo vem originando um fluxo de notificações sempre superior a 100 casos por ano, tendo acumulado o total de 1.162 ao final da década, dos quais 689 foram referentes a condutas anticompetitivas e 473 a fusões e aquisições. Um dos relatórios recentes da Comissão Européia descreve alguns aspectos da rotina operacional dessa cooperação: *“In all cases of mutual interest it has become the norm to establish contacts at the outset in order to exchange views and, when appropriate, to coordinate enforcement activities. The two sides, where appropriate, seek to coordinate their respective approaches on the definition of relevant markets, on possible remedies in order to ensure that they do not conflict, as well as on points of foreign law relevant to the interpretation of an agreement or to the effectiveness of a remedy. Cooperation under this heading has involved the synchronization of investigations and searches. This is designed to make fact-finding action more*

effective and helps prevent companies suspected of cartel activity from destroying evidence located in the territory of the agency investigating the same conduct after its counterpart on the other side of the Atlantic has acted." (Comissão Europeia, 1998, p. 339)

Tabela 1

Acordo de Cooperação Estados Unidos—União Européia: Casos Notificados, 1991-1999

Ano	Práticas Anti-Competitivas		Fusões		Total
	UE	USA	UE	USA	
1991	5	12	3	9	29
1992	26	40	11	31	108
1993	44	40	20	20	124
1994	29	35	18	20	102
1995	42	35	31	18	126
1996	48	38	35	27	148
1997	42	36	30	20	128
1998	52	46	43	39	180
1999	70	49	59	39	217
Total	358	331	250	223	1.162

Fonte: Comissão Europeia, Relatórios sobre Política de Concorrência (1998, 1999).

Uma limitação óbvia dos acordos de cooperação bilateral é a sua reduzida eficácia para coibir práticas originadas em terceiros países, e este problema continuará existindo enquanto não houver um marco multilateral para regular o processo de competição internacional. Outra dificuldade diz respeito à troca de dados confidenciais nos casos de cartéis, sobretudo quando as informações foram obtidas através de acordos de leniência.¹¹ Além disso, determinados casos de fusões e aquisições podem gerar consequências assimétricas, quando os ganhos de eficiência se concentram nas empresas de um país e as distorções advindas da concentração econômica se concentram no outro. Por exemplo, em 1997, a Comissão Europeia exigiu uma série de condições para aprovar a fusão Boeing/McDonnell Douglas, enquanto que a intenção original das autoridades americanas era a de aprovar sem restrições aquela operação. Entretanto, após dez anos de experiência e mais de 1200 eventos, só houve um caso em que as duas partes não conseguiram superar as divergências, quando em 3 de julho de 2001 a Comissão decidiu proibir a compra da Honeywell pela General Electric, que os americanos gostariam de ter aprovado.

Assim, cortesia positiva não é uma panacéia, mas uma solução transitória para remediar parcialmente um problema de âmbito multilateral. Sua principal virtude é a de evitar que interesses nacionais conflitantes sejam abordados sob a perspectiva estreita das negociações mercantilistas setoriais. Ao invés proteger apenas os interesses dos exportadores e das empresas que competem com importações, os governos são levados a considerar outras dimensões do interesse nacional, como a eficiência agregada da indústria doméstica e o bem estar do consumidor. A experiência transatlântica, e outras como as da Austrália/Nova Zelândia e Canadá/Estados Unidos vem fornecendo ilustrações eloquentes dos benefícios que esta mudança de enfoque promove.

6. Conclusão

Em outros trabalhos sobre política de concorrência no Mercosul, como os de Tavares e Tineo (1998), Flores (2001) e Peña (2001), o tema central é o Protocolo de Fortaleza, que é analisado sob a ótica dos compromissos estabelecidos pelo Tratado de Assunção, particularmente aqueles relativos ao controle de subsídios e à eliminação de medidas antidumping na região. O presente artigo procurou mostrar, entretanto, que o ponto de partida relevante para tratar as questões da concorrência no Mercosul não é aquele protocolo, mas as leis antitruste da Argentina e do Brasil, que fornecem o amparo jurídico adequado para a cooperação regional nesta matéria. Além disso, conforme indicou a seção 3, tal cooperação continuará sendo necessária independentemente da evolução institucional do Mercosul nos próximos anos, e proverá evidências que eventualmente ajudarão a superar a principal limitação do protocolo, que é o seu viés mercantilista, como vimos na seção 4.

Assim, em contraste com a ampla lista de providências indicadas por Felix Peña, a discussão anterior sugere ignorar temporariamente o Protocolo de Fortaleza, e aguardar o momento oportuno para reescrevê-lo. Neste ínterim, a seguinte agenda mínima poderia ser implementada pelas autoridades antitruste argentinas e brasileiras:

- Anunciar que, em virtude dos efeitos extraterritoriais das leis de ambos países, as condutas anticompetitivas e os atos de concentração com impacto regional passariam a ser investigados conjuntamente pelas autoridades. Os procedimentos da cooperação bilateral seriam de conhecimento público e compreenderiam as rotinas usuais nos acordos de cortesia positiva, conforme comentado na seção 5.
- Tal como faz regularmente a Comissão Européia, as autoridades divulgariam não só os casos resolvidos, destacando os critérios que orientaram as decisões, como também os eventuais conflitos de interesses nacionais e seus respectivos fundamentos.
- Similar publicidade seria conferida aos impactos que os casos examinados estariam provocando nos mercados domésticos do Paraguai e Uruguai, com o objetivo explícito de provocar o debate público sobre questões da concorrência, e eventualmente estimular o progresso do direito antitruste naqueles países.
- Com base na experiência acumulada após haver resolvido um número razoável de casos importantes, as autoridades antitruste apresentariam aos seus respectivos governos uma redação alternativa para o

Protocolo de Fortaleza, que finalmente conteria as normas adequadas para regular a concorrência no Mercosul.

Por fim, cabe registrar algumas consequências adicionais do argumento desenvolvido neste artigo. A primeira é a de que embora a agenda acima seja independente dos rumos do Mercosul, a recíproca não é verdadeira, posto que as transformações recentes da economia mundial conferiram um papel central à política de concorrência em todos os processos contemporâneos de integração regional, como bem ilustram exemplos tão distintos como a União Européia e Austrália-Nova Zelândia. De fato, as evidências apresentadas nas seções anteriores mostram que, no caso do Mercosul, o dilema relevante não reside na opção *área de livre comércio versus união aduaneira*, mas na escolha dos instrumentos que permitam unificar as condições regionais de concorrência sem criar instituições supranacionais. A agenda acima significa um passo inicial na direção de tais instrumentos, que poderá criar as condições adequadas para outras medidas mais abrangentes, como aquelas sugeridas por Peña, visando harmonizar a política de concorrência com outras políticas discutidas neste volume.¹²

Outra consequência relevante diz respeito à Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), cuja agenda também inclui política de concorrência, não obstante o fato de que vários de seus membros não tenham leis sobre essa matéria. Como mostrei em outro trabalho (Tavares, 2001), devido às disparidades existentes entre as 34 economias que participam deste empreendimento, os mecanismos de cooperação antitruste em âmbito hemisférico só serão efetivos a longo prazo, e seu formato será influenciado pelos eventos em curso nas sub-regiões. Portanto, ao contrário de outros aspectos do processo de integração, a política de concorrência constitui uma área na qual o Mercosul pode, sem dúvida, avançar mais rapidamente do que a ALCA.

Referências

Assis de Almeida, José Gabriel (2001), "A Aplicação 'Extra-Territorial' do Direito da Concorrência Brasileiro", **Arché**, vol. 10, no. 29, Rio de Janeiro.

Bonelli, Regis (2001), "Fusões e Aquisições no Mercosul", in Renato Baumann (ed.), **Mercosul: Avanços e Desafios da Integração**, IPEA/CEPAL, Brasília.

Borges da Fonseca, José Júlio (1997), **Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais**, Editora Atlas, São Paulo.

Cabanellas, Guillermo (1983), **Derecho Antimonopolico y de Defensa de la Competencia**, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

Comissão Europeia (1998), **28th Report on Competition Policy**, Bruxelas.

Corrêa, Paulo, e Guanais, Frederico (2001), "Building a Leniency and Immunity Policy: The Recent Brazilian Experience", **Arché**, vol. 10, no. 29, Rio de Janeiro.

Chudnovsky, Daniel (ed.) (2001), **El Boom de Inversión Extranjera Directa en el Mercosur**, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.

Farina, Elizabeth (1990), "Política Antitruste: A Experiência Antitruste", Texto para Discussão, USP, São Paulo.

Flôres Jr., Renato G. (2001), "Concorrência no Mercosul: Para Além do Protocolo de Fortaleza", **Arché**, vol. 10, no. 29, Rio de Janeiro.

Hungria, Nelson (1939), **Dos Crimes Contra a Economia Popular**, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro.

Kosacoff, Bernardo, e Porta, Fernando (1997), "La Inversión Extranjera Directa en la Industria Manufacturera Argentina: Tendencias y Estrategias", **Estudios de la Economía Real**, No. 3, Buenos Aires

Lloyd, Peter J., e Vautier, Kerrin M. (1999), **Promoting Competition in Global Markets**, Edward Elgar, Londres.

Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD (2001), **Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels**, Paris.

Peña, Félix (2001), "Una Política de Competencia Económica en el Mercosur", **Boletim Latino Americano de Concorrência**, No. 12, Bruxelas.

Salgado, Lucia Helena (1997), **A Economia Política da Ação Antitruste**, Editora Singular, São Paulo.

Shieber, Benjamin (1966), **Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

Tavares de Araujo Jr., José (2001), "Competition Policy", in José Manuel Salazar-Xirinachs e Maryse Robert (eds.), **Toward Free Trade in the Americas**, Brookings Institution Press, Washington, D.C.

Tavares de Araujo Jr., José, e Tineo, Luis (1998), "Harmonization of Competition Policies Among Mercosur Countries", **The Antitrust Bulletin**, Vol. XLIII, no. 1.

Tavares de Araujo Jr., José; Macario, Carla, e Steinfatt, Karsten (2001), "Antidumping in the Americas", **OAS Trade Section Studies**, Washington DC, (disponível em <http://www.sice.oas.org/tunit/pubinfoe.asp>).

United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD (2001), **World Investment Report**, Genebra.

Vaz, Isabel (1993), **Direito Econômico da Concorrência**, Forense, Rio de Janeiro.

[1] Consegui coletar rapidamente grande parte do material aqui utilizado devido à colaboração de vários amigos na Argentina e no Brasil. Sou grato especialmente a Aloísio Barboza de Araujo, Carlos Vinograd, Juan Pablo Rud, Mauricio Butera, Paulo Guilherme Correa, Lucia Helena Salgado, Ricardo Rozemberg e Uziel Nogueira. Agradeço também aos comentários e sugestões de Daniel Chudnovsky, Nelson Noya e Rubens Ricupero.

[2] As leis antitruste vigentes no hemisfério estão disponíveis em www.sice.oas.org. Para uma discussão sobre os efeitos extraterritoriais do direito da concorrência, vide Borges da Fonseca (1997), e Assis de Almeida (2001).

[3] Vide Cabanellas, 1983, pp. 58-74. A característica mais notável da lei 11.210 foi a de tentar enfrentar um problema que até hoje preocupa as autoridades antitruste no mundo inteiro: os cartéis do setor de transportes. O artigo primeiro dizia o seguinte: "Declárase delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él, en una o más ramas de la producción, del tráfico terrestre, fluvial o marítimo, o del comercio interior o exterior, en una localidad o en varias, o en todo el territorio nacional." (Cf. Cabanellas, 1983, p. 59).

[4] O decreto foi redigido pelo jurista Nelson Hungria, que utilizou explicitamente o Código Penal argentino vigente à época, além de outras fontes, como a jurisprudência norte-americana e o Direito Penal alemão (cf. Hungria, 1939; Vaz, 1993).

[5] Agamenon Magalhães (1893-1952) foi um político influente ao longo de várias décadas. Participou da Revolução de 1930, foi autor do primeiro projeto de previdência social no Brasil, e durante o período Vargas (1930-1945) foi Ministro do Trabalho, interventor federal em Pernambuco e Ministro da Justiça.

[6] "Em sua primeira fase, de 1963 até 1990, o CADE cuidou de 337 procedimentos ingressados, dos quais foram instaurados 117 processos e apenas 16 foram condenados. Destes, todos tiveram a condenação suspensa pelo Poder Judiciário, após recursos das partes inconformadas. Ademais, nenhum dos processos com base na lei antitruste vigente teve repercussão significativa, no sentido de ter chegado a condenar empresa de grande porte no país." (Salgado, 1997, p. 176) O papel marginal do CADE nesse período também é apontado por Farina (1990).

[7] Alguns exemplos recentes deste tipo: a permuta de ativos entre a Petrobrás e a YPF Repsol; a compra de empresas brasileiras no ramo de alimentos por parte do grupo Socma, um conglomerado industrial argentino; os investimentos do grupo Bestfoods em empresas brasileiras (Arisco) e argentinas (Refinerías de Maíz S.A.); a permuta de ativos entre empresas argentinas e brasileiras no setor de polipropileno (Vitopel e Arcor); os acordos firmados pela Cia. Petroquímica do Sul (Copesul) para fornecer eteno e propeno aos seus clientes no Mercosul; etc.

[8] Devido aos custos de distribuição e transporte, o poder de competição dos produtos importados é muito limitado no mercado de cervejas, mesmo em economias pequenas como Uruguai e Paraguai. Entretanto, ainda que a proteção aduaneira seja em grande medida supérflua, qualquer alíquota diferente de zero serve apenas para reforçar o poder da AMBEV diante dos demais concorrentes locais. Este aspecto, que não

foi considerado pelo CADE ao aprovar a fusão, poderia ter sido objeto de um debate regional, caso a CNDC tivesse participado da análise.

[9] No Uruguai, algumas normas gerais sobre defesa da concorrência foram introduzidas recentemente através das leis 17.243 (capítulo IV), de 29.06.2000, e 17.296 (artigos 157 e 158), de 21.02.2001. Em 15 de março de 2001, um decreto presidencial deu início à regulamentação desses instrumentos, estabelecendo que a Dirección General de Comércio (DGC), será a autoridade responsável nesta matéria. A DGC é subordinada ao Ministro de Economia e Finanças.

[10] A rigor, um acordo de cortesia positiva só adquire funções efetivas de um tratado internacional quando a lei nacional de algum dos signatários não tiver alcance extraterritorial. Por exemplo, em abril de 2001, Canadá e Costa Rica assinaram um tratado de livre comércio que contém um capítulo regulando a cooperação bilateral sobre política de concorrência. Do ponto de vista da Costa Rica, o tratado amplia o alcance de sua lei 7472, de dezembro de 1994, que agora passou a ter efeitos extraterritoriais, mas restritos apenas a eventos ocorridos no Canadá.

[11] As leis de diversos países contém cláusulas de leniência que concedem imunidades aos membros de um cartel que decidam cooperar com as autoridades. Entretanto, até o momento, a Comissão Européia e o governo americano não conseguiram encontrar uma solução que permitisse unificar a aplicação daquelas cláusulas no âmbito da cooperação bilateral. Para uma discussão sobre a eficácia dos programas de leniência e suas consequências internacionais, vide OECD (2001) e Corrêa e Guanais (2001).

[12] Ver especialmente as análises de Laplane sobre a promoção de competitividade internacional, e de Chudnovsky-López sobre atração de investimentos.