

MAYRA PRUDÊNCIO SERRATINE

***O CONTROLE DAS PRÁTICAS
ANTICONCORRENCIAIS NO MERCOSUL:***

Uma análise dos meios atualmente utilizados e de sua possível transformação.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como um dos pré-requisitos para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Florianópolis, junho de 1997.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
Capítulo 1	
FUNDAMENTOS PARA A INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES DE MERCADO.....	03
1.1 Introdução.....	03
1.2 Paradigma Liberal Clássico de Mercado.....	03
1.3 Crise do Modelo Liberal.....	05
1.4 Tendência Concentracionista e o Surgimento do Poder Econômico Privado.....	06
1.5 Mecanismos Estatais Regulatórios do Poder Econômico Privado.....	08
1.6 O Mercado como Bem Jurídicamente Protegido.....	09
1.7 A Legislação Antitruste.....	10
1.8 O Fenômeno da Concorrência.....	12
1.9 A Concorrência Perfeita.....	14
1.10 A Concorrência Possível.....	15
1.11 Conceitos Relacionados à Aplicação das Leis Antitruste.....	17
Capítulo 2	
DIREITO COMPARADO: ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES ANTITRUSTE DOS ESTADOS-MEMBROS DO MERCOSUL.....	23
2.1 Introdução.....	23
2.2 Legislação Brasileira.....	23
2.2.1 Antecedentes e Evolução.....	23
2.2.2 Objetivos da Lei.....	27
2.2.3 Âmbito de Aplicação.....	28
2.2.4 Infrações Contra a Ordem Econômica.....	29
2.2.5 Penas Cominadas.....	36
2.2.6 Prescrição.....	38
2.2.7 Autoridades Administrativas de Aplicação da Lei.....	38
2.2.7.1 CADE.....	38
2.2.7.2 SDE.....	40
2.2.8 Procedimento Administrativo.....	41

2.2.8.1	Averiguações Preliminares.....	41
2.2.8.2	Instauração e Instrução do Processo Administrativo.....	42
2.2.8.3	Julgamento do Processo Administrativo.....	42
2.2.8.4	Imposição de Medida Preventiva e de Ordem de Cessaçã.....	43
2.2.8.5	Compromisso de Cessaçã.....	43
2.2.9	Execução Judicial das Decisões do CADE.....	44
2.2.10	Prevenção das Infrações Contra a Ordem Econômica.....	46
2.3	Legislação Argentina.....	48
2.3.1	Antecedentes e Evolução.....	48
2.3.2	Objetivos da Lei.....	50
2.3.3	Âmbito de Aplicação.....	51
2.3.4	Infrações Contra a Concorrência.....	52
2.3.5	Penas Cominadas.....	57
2.3.6	Autoridades Administrativas de Aplicação da Lei.....	58
2.3.7	Procedimento Administrativo.....	59
2.3.7.1	Instauração e Instrução.....	59
2.3.7.2	Compromisso de Cessaçã.....	60
2.3.7.3	Medidas Preventivas.....	60
2.3.8	Procedimento Judicial.....	62
2.4	Principais Assimetrias.....	63
Capítulo 3		
A SITUAÇÃO DO MERCOSUL.....		65
3.1	Introdução.....	65
3.2	Regulamentação, Objetivos e Meios de Implementação.....	67
3.3	Estrutura Institucional do Mercosul.....	68
3.3.1	Órgãos do Mercosul.....	69
3.3.1.1	Conselho do Mercado Comum (CMC).....	69
3.3.1.2	Grupo Mercado Comum (GMC).....	69
3.3.1.3	Comissão de Comércio (CCM).....	70
3.3.1.4	Comissão Parlamentar Conjunta.....	70
3.3.1.5	Fórum Consultivo Econômico e Social.....	70
3.3.1.6	Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).....	70
3.3.1.7	Subgrupos de Trabalho.....	71
3.3.2	Natureza Jurídica e Aplicabilidade das Decisões dos Órgãos do Mercosul.....	71
3.4	A Defesa da Concorrência no Mercosul.....	74
3.4.1	Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul.....	77
3.4.1.1	Objetivos e Âmbito de Aplicação.....	77
3.4.1.2	Das Condutas e Práticas Restritivas da Concorrência.....	79
3.4.1.3	Dos Órgãos de Aplicação.....	82
3.4.1.4	Das Sanções.....	82
3.4.1.5	Do Procedimento de Aplicação.....	83

3.4.1.6 Do Compromisso de Cessação.....	84
3.4.1.7 Do Controle dos Atos e Contratos.....	85
3.4.1.8 Da Cooperação.....	85
3.4.1.9 Da Solução de Controvérsias.....	85
3.4.1.10 Da Ratificação do Protocolo.....	86
3.5 Quadro Comparativo das Assimetrias entre as Leis Nacionais e o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul.....	87
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	91
ANEXOS	

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo precípua abordar a regulamentação das práticas anticoncorrenciais dentro de uma nova realidade: o Mercosul.

A escolha do tema justifica-se face a sua contemporaneidade e pela pouca produção jurídica existente acerca do assunto. É fato que a importância do Mercosul não é mais, nos dias de hoje, alvo de dúvidas. O volume de negócios, como contratos de cooperação entre empresas, importações e exportações, investimentos, cooperação tecnológica, entre outros, apesar de certos transtornos e dificuldades, é elevado e movimentam valores consideráveis. A literatura econômica, política e de divulgação já avulta, enquanto na área jurídica, em especial sobre a regulamentação econômica do Mercosul, pouco se disse ou produziu.

Neste contexto, há que destacar como primordial o aspecto concernente à compatibilidade jurídica das normas regulamentadoras do direito antitruste no âmbito dos Estados-membros e a possibilidade da existência de uma norma comum no âmbito do Mercosul.

A harmonização das leis dos Estados-membros é medida que se impõe para que o Mercosul consiga realizar o objetivo de construir um mercado comum, com vistas ao intercâmbio de mercadorias e operações financeiras comuns.

À falta desta providência, não se chegará sequer a uma real zona de livre comércio, considerando-se esta como o estágio inicial e indispensável à concretização de um processo de integração com vistas à formação de um mercado comum.

O Mercosul é ainda um projeto de integração em andamento e, portanto, necessita constantemente de ser debatido. A defesa da livre concorrência é aspecto sobremaneira importante, posto que só assim poder-se-á avançar no processo de integração econômica almejado.

Conseqüência de ser um processo ainda em desenvolvimento e considerando que não se encontra ainda em estágio muito avançado - União Aduaneira Imperfeita - o Mercosul não

tem condições de propiciar segurança aos Estados-Partes nem às empresas que desejem negociar no âmbito do mercado comum.

Daí a urgente necessidade de definir conceitos e criar organismos para o controle dessas práticas.

Deste modo, cumpre analisar a defesa contra práticas anticoncorrenciais como tema autônomo e específico, relacionando-o com o momento atual do Mercosul e com as legislações dos Estados-Partes, verificando a efetividade da aplicação de suas normas no aspecto econômico do Mercado Comum.

A partir destas considerações, torna-se evidente a necessidade de, num primeiro momento, fornecer subsídios conceituais para que se possa compreender o fenômeno da concorrência, objeto da regulação das normas antitruste.

Muito embora mereça destaque, a discussão acerca da natureza jurídica das normas antitruste não será abordada por este trabalho, face à grande controvérsia que suscita na doutrina (pode-se escrever uma monografia apenas sobre a matéria) e, principalmente, por não se mostrar relevante para a abordagem que se pretende fazer sobre o objeto deste estudo.

Num segundo momento, o trabalho procura expor os principais elementos da regulamentação legislativa dos Estados-membros acerca da defesa da concorrência.

Tendo em vista o objetivo maior de observar o comportamento do Mercosul frente à concorrência empresarial, buscou-se apontar as principais assimetrias existentes entre as legislações nacionais dos Estados-membros, com o intuito de verificar a compatibilidade jurídica entre estas e os meios utilizados pelo mercado comum.

Deste modo, torna-se visível a necessidade, num terceiro momento, de definir o quadro institucional do Mercosul, bem como de prestar esclarecimentos acerca deste. Buscou-se apresentar a real situação do bloco, dispensando especial atenção à estrutura dos órgãos que o compõe e à natureza jurídica e aplicabilidade de suas decisões.

Esta terceira parte também incluirá a análise dos meios utilizados, no âmbito do Mercosul, para a proteção e o controle contra práticas anticoncorrenciais, apreciando a situação atual: acordos, protocolos e decisões já proferidas, bem como as perspectivas de uma legislação unificada, com vistas a verificar a sua real eficácia econômica e jurídica.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS PARA A INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES DE MERCADO

1.1 Introdução

A relevância do estudo das leis antitruste justifica-se, principalmente, pela proteção conferida ao consumidor. Embora o objeto juridicamente tutelado pelas leis que regem a matéria seja o mercado, é o consumidor quem, mediadamente se beneficia com o funcionamento regular do mercado.

Quando o mercado funciona de maneira correta, o consumidor tem a sua disposição uma variedade de bens e serviços oferecidos por uma variedade de produtores (empresas), o que faz com que os produtos tenham maior qualidade e preço reduzido, posto que as empresas precisam competir entre si para se manterem no mercado.

Esta, em princípio, é a crença dos que defendem uma economia de mercado baseada nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Esta primeira abordagem pretende oferecer uma visão preliminar acerca do fenômeno do poder econômico, dos agentes que o detém e da intervenção do Estado para a sua regulação, para que se torne possível a compreensão das relações que ocorrem entre os agentes econômicos no ambiente do mercado.

1.2 Paradigma Liberal Clássico de Mercado

A ideologia liberal, que teve seu apogeu na obra de Adam Smith, pregava a auto-regulação do mercado através da "mão invisível".

No modelo liberal de mercado, o Estado não intervinha no domínio econômico, atuava apenas como fiscalizador do cumprimento dos contratos firmados entre os agentes econômicos. Ou seja, a intervenção estatal limitava-se à apuração de possíveis ilicitudes contratuais, garantindo a solução de controvérsias entre os agentes econômicos.

Acreditava-se desnecessária a existência de um agente econômico que se ocupasse em gerenciar o bom funcionamento do sistema de preços, seguindo-se fielmente a idéia de auto-regulação do mercado.

Smith acreditava na concepção de ordem natural que caracterizou o pensamento filosófico de todo o séc. XVIII. "A ordem natural pressupõe a ação de um conjunto de leis

naturais e forças equilibradoras que mantêm todos os elementos do sistema coesos de um modo ordenado e auto-regulado".¹

Deste modo, o funcionamento do mercado também seria regulado por leis naturais de tal forma que constituiria um sistema semelhante ao das leis da Física ou a qualquer outro sistema de leis naturais.

Smith acreditava ainda que a busca do auto-interesse é a principal motivação humana e que, se cada indivíduo procura realizar seus próprios interesses automaticamente estaria realizando os interesses da sociedade.

Assim, num ambiente de liberdade, a "mão invisível" do mercado conduziria espontaneamente cada indivíduo para as atividades mais vantajosas para si próprio e para a sociedade, dispensando a interferência de outras pessoas e até mesmo do Estado.

É este o modelo liberal de Estado mínimo, que acreditava nos mecanismos auto-regulatórios do mercado. Caberia ao Estado apenas garantir um ambiente de liberdade onde cada indivíduo, livre de coações ou restrições, pudesse desenvolver-se conforme a ordem natural das coisas.

No modelo liberal preconizado por Adam Smith, o Estado desempenha apenas três funções:

(...) ao soberano cabem apenas três deveres (...) primeiro o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e, terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou um pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade.²

Entretanto, a estrutura defendida por Smith, onde a concorrência regula o mercado num ambiente de liberdade sem intervenção estatal, previa apenas pequenas unidades de capital organizadas de tal forma que nenhuma delas teria condições de ocupar posição importante no mercado, em face da grande quantidade destas pequenas unidades de capital.

¹ REIS, Geraldo A. *A doutrina de Adam Smith*. Montes Claros: Unimontes (Depto. de Economia) 1996 (mimeo), p.4

² SMITH, Adam apud REIS, op. cit. p.5.

Assim, a ideologia liberal clássica estava calcada na análise de uma economia descentralizada, composta por inúmeras empresas pequenas e relativamente fracas, incapazes de causar desequilíbrio às leis naturais do mercado.

Deste modo, os agentes econômicos encontravam-se em uma situação de igualdade, onde não havia qualquer superioridade entre um integrante do mercado sobre o outro.

1.3 Crise do Modelo Liberal

Tal situação de igualdade, sustentadora da ideologia liberal clássica, viu-se abalada pela realidade econômica reinante no período compreendido entre 1860 e os primeiros anos da década de 1880 (nos EUA), onde os empresários economicamente mais poderosos constituíram grandes impérios com os frutos da conquista econômica.

Travou-se uma verdadeira guerra entre as empresas durante este período e

Decorridos alguns anos, as empresas que haviam sobrevivido a essa guerra eram, na sua maioria, grandes empresas com uma boa dose de experiência acumulada. Para todas elas, seria desastroso manter a concorrência com o mesmo nível de agressividade. Até 1880, a concorrência facultava a obtenção de vultosos lucros. Desse momento em diante, porém, as empresas vitoriosas perceberam que o conluio e a cooperação seriam mais proveitosos.³

Inaugura-se, então, um novo tipo de capitalismo, um capitalismo de grupo ou oligopolístico.

O fenômeno da concentração de empresas gera uma profunda situação de mudança (de um capitalismo individualista para um capitalismo de grupo) e de crise, posto que grandes expressões de capital impõem-se de maneira desigual sobre os trabalhadores e consumidores.⁴

Esta situação de crise, que culminou com os dois grandes conflitos mundiais, consagra a necessidade de instrumentos estatais regulatórios, notadamente, no tocante à estabilização da economia.

³ HUNT & SHERMAN. *História do Pensamento Econômico*. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 125.

⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.4.

O liberalismo exacerbado ameaçou a própria idéia de livre mercado, preconizada pelo liberalismo clássico, através das práticas anticoncorrenciais, disparidades sociais e instabilidade econômica por ele geradas.

Na tentativa de corrigir tais distorções legitimou-se a intervenção estatal, que, com a crise dos anos trinta, tornou-se irreversível.

Segundo Welber Barral⁵, esta nova concepção do papel do Estado legitimou a intervenção em três sentidos genéricos: assistencial, empresarial e regulatório.

No primeiro sentido, o Estado procura minimizar os efeitos da desigualdade de renda, através de uma política extremamente paternalista. O *Welfare State*, ou Estado do Bem Estar, por meio de pesadas exigências fiscais, busca a redistribuição de renda através da prestação de serviços a seus cidadãos.

Num segundo papel, o Estado empresário assume o controle de determinados setores econômicos, na tentativa de criar uma infra-estrutura básica devido à impossibilidade do capital privado financiá-los, posto que exigem estruturas caras e são pouco rentáveis.

No exercício de um terceiro papel, e este é o que mais interessa ao âmbito deste trabalho, o Estado passa a desempenhar uma função regulatória.

(...) a efetivação de um Estado Regulador é o reconhecimento das imperfeições do mercado largado a própria sorte. A atuação estatal é aqui no sentido de garantir condições mínimas para o funcionamento do mercado e de evitar sua autofagia, através da tendência concentracionista do capitalismo.⁶

No exercício deste terceiro papel, busca o Estado estabelecer e fazer respeitar regras para que os agentes privados atuem na economia.

1.4 Tendência Concentracionista e o Surgimento do Poder Econômico Privado

Enquanto árbitro do mercado, definindo e zelando pelas "regras do jogo", surge um poder corporificado nas mãos do Estado, o poder econômico público, na tentativa de organizar a economia e deter os avanços e distorções do poder econômico privado.

⁵ BARRAL, Welber. *A Concorrência e a Ordem Jurídica Comunitária*. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, 1993. p.34.

⁶ Idem, *Ibidem*, p. 37.

Tal poder econômico privado é consequência da concentração de empresas, cujo objetivo é fortalecê-las, seja através da maximização dos lucros ou do ideal do mínimo risco.

As empresas privadas tendem à concentração uma vez que, por objetivar o acúmulo de riquezas, aspiram cada vez mais a ampliação em termos patrimoniais e materiais.

A tendência concentracionista do capitalismo mostra-se de forma clara ao se observar, por exemplo, o comportamento das empresas multinacionais.

Na busca por um maior lucro, as multinacionais tendem a reinvestir o lucro na própria empresa, seja através de novas tecnologias para o aumento da produção, seja através da incorporação de outras empresas. Tal prática faz com que tais empresas se tornem cada vez maiores, visando o aumento do próprio lucro, que, por sua vez, será investido na empresa novamente, em uma incessante tendência à ampliação, onde a empresa se torna cada vez maior, conseqüentemente majorando o seu lucro.

A necessidade de produção em massa determinada pelo mercado também contribui para o crescimento das empresas, posto que tal objetivo somente pode ser alcançado por grandes empresas com tecnologia e capacidade produtiva compatíveis ao ritmo evolutivo do mercado.

Buscando atingir o ideal do máximo lucro, as empresas preocupam-se em correr menos riscos e a garantia de um investimento com risco mínimo certamente se dá na inexistência da concorrência perfeita, através da concentração de empresas e do poder de mercado.

Consoante os ensinamentos de João Bosco Leopoldino da Fonseca⁷, "O poder de mercado se define como a capacidade que um grupo de vendedores ou compradores tem para influenciar a formação do preço num mercado."

Quando este poder de mercado encontrar-se nas mãos das grandes empresas e conglomerados, irá atuar como um verdadeiro poder econômico privado, impondo a sua própria ordem econômica sobre os outros integrantes do mercado.

O poder econômico privado caracteriza-se pela liberdade que confere ao seu possuidor de agir sem que precise ater-se estritamente às leis de mercado. O detentor de tal poder adquire uma posição independente no sentido de que não precisa levar em consideração o que seus concorrentes fazem, posto que estes não representam, via de regra, uma ameaça real.

⁷ FONSECA, Op. cit., p.10.

Além disso, o poder está em induzir comportamentos, de forma a retirar vantagens que coloquem seu detentor em posição de superioridade perante os demais integrantes do mercado e em posição de domínio sobre os trabalhadores e consumidores.

O detentor do poder econômico privado possui a capacidade de influenciar os demais agentes do mercado sem que estes percebam tal estratégia. Isto é, agem pensando que suas ações são autônomas, mas na verdade não possuem outra opção senão agir de acordo com as tendências ditadas pelo titular do poder econômico privado.

Ou seja, o poder está em induzir comportamentos, fazer com que certas condutas pareçam aos demais agentes do mercado como as únicas alternativas de que dispõem. Deste modo, o dominado terá uma ilusória impressão de liberdade quando, na realidade, sua atuação estará atrelada aos desígnios do dominador.

"É preciso salientar que a existência de poderes econômicos privados e de uma ordem por eles imposta se coloca em contraposição com os princípios defendidos pelo sistema jurídico liberal, infringindo a concepção ideológica e as bases econômicas por ele preconizadas. Por isso surge a necessidade de o Estado atuar, principalmente para defender aqueles princípios e preservar a sua realização."⁸

Deste modo, pode-se concluir que a atuação do Estado se dá, justamente, no sentido de proteger o mercado das influências desequilibradoras dos poderes econômicos privados, assegurando a liberdade de empreendimento a todos os integrantes do mercado, premissa básica do liberalismo econômico clássico.

1.5 Mecanismos Estatais Regulatórios do Poder Econômico Privado

No intuito de resguardar a sociedade contra o poder econômico privado, o Estado dispõe de dois mecanismos regulatórios distintos: um em defesa do consumidor e outro em defesa do mercado.

Quanto à proteção do consumidor a atividade principal do Estado se centra no poder fiscalizatório sobre condições de qualidade, metrologia e publicidade.⁹

⁸ Idem, *Ibidem*, p.11.

⁹ BARRAL, *Op. cit.*, p. 37.

No concernente à proteção ao funcionamento do mercado, a atividade estatal destina-se a coibir a concorrência desleal e as práticas anticoncorrenciais.

Por proteção contra a concorrência desleal entende-se o repúdio às ações atentatórias a privilégios legais de um produtor, é o Direito das Patentes.

Já no que se refere a repressão das práticas anticoncorrenciais, o Estado procura resguardar o mercado de práticas atentatórias que possam desequilibrar o seu funcionamento, utilizando como instrumento para a consecução de tal desiderato a legislação de proteção da concorrência.

1.6 O Mercado como Bem Juridicamente Protegido

Neste passo, cumpre realizar-se alguns esclarecimentos no que tange à conceituação e estrutura do bem juridicamente protegido pela legislação antitruste: o mercado.

João Bosco Leopoldino da Fonseca¹⁰ oferece excelente esclarecimento acerca da matéria:

O mercado é o lugar em que atuam os agentes da atividade econômica, e em que se encontram a oferta e a demanda de bens e onde, conseqüentemente, se determinam o preço e as quantidades; para que essa atuação possa realizar-se de maneira eficiente, de tal forma a permitir a todos a plena expansão de sua atividade é necessário assegurar-lhes uma adequada possibilidade de exercerem sua atividade. Para que tal aconteça, será imprescindível que todos tenham garantida a possibilidade de entrar no mercado, nele permanecer e dele sair a seu exclusivo critério. No mercado situam-se os agentes que oferecem e os que demandam os bens produzidos e de que necessitam, bem como os que entram com seu trabalho para que haja produção de bens. E, dentre todos estes agentes, como regulador da atividade econômica, encontra-se o Estado.

Desta exposição se extrai, além do conceito de mercado, a definição de quem são os agentes econômicos, bem como as garantias que devem ser asseguradas para se alcançar o adequado funcionamento do mercado.

¹⁰ FONSECA, Op. cit., p. 2-3.

Deste modo, são agentes da atividade econômica aqueles que ofertam (produtores), aqueles que demandam (consumidores), os que oferecem seu trabalho para a produção de bens (operários) e o agente que regula a atividade econômica (Estado).

Numa análise literal pode-se dizer que o mercado é "o conjunto de pessoas e/ou empresas que, oferecendo e/ou procurando bens e/ou serviços e/ou capitais, determinam o surgimento e as condições dessa relação".¹¹

O mercado seria então o ambiente em que atuam os produtores e consumidores, onde se oferta e demanda bens, onde se decide a quantidade de bens a serem produzidos, sua qualidade e seu preço, ou seja, é o ambiente onde são definidas as condições das relações entre produtores e consumidores.

Não se pode, contudo, esquecer o papel do Estado que, ao exercer função regulatória, cria e faz com que sejam cumpridas as "regras do jogo".

1.7 A Legislação Antitruste

Afirmou-se anteriormente que o bem juridicamente protegido pelas legislações antitruste é o mercado, ou melhor, o seu bom funcionamento. Entretanto, os autores divergem, não quanto ao objeto da proteção legal, mas sim quanto ao nome dado a tal proteção.

Preleciona Isabel Vaz que "convencionou-se denominar legislação antitruste o conjunto de regras e de instituições destinado a apurar e reprimir as diferentes modalidades de abuso do poder econômico. Atualmente, incluem-se naquele arsenal as regras e os institutos voltados para a defesa da livre concorrência"¹².

O que se pretende esclarecer, através de tal colocação, é que não importa o nome que se dê à matéria ora em exame - legislação antitruste, lei de repressão ao abuso do poder econômico, lei de defesa da concorrência, etc. - posto que toda a regulação existente acerca da matéria visa a um mesmo fim, qual seja, o de garantir condições mínimas para que os agentes econômicos exerçam a sua atividade, o que, em última análise, configura o bom funcionamento do mercado.

¹¹ *Dicionário Aurélio Escolar da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, verbete mercado.

¹² VAZ, Isabel. Nova legislação antitruste brasileira: aspectos regulamentares e institucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n 124, p. 52, out./dez. 1994.

É o que se depreende dos ensinamentos de Elizabeth Farina:

Política antitruste, política de defesa da concorrência e política de controle do abuso do poder econômico constituem três nomes diferentes utilizados para designar o mesmo processo: a intervenção governamental sobre os negócios privados, visando harmonizar os interesses públicos com a busca, legítima, de maximização de resultados das empresas.

As legislações antitruste têm por objetivo precípua proteger e intensificar a força competitiva das empresas em um mercado, a qual supostamente constitui o mecanismo mais eficaz para a obtenção da eficiência produtiva e alocativa, para a estimulação da inovação técnica e para a criação de novos produtos. Fundamentadas nesse princípio, as legislações antitruste visam a proteger o processo de concorrência¹³.

O desafio que se colocou a partir da segunda metade do século passado era o de fazer frente às distorções que causavam o desequilíbrio do mercado (trustes, cartéis, monopólios), sem que se subvertesse a essência do sistema capitalista, fundado nas liberdades de iniciativa e de concorrência.

A legislação antitruste surge, pois, como instrumento neste processo de readaptação, através do qual o Estado, já com uma postura mais vigilante, poderia temperar as disfunções ou excessos detectáveis no mercado, principalmente coibindo abusos ou desvios possibilitados pela detenção e/ou excessiva concentração do poder econômico.

Nenhum ordenamento jurídico aboliu ou condenou o poder econômico. O que se pretende com a regulação é coibir seu uso abusivo, ou seja, há uma "situação jurídica de tolerância".¹⁴

Na medida em que é permitido negativamente (situação jurídica de tolerância), o poder econômico goza de uma certa legitimidade a *contrario sensu*, isto é, não pode ser limitado pelo Poder Público salvo se abusivo. Ou seja, quando desta tolerância indiretamente legitimadora se abusa, constitui-se a infração contra a Ordem Econômica concorrencial, por um desvio no exercício do direito de concorrer do qual o poder econômico é base jurídica e de fato.¹⁵

¹³ FARINA, Elizabeth M.M.Q. Fundamentos da defesa econômica. *Estudos Econômicos da Construção*, São Paulo, n 1, p. 26-27, 1996.

¹⁴ A expressão é do Prof. Tércio Sampaio Ferraz in: FERRAZ, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n 21, p. 25, out./dez., 1995.

¹⁵ Idem, *Ibidem*, p. 25.

Deste modo, na tentativa de coibir o uso abusivo do Poder Econômico surgem as legislações antitruste que, consoante o entendimento de Jaime Villegas Cayon¹⁶, têm, em síntese, quatro objetivos fundamentais, a saber:

- a) a proteção das liberdades políticas e individuais, na medida em que permitem ao consumidor optar entre concorrentes, evitando, assim, a dependência à mera tolerância de um grupo monopolista;
- b) a proteção do consumidor quanto à boa qualidade dos produtos e aos preços razoáveis;
- c) contribuir para a máxima eficiência econômica, mediante decisões livremente tomadas pelos empresários, sob a égide da concorrência, e não sob imposições de monopólios, e
- d) a melhor utilização da inventiva e da iniciativa individuais, oferecendo maiores oportunidades de participação na atividade econômica.

Na busca da realização de tais objetivos, as leis antitruste orientam-se por duas grandes tendências¹⁷: as legislações proibitivas e as restritivas.

Nas legislações proibitivas, de influência norte-americana, as práticas anticoncorrenciais são de *per se* proibidas, não se admitindo qualquer ação atentatória ao livre jogo das forças do mercado, ou seja, o enfoque deste tipo de legislação é basicamente penal, onde a simples prática do ato descrito no tipo (ação anticoncorrencial) configura uma ilicitude.

Já as legislações restritivas, embora também objetivem restringir as práticas anticoncorrenciais, como o próprio nome indica, admitem sua prática desde que tais atos realizem objetivos sociais e/ou econômicos relevantes.

1.8 O Fenômeno Da Concorrência

Numa economia de mercado, onde se leva em conta o sistema de preços como principal mecanismo de alocação de recursos, é de vital importância o papel exercido pela

¹⁶ apud FRANCESCHINI, J. Inácio. A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): alguns aspectos. *Revista de Direito Processual*, v. 75. p. 292.

¹⁷ BARRAL, op. cit., p.65

concorrência, posto que, "em equilíbrio, o mercado pratica o preço que iguala demanda e oferta"¹⁸.

Considerando-se a concorrência como o mecanismo capaz de gerar o equilíbrio necessário ao bom funcionamento do mercado, mister se faz uma análise, ainda que sucinta, de tal instituto.

Concorrência significa "disputa ou rivalidade entre produtores, negociantes, industriais, etc., pela oferta de mercadorias ou serviços iguais ou semelhantes"¹⁹.

Conforme se depreende do conceito, a verificação do fenômeno da concorrência depende de alguns fatores. Consoante a opinião de Ferreira de Souza,²⁰ para que se verifique a concorrência torna-se necessária a coexistência de três "identidades":

- a) de tempo;
- b) de objeto; e
- c) de mercado.

Quanto ao tempo, deve tratar-se da mesma época, pois não se opõem economicamente produtores, comerciantes ou industriais de fases distantes entre si. Como a concorrência supõe a possibilidade da disputa pela preferência de terceiro, não se verifica o fenômeno, se as pessoas estiverem afastadas no tempo.

A identidade do objeto deve ser compreendida em sentido relativo, abrangendo não apenas os de espécie idêntica (concorrência direta), mas ainda os afins, os que os substituem, embora não inteiramente iguais, nem dotados do mesmo grau de utilidade (concorrência indireta).

A identidade do mercado vem substituindo a idéia de "identidade territorial", que com o progresso e o aperfeiçoamento dos meios de transporte e de comunicações relativizaram as distâncias, alargando o conceito do mercado, para o efeito da realização dos negócios e conseqüentemente ajustamento dos preços.

Atualmente, a noção de identidade de mercado vem sendo complementada pelo conceito de "mercado relevante" que, em linhas gerais, é o espaço em que ocorre a concorrência. A delimitação de tal espaço, entretanto, envolve uma série de elementos que, devido à sua extrema importância e grau de complexidade, serão examinados em separado no

¹⁸ FARINA, op. cit., p. 27

¹⁹ *Dicionário Aurélio Escolar da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, verbete concorrência.

¹⁹ apud VAZ, op. cit., p.55.

curso deste trabalho.

Além da verificação dos requisitos apontados, lembra Ferreira de Souza²¹, para existir concorrência entre duas empresas, elas não podem encontrar-se em relação de complementariedade ou de instrumentalidade. Nestas condições, uma empresa é condição de existência da outra, elas se complementam, se integram, colaboram reciprocamente, agem em sucessão, estão colocadas na mesma linha reta, mas em pontos diferentes.

1.9 A Concorrência Perfeita

Antes de adentrarmos no estudo das práticas anticoncorrenciais propriamente ditas, que podem ser consideradas como formas patológicas da concorrência empresarial, é necessário que se faça uma análise da concorrência perfeita ou pura²², enquanto modelo ideal, para que possamos compreender melhor o que ocorre quando da distorção deste paradigma.

A estrutura de mercado caracterizada por concorrência perfeita é uma concepção ideal, porque os mercados altamente concorrenciais existentes, na realidade, são apenas aproximações desse modelo, posto que, em condições normais, sempre parece existir algum grau de imperfeição que distorce o seu funcionamento.²³

Deixando de lado as possíveis assimetrias entre os significados das palavras concorrência e competição, pode-se considerá-las como sinônimas, para efeito da compreensão dos ensinamentos de Philip Areeda, uma vez que possuem em comum a idéia de disputa e rivalidade.

Consoante ensina Philip Areeda²⁴, a competição perfeita, ou seja, a economia de mercado sob a soberania do consumidor, somente seria verificável uma vez reunidas as seguintes condições:

²¹ Idem, *Ibidem*, p. 55.

²² Alguns autores consideram concorrência pura e concorrência perfeita como sendo fenômenos distintos. Apesar de tal consideração ser ponderável, o trabalho acompanhará a posição da maioria e considerará ambas as formas de concorrência como sinônimas, posto que tal divergência teórica não se mostra relevante ao âmbito deste estudo.

²³ SPÍNOLA, Moacyr Roberto de Pinho. O equilíbrio das estruturas básicas de mercado. in VASCOLCELLOS, Marco Antonio Sandoval de, PINHO, Diva Benevides (Orgs.). *Manual de Economia*, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 177.

²⁴ apud FRANCESCHINI, op. cit., p. 291.

- a) quando os compradores e vendedores forem tão numerosos que nenhuma ação, de qualquer deles, produziria impacto no preço de mercado, inexistindo qualquer conluio entre aqueles;
- b) quando cada consumidor demonstrar sua preferência subjetiva entre os vários bens e serviços existentes, mediante operações de comércio a preços de mercado plenamente conhecidos;
- c) quando todos os preços relevantes de mercado forem patentes a todos os produtores, os quais devem conhecer todos os entrelaces de insumos tecnicamente capazes de produzir qualquer combinação específica de produtos finais, e tomem decisões sobre a dicotomia insumos-produtos finais apenas para ativar o retorno de seu capital e
- d) quando cada produtor tiver igual acesso a todos os mercados de insumos, inexistindo barreiras artificiais à produção e venda de qualquer produto.

Conforme se observa da análise das condições acima citadas, o modelo de mercado estruturado em concorrência perfeita corresponde ao modelo de mercado preconizado pelo liberalismo clássico de Adam Smith.

Em ambos os casos (concorrência perfeita ou modelo liberal de mercado) desnecessária seria a intervenção do Estado posto que, enquanto estrutura ideal, o mercado possui mecanismos de auto-regulação.

1.10 A Concorrência Possível

Entretanto, como anteriormente se observou, tal modelo liberal praticamente não chegou a existir, tornando imperiosa a intervenção estatal na regulação do domínio econômico, notadamente no tocante ao funcionamento do mercado.

Para justificar a impossibilidade de implantar-se uma estrutura de mercado fundada na idéia de concorrência perfeita, a análise do poder econômico será retomada, considerando as prerrogativas que tal poder proporciona, aos agentes que o detém, de influenciar no funcionamento do mercado.

É da natureza do poder, de maneira genérica, um caráter expansionista, representado pela compulsão instintiva, do indivíduo que o detém, de aumentá-lo continuamente.

No que se refere ao poder econômico, tal característica não pode ser apontada como condenável, posto que sua perseguição e exercício são perfeitamente legítimas, e é desejável

que assim seja. Se não fosse, o próprio desenvolvimento econômico estaria comprometido, pela absoluta falta de atrativos ou compensações que justificassem a assunção dos riscos inerentes à atividade empreendedora.

A atividade empreendedora é marcada por iniciativas inovadoras, que vão além do que é conhecido e está estabelecido, promovendo transformações e provando inesgotáveis a criatividade e a capacidade humanas.

É justamente esta busca por novas técnicas e iniciativas que se procura privilegiar no sistema capitalista, cujas possibilidades de incremento vêm-se na dependência das liberdades de iniciativa e concorrência dos indivíduos.

O que ocorre, porém, em virtude do avanço tecnológico, é que as empresas passam a diferenciar-se umas das outras na medida em que possuem mais ou menos tecnologia.

A empresa que detém maior capacidade produtiva (produção em massa) é aquela que possui maior capacidade tecnológica, o que faz com que as empresas que não possuem a mesma capacidade sejam eliminadas do mercado.

Este mecanismo, por assim dizer, "natural" de seleção de empresas concorrentes não pode ser considerado prejudicial, não fosse a, também "natural", tendência concentracionista do capitalismo que faz com que as empresas busquem um acúmulo cada vez maior de capital e tornem-se verdadeiros monolitos econômicos, como já se asseverou anteriormente.

O que as legislações antitruste buscam é justamente impedir que as grandes empresas eliminem suas concorrentes através do uso abusivo de seu poder de mercado, considerando-se este como decorrência do poder econômico privado adquirido através do grande acúmulo de capital.

Tendo em vista as dificuldades encontradas na adoção de uma economia de mercado fundada na concorrência perfeita, passam a sociedade e os poderes públicos a aceitar suas limitações e a buscar um modelo de concorrência possível de ser implantado.

Este modelo de concorrência, atualmente implantado através das legislações antitruste, é denominado pelos autores de concorrência possível ou praticável, ou ainda, *workable competition*.²⁵

Abandonou-se a utopia da concorrência perfeita e passou-se a conviver com a necessidade de aceitação de determinadas distorções no modelo ideal, quando tais distorções significarem maior desenvolvimento econômico.

²⁵ VAZ, Op. Cit., p. 62

Aqui não se pretende deixar o mercado entregue a própria sorte, mas sim criar um modelo de concorrência possível de ser implantado e protegido pelo Direito.

As "regras do jogo" da concorrência - a qual mesmo quanto ao aspecto legal está intimamente ligada à idéia de disputa, rivalidade, competição - permitem, quando estabelecidas pelos diferentes ordenamentos jurídicos, o tratamento do fenômeno como instituto jurídico. O legislador escolhe um determinado tipo de concorrência e, a partir dele, elabora as normas de conduta segundo as quais devem comportar-se os diferentes agentes econômicos e tipifica os delitos anticoncorrenciais e as respectivas sanções.²⁶

1.11 Conceitos Relacionados à Aplicação das Leis Antitruste

Para que se tenha uma aplicação adequada e efetiva das legislações antitruste, é necessário o conhecimento prévio de alguns conceitos, fundamentais, no que se refere à caracterização de uma prática como sendo anticoncorrencial ou não.

Merecem esclarecimento, portanto, conceitos como a regra da razão, o paralelismo consciente e o mercado relevante, imprescindíveis que são para a adequação das hipóteses abstratas previstas na lei à realidade concreta do mundo dos fatos.

O primeiro conceito, da regra da razão, nasceu da construção jurisprudencial norte-americana, especificamente, a partir do julgamento do caso "Standart Oil Company of New Jersey *et alli* v. United States", cuja ementa estabelece a linha de pensamento predominante na Suprema Corte daquele país: "A lei antitruste de 2 de julho de 1890 deve ser construída sob a luz da razão; e, assim construída, proíbe todos os contratos e combinações que acarretem uma desarrazoada e indevida restrição do comércio e do intercâmbio interestadual."²⁷

Segundo este conceito, a interpretação da lei deve ser maleável, de acordo com o caso concreto, na medida em que se adapte à realidade social e na medida em que traga benefícios ao mercado e à livre concorrência, entendida esta como sendo a igualdade de oportunidades para todos os concorrentes.

Em outras palavras, "os atos descritos na lei somente serão abusos do poder econômico quando desarrazoados frente ao momento comercial em que são praticados, ou

²⁶ *Idem*, *Ibidem*, p. 62.

²⁷ *Apud* FONSECA, *op. cit.*, p. 42

seja, quando exercidos aeticamente, visando a dominação do mercado com intenções monopolísticas".²⁸

Prevalece aqui o entendimento, segundo o qual, na análise das práticas atentatórias à ordem econômica, preponderam o resultado ou os efeitos da conduta praticada em relação ao mercado sobre a prática atentatória considerada de per si.

O segundo conceito, de paralelismo consciente, está intimamente relacionado ao reconhecimento da importância que os oligopólios exercem no mercado. Em face de tal reconhecimento, tornou-se relevante a construção de novos instrumentos conceituais capazes de explicar o funcionamento de um mercado acostumado a influência de poucas e grandes empresas.²⁹

Em razão da interdependência característica dos oligopólios, cada empresa percebe a demanda por seu produto com elevado grau de incerteza, pois depende da ação das rivais. Assim, hesita em alterar seu preço com receio das reações que sua prática possa desencadear nas concorrentes. Resiste fortemente à redução do preço, mesmo quando as condições da demanda indicam que estes devam ser rebaixados, preferindo, ao invés, usar descontos, publicidade, diferenciação de produto. Teme, sobretudo, a guerra de preços que possa ser desencadeada.³⁰

O estabelecimento de um padrão de comportamento entre as empresas deriva da interdependência existente entre elas e, geralmente, é expressado mediante estratégias comuns de formação de preços.

Ora, como é sabido por todos, o aumento simultâneo e uniforme de preço entre empresas concorrentes, num mercado em condições favoráveis à livre concorrência, é considerado como prova de conluio anticoncorrencial.

O problema que se mostra num mercado oligopolizado, onde operam poucas e grandes empresas, é que muitas vezes, a coincidência de preços entre elas decorre das próprias condições do mercado, sem que haja combinação prévia, ou seja, é um comportamento uniforme sem conluio.

Um exemplo deste tipo de comportamento pode ser encontrado na liderança de preço, onde a empresa líder determina a formação do preço no mercado.

²⁸ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 17.

²⁹ BARRAL, op. cit., p. 68.

³⁰ MALARD, Neide Teresinha. O cartel. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 21, p. 43, out./dez. 1995.

Para que se configure a liderança de preço, é necessária a ocorrência de algumas condições: "a coexistência de um número reduzido de pequenas empresas com uma ou mais grandes empresas; produto geralmente homogêneo e existência de uma empresa capaz de fazer prevalecer seu preço, seja em função de menor custo, seja por dominar uma parte substancial do mercado."³¹

Deste modo, a liderança de preço reflete o poder de mercado de uma determinada empresa, seja porque a empresa ocupa posição dominante no mercado, ou porque os produtos são homogêneos, ou ainda, porque os custos da líder são menores e, conseqüentemente também seus preços, o que faz com que este prevaleça sobre os demais.

O que se pretende afirmar é que a liderança de preço demonstra um certo respeito pela parcela de mercado controlada pela empresa líder e também pela continuidade dos padrões de preços, com a intenção de permitir o prosseguimento da concorrência que vem ocorrendo no mercado.

Vale ressaltar que a liderança de preços é uma conduta característica do mercado que funciona sob o império de oligopólios, onde o comportamento da empresa líder é observado e deliberadamente seguido pelos demais concorrentes naquele setor.

Não se pode afirmar, pois, que tal comportamento seja considerado como anticoncorrencial, posto que não há combinação prévia entre as empresas concorrentes ou intimidação destas por parte da empresa líder, o que se pretende é a estabilidade no mercado através do estabelecimento espontâneo de um comportamento uniforme de preços.

Consoante o entendimento de Neide Teresinha Malard, "pode-se, pois, afirmar que a identidade de preços em um mercado oligopolizado decorre, com freqüência, de prática comercial normal e, muitas vezes, previne a concorrência predatória que conduz à eliminação de concorrentes, aumentando, ainda mais, o índice de concentração do mercado."³²

O terceiro conceito, de mercado relevante, prende-se ao âmbito espacial da concorrência entre empresas, ou seja, é o determinado setor do mercado onde serão analisadas as condutas das empresas na disputa pelo mercado.

Segundo o entendimento de Mario Luiz Possas³³,

³¹ Idem, *Ibidem.*, p. 43.

³² Idem, *Ibidem.*, p. 45.

³³ POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n 5, p. 82, maio, 1996.

O conceito de mercado relevante é crucial para a análise dos efeitos anticompetitivos potenciais de operações que impliquem concentração de mercado e/ou condutas praticadas por empresas que se supõe detentoras de poder de mercado, cujo exercício abusivo incumbe à legislação e às agências de defesa da concorrência (antitruste), como objetivos essenciais, prevenir e coibir, pois é nesse *locus* - devidamente delimitado - que se dá, efetiva ou potencialmente, tal exercício.

Para os efeitos da análise de um caso concreto, o mercado relevante é o menor mercado, no sentido econômico, que permite o exercício do poder de mercado³⁴.

Percebe-se, então, que as noções de mercado relevante e de poder de mercado relacionam-se de forma muito estreita. Assim, “um mercado só é relevante para a análise dos efeitos anticompetitivos potenciais se for um espaço econômico (definido em termos geográficos e de produto) no qual algum poder de mercado tenha a possibilidade *a priori* de ser exercido.”³⁵

O poder de mercado, a seu turno, também pressupõe uma definição de mercado tal que ele possa ser exercido³⁶, ou seja, uma delimitação do espaço econômico em que possa atuar.

A delimitação de um determinado espaço econômico em um mercado, ou seja, a noção de mercado relevante, prende-se, também, além do aspecto espacial, ao aspecto do produto, notadamente, no que diz respeito à substitutibilidade de um produto por outro.

Como bem observa Ricardo Hasson Sayeg, “a noção de mercado relevante, pois, não tem nada haver com essencialidade ou seletividade dos produtos ou serviços que o compõem, mas sim com a idéia de delimitação precisa de um determinado setor econômico.”³⁷

Cabe ressaltar ainda que, sobre a delimitação do mercado relevante incide também o aspecto temporal, posto que participam de um mesmo setor econômico apenas produtos e serviços oferecidos em um mesmo lapso temporal pelas empresas concorrentes. Ou seja, como já se afirmou anteriormente, não existe concorrência entre empresas que atuam em dois momentos distintos.

³⁴ Idem, *Ibidem*, p. 82.

³⁵ Idem, *Ibidem*, p. 82.

³⁶ Idem, *Ibidem*, p. 82.

³⁷ SAYEG, Ricardo Hasson A proteção ao consumidor contra o monopólio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v.3, n 5,p. 109, maio, 1996.

Deste modo, a definição do mercado relevante abrange a delimitação espacial, material e temporal do setor econômico onde a atividade empresarial está sendo exercida, isto é, do ambiente da concorrência.

Por delimitação espacial entende-se a área ou setor econômico, a delimitação material condiciona-se à substitutibilidade do produto e o aspecto temporal representa a unicidade do momento em que se dá a concorrência entre empresas.

A jurisprudência norte-americana fixou a regra que tem sido amplamente aceita em termos de conceituação do mercado relevante. Assim, “mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos, levando-se em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles.”³⁸

Em consonância com a tendência mundial, tanto a legislação brasileira como a jurisprudência do CADE, já acolheram o conceito de mercado relevante - considerando a já clássica bipartição do conceito de mercado por área geográfica ou por produto e/ou serviço negociado - como sendo de vital importância para a caracterização das infrações contra a Ordem Econômica.³⁹

Merecem ser ressaltados, neste momento, a voto de dois Conselheiros do CADE que versam sobre o conceito ora em debate, em face da clareza e discernimento com que o abordaram, sendo portanto, de grande importância didática.

É do voto da Conselheira Neide Teresinha Malard, no Processo Administrativo nº 31/92:

O mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão da substitutibilidade naquela área. Sua definição se faz necessária, *in casu*, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço.⁴⁰

É do voto do Conselheiro José Matias Pereira, no Ato de Concentração nº 16/94:

³⁸ SHIBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p.47.

³⁹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 21, p. 103, out./dez., 1995.

⁴⁰ Apud, FRANCESCHINI, Op. cit. p. 103.

Quando tratamos do aumento da concentração no mercado, torna-se necessário levar em consideração que o mercado relevante é representado pela soma de produtos que podem ser razoavelmente substituídos, quando utilizados nos fins para os quais são produzidos, sem deles desvincular a qualidade, a finalidade e, de maneira especial, o preço.⁴¹

Neste primeiro momento procurou-se abordar, de forma genérica, o surgimento do poder econômico privado no âmbito do mercado, bem como a atuação estatal que pretende coibir seu exercício abusivo.

Feito isto, passou-se à exposição do fenômeno da concorrência e suas variantes conceituais, que constituem o cerne da matéria em estudo, considerando-se as práticas anticoncorrenciais como formas patológicas da concorrência empresarial.

Por fim, foram examinados três conceitos de grande importância na aplicação das legislações antitruste: a regra da razão, o paralelismo consciente e o mercado relevante. Tais conceitos delimitam o âmbito de aplicação da norma, estabelecendo a linha tênue que caracteriza a licitude de uma determinada prática, ou seja, é através do uso de tais conceitos que o aplicador da norma antitruste terá a possibilidade de considerar ou não uma determinada prática como sendo anticoncorrencial.

⁴¹ Idem, *Ibidem*, p. 103.

CAPÍTULO 2

DIREITO COMPARADO: ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES ANTITRUSTE DOS ESTADOS-MEMBROS DO MERCOSUL

2.1 Introdução

O Mercado Comum do Sul - Mercosul - foi criado pelo Tratado de Assunção em 26 de março de 1991, assinado pelos seguintes países: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Tendo optado pela não criação de um Direito supranacional, os Estados-Membros depositaram, na harmonização de suas legislações, a tarefa de realizar o processo de integração que conduzirá à constituição do mercado comum.

No que se refere à proteção da livre concorrência entre os países membros do Bloco, a harmonização torna-se um processo de elevado grau de complexidade, notadamente porque apenas dois Estados-Membros possuem legislações nacionais regulando a matéria.

Deste modo, Paraguai e Uruguai, que não possuem legislação de defesa da concorrência deverão criá-la, dentro dos parâmetros que vierem a ser definidos nas negociações entre os Estados-Partes.

Já no concernente ao Brasil e à Argentina, que possuem legislações antitruste nacionais, cumpre a necessidade de analisar as possíveis assimetrias existentes e saná-las, de modo a tornar possível sua harmonização.

Para a realização de uma análise comparativa das legislações antitruste do Brasil e da Argentina, essencial à identificação das possíveis assimetrias existentes entre elas, mister se faz uma exposição genérica da regulação efetuada pelos países acerca da matéria.

2.2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.2.1 Antecedentes e Evolução

O desenvolvimento e a evolução das leis antitruste no Brasil mantém correspondência direta com o comportamento do mercado e com o comportamento do Estado em relação ao mercado.

Deste modo, segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca, destacam-se quatro momentos distintos:

Num primeiro momento, acreditava-se num funcionamento natural do mercado, atuando todos os seus participantes de forma a propiciar aos demais comportamento absolutamente livre de injunções. Ao Estado estava reservado somente o papel de garantidor desse funcionamento, não lhe sendo permitida

qualquer atuação naquele contexto. Num segundo momento, após perceber-se que o funcionamento naturalmente livre do mercado não almejava o ideal de equilíbrio, passou-se a admitir a necessidade de interferência de um elemento que patrocinasse a consecução do equilíbrio. Num terceiro estágio, aquele elemento que seria o fiel da balança passou também, e de maneira intensa, a atuar como participante do mercado. Nessa fase, acumula duas funções. Num quarto estágio, percebe-se a tendência de redução da participação, para reduzir a atuação do Estado somente ao papel do agente normativo e regulador. A história da constituição econômica brasileira revela todos estes passos e marcos¹.

Fazendo uma retrospectiva sobre as leis nacionais que regulamentaram o funcionamento do mercado, forçoso é concluir que não foi tarefa das mais amenas implantar no Brasil um sistema que garantisse a total liberdade do mercado, entendendo-se esta como a igualdade de oportunidades para todos os concorrentes.

A primeira tentativa brasileira neste sentido, segundo Shieber, deu-se com a regulamentação do art. 141 da Constituição de 1937 feita pelo Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, em que foram enumerados os crimes contra a economia popular. “Neste decreto-lei, com normas definindo e punindo crimes contra a economia popular, tem-se a primeira norma jurídica antitruste brasileira”².

Não obstante a amplitude dos dispositivos do Decreto-lei nº 869/38, eles não chegaram a ser executados. O referido diploma legal alcançou êxito no campo da regulamentação de preços e supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias, mas não teve repercussão no campo dos abusos de natureza antitruste³.

Ainda segundo Shieber, o fator principal para o fracasso na execução de tais dispositivos “encontra-se no fato de que não se cuidou de criar um órgão especializado com competência para executar os dispositivos antitruste do decreto-lei nº 869”⁴.

Até 1945, era este o cenário no qual se encontrava o Direito antitruste brasileiro. A promulgação do Decreto-Lei nº 7.666 de 28 de junho de 1945, de iniciativa do Deputado Agamenon Magalhães, talvez tenha sido a primeira tentativa concreta de elaboração de uma legislação antitruste no Brasil, posto que definiu as formas mais importantes de abuso do poder

¹ FONSECA, Op. cit., p. 20- 21.

² SHIEBER, Op. cit., p.4.

³ Idem, Ibidem, p. 6.

⁴ Idem, Ibidem, p. 6.

econômico e já previa a criação de um órgão com a destinação específica de velar pela fiel aplicação do diploma, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica - CADE.

Entretanto, em virtude das diversas reações contrárias que suscitou, tanto de ordem política quanto jurídica, o Decreto-Lei 7.666/45 acabou sendo revogado poucos meses após ter entrado em vigência⁵.

Em 1946, novamente intervém o Deputado Agamenon Magalhães, de forma decisiva, para a inserção no texto constitucional de norma que consagrasse a liberdade do mercado contra os abusos do poder econômico. No entanto, tratava-se de norma programática, necessitando de lei posterior para regular a matéria⁶.

Na tentativa de regulamentar a Constituição de 1946, o Deputado Agamenon Magalhães apresentou Projeto de lei em 15 de abril de 1948 que, sem conseguir sequer ultrapassar os debates legislativos, foi arquivado.

A próxima tentativa de se implantar uma lei antitruste se deu em dezembro de 1951, com a promulgação da Lei nº 1.521, de natureza penal. Segundo Neide Teresinha Malard,

Esse tipo de repressão, todavia, não era suficiente ao combate da atuação sutil do poder econômico, até porque o nosso país não tinha qualquer tradição de punir os poderosos. Era, pois, necessário juntar-se à repressão penal, também a administrativa, a exemplo da lei americana que, naquela ocasião, já superara todas as dificuldades de implantação e era decantada no Brasil, como modelo ideal para a repressão dos trustes e cartéis⁷.

Após o falecimento do Deputado Agamenon Magalhães seu filho, o Deputado Paulo Magalhães, reapresentou o projeto em 08 de fevereiro de 1956, o qual, após seis anos de tramitação, converteu-se na Lei nº 4.137/62 que criou o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Em 1967, a Constituição reiterou como princípio da ordem econômica a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros.

A atual Constituição brasileira (1988), entretanto, promove a livre concorrência à categoria de princípio da ordem econômica, tratando a repressão ao abuso do poder econômico como mecanismo legal para assegurar a realização do princípio.

⁵ MALARD, op. cit., p. 34.

⁶ Idem, Ibidem, p. 34.

⁷ Idem, Ibidem., p. 35.

Como assevera Isabel Vaz:

Não se trata de uma concorrência livre de qualquer condicionamento jurídico (...). Trata-se de uma concorrência que o legislador pretende livrar de quaisquer práticas levadas a efeito ou intentadas pelos agentes econômicos e suscetíveis de constituir abuso da liberdade de iniciativa, tal como consagrada na Carta Política. As normas de conduta aplicam-se tanto aos agentes econômicos públicos quanto aos operadores econômicos privados, como regra geral(...).

A “repressão ao abuso do poder econômico”, que figurava como princípio da Ordem Econômica e Social na Constituição revogada (art. 160,V), foi deslocada, na Carta vigente, para a condição de 4º parágrafo do art. 173.

Isto significa que a preservação da livre concorrência é mais importante na hierarquia constitucional vigente do que a repressão aos abusos do poder econômico. Trata-se, ao que tudo indica, de uma mudança qualitativa de natureza política, segundo a qual o valor jurídico representado pela “livre concorrência” se sobrepõe às normas de “repressão ao abuso do poder econômico”. Estas adquirem o sentido de instrumentos jurídicos de defesa do princípio constitucional que, na estrutura da Lei Fundamental, apresenta-se hierarquicamente mais valioso. No contexto da Ordem Econômica, a livre concorrência se posiciona, em comparação com o parágrafo 4º do art. 173, como em uma relação entre “meios” e “fim”, embora este fim se localize lado a lado com os demais princípios do art. 170 e constitua, também, um “instituto jurídico” autônomo, pela complexidade das normas que engloba.⁸

Em 1991, com a Lei nº 8.158, a lei que criou o CADE sofreu alterações substanciais, sendo atribuída à Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, a competência para apurar as práticas restritivas da concorrência, mantido o CADE como órgão judicante.

A nova lei alterou, ainda, a tipologia penal, apenas exemplificando algumas condutas abusivas, sem exauri-las, como fazia a lei anterior.

Entretanto, mal havia sido posta em prática, a Lei nº 8.158/91, foi revogada pela Lei nº 8.884 de 13 de junho de 1994, a atual lei antitruste brasileira.⁹

⁸ VAZ, Op. cit., p. 63.

⁹ Cumpre destacar que a Lei nº 8.884/94 estabelece uma regulamentação de caráter administrativo, enquanto a Lei nº 8.137/91, estabelece uma regulamentação de caráter penal, definindo os “crimes contra a ordem econômica”.

2.2.2 Objetivos da Lei

O art.1º da Lei 8.884/94 institui como objetivos “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Deste modo, a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica podem ser vistas como meio para promover os preceitos constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa.

Conforme assevera João Bosco Leopoldino da Fonseca,

O que pretende o legislador é estabelecer uma garantia mais ampla à liberdade de concorrência, incluindo-se simultaneamente entre os sistemas de proibição do perigo e os de proibição do resultado. No primeiro caso, adotando-se um controle prévio, para evitar que ocorram lesões ao princípio da livre concorrência, procura-se evitar um dano potencial. Já no segundo caso, em que se proíbe o dano efetivo, o controle se exerce depois da produção do dano.¹⁰

Da leitura do dispositivo citado, conclui-se que as infrações contra a ordem econômica são caracterizadas como lesões aos princípios fundamentais consagrados pela Constituição, quais sejam: o princípio da propriedade individual, o princípio da livre iniciativa, o princípio da livre concorrência, o princípio da função social da propriedade, o princípio da defesa dos consumidores e o princípio da repressão ao abuso do poder econômico.¹¹

Fábio Ulhoa Coelho observa que,

A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito da concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e

¹⁰ FONSECA, Op. cit., p. 53.

¹¹ Idem, Ibidem, p. 53.

aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral.¹²

Tem-se, portanto, que a finalidade precípua da legislação antitruste é a preservação dos princípios constitucionais referentes à Ordem Econômica.

2.2.3 Âmbito de Aplicação

Ao estabelecer o âmbito espacial de aplicação da lei antitruste, o legislador amplia o conceito de territorialidade do Direito Penal, onde se circunscreve ao território brasileiro o âmbito de validade da norma.

Em matéria antitruste, a definição do âmbito de incidência da legislação considera o alcance dos efeitos decorrentes das práticas atentatórias ao mercado, de acordo com o disposto no art. 2º da Lei 8.884/94.

Determina o art. 2º que, “Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no Território Nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho,

Pela redação do dispositivo legal, em duas hipóteses se aplica a lei antitruste brasileira: a) se a infração é cometida no todo ou em parte, no Brasil; b) se a infração produz ou poderia ter produzido efeitos no Brasil. A segunda prepondera sobre a primeira, englobando-a, posto que só se aplica a lei nacional se a infração cometida no Brasil aqui produzir seus efeitos, ainda que parciais.¹³

Deste modo, basta que uma parte dos efeitos derivados da prática atentatória tenha se projetado no mercado brasileiro para que se aplique a lei nacional.

No art. 15 de Lei 8.884/94, o legislador estabelece o critério subjetivo de aplicação da lei, dispondo que, “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações ou entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal.”

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste Brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 05.

¹³ Idem, *Ibidem*, p. 07.

Procurou-se abranger todas as situações em que se verifique a possibilidade de ocorrerem infrações à ordem econômica, sendo a lei aplicável a todas as pessoas por ela descritas.

Deste modo, conclui-se que as infrações contra a ordem econômica podem provir de pessoas físicas ou jurídicas, sendo estas constituídas de acordo com as exigências legais (de direito) ou não (de fato), sejam elas de direito público ou privado.

Cabe ressaltar que o dispositivo inclui, entre as situações em que se aplica a lei, a do monopólio legal, afirmando que mesmo neste caso as condutas que configurem abuso devem ser reprimidas. Um exemplo de abuso praticado nesta situação pode ser visto no caso de uma empresa qualquer, detentora de monopólio legal, aumentar arbitrariamente os seus lucros. Tal prática constitui ilícito contra a ordem econômica devendo, portanto, ser punida.

Ainda em relação às pessoas sobre as quais a lei incide, merece destaque a abordagem do legislador acerca da responsabilidade. Com efeito, os artigos 16 e 17 instituem a solidariedade entre a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores e entre as responsabilidades das empresas ou entidades integrantes de um grupo econômico, seja este de fato ou de direito.

Estabelece ainda a lei, no seu artigo 18, a desconsideração da personalidade jurídica, ocorrendo infração da ordem econômica, se houve, por parte do responsável, abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social, ou ainda, quando se verificar falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

2.2.4 Infrações Contra a Ordem Econômica

O artigo 20 da Lei 8.884/94 estabelece quatro hipóteses, quatro situações que, se configuradas, constituem infração à ordem econômica.

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Antes de adentrarmos no estudo específico dos efeitos das condutas infracionais previstos na lei, cumpre o esclarecimento do significado da expressão ordem econômica.

De acordo com João Bosco Leopoldino da Fonseca, “pode-se definir ordem econômica como aquele conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição e que tem por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põem em prática aquela mesma atividade.”¹⁴

Deste modo, como já se observou anteriormente, pode-se dizer que as infrações contra a ordem econômica são caracterizadas como lesões aos princípios constitucionalmente consagrados.

O próprio legislador constituinte conceitua infração contra a ordem econômica no § 4º do artigo 173 da Constituição Federal, da seguinte forma: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

Entretanto, o legislador ordinário, regulamentando os princípios previstos na Carta Magna, diz que constituem infração contra a ordem econômica as condutas que enumera. As infrações podem ser vistas, então, como uma série de condutas enumeradas em lei, capazes de alterar o equilíbrio das relações de mercado.

Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca,

O legislador conceitua como infração aqueles atos que se caracterizam em sua descrição abstrata como contrários às relações de livre concorrência no mercado. Qualquer que seja a sua concretização, basta que tenham como objeto romper o equilíbrio da ordem do mercado, basta que possam produzir os efeitos descritos. O legislador se contenta com a possibilidade de tais atos violarem a ordem econômica¹⁵.

O legislador brasileiro não adotou o sistema da tipificação de condutas que seriam, por si só, atentadoras contra a ordem econômica e, portanto, ilegais. A abusividade só se configura na medida em que um ato ou comportamento do agente seja apto a produzir os efeitos tidos como prejudiciais.

A Lei 8.884/94 identifica a caracterização do abuso do poder econômico com a verificação das hipóteses previstas no artigo 20. Neste artigo está o cerne da regulação da

¹⁴ FONSECA, Op. cit., p. 86.

¹⁵ Idem, Ibidem, p.87.

matéria. Com base nele, infere-se que nenhuma conduta será considerada abusiva se não produz ou tiver a potencialidade de produzir um dos objetivos previstos.

Da análise do dispositivo, surge a percepção de que as quatro formas de abuso do poder econômico elencadas estão de tal forma interligadas que não é possível fazer uma separação estanque. Pode existir uma série de conexões entre elas, como quando uma infração é meio para a realização da outra ou quando uma espécie estiver implícita na outra.

Eventualmente, pode haver confusões acerca da determinação das infrações cometidas, e que poderão ser contornadas com base em distinções conceituais entre as diferentes espécies.

Neste passo, cumpre a diferenciação das formas de abuso do poder econômico previstas na lei, o que será feito através da análise, ainda que sucinta, das hipóteses dispostas no artigo 20 da Lei 8.884/94.

I - limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a distinção teórica entre a livre concorrência e a livre iniciativa não tem maior importância para os fins operacionais de aplicação da lei antitruste, posto que, se a conduta do agente atingiu a liberdade de concorrer ou a liberdade de empreender, as repercussões jurídicas são rigorosamente idênticas¹⁶.

O mesmo autor oferece ainda, a diferenciação conceitual entre limitar, falsear e prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Limitar a livre concorrência ou a livre iniciativa é barrar total ou parcialmente, mediante determinadas práticas empresariais, a possibilidade de acesso de outros empreendedores à atividade produtiva em questão (...).

Falsear a livre concorrência ou iniciativa significa ocultar a prática restritiva, através de atos ou contratos aparentemente compatíveis com as regras de estruturação do livre mercado (...). Prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, significa ainda, incorrer em qualquer prática empresarial lesiva às estruturas de mercado, mesmo que não limitativas ou falseadoras dessas estruturas¹⁷.

¹⁶ COELHO, Op. cit., p. 56

¹⁷ Idem, Ibidem, p. 56- 57.

II - Dominar o mercado relevante de bens ou serviços.

O conceito de mercado relevante é fundamental para a caracterização de posição dominante, bem como para a caracterização de qualquer outra prática anticoncorrencial, posto que, como já se observou anteriormente¹⁸, só há concorrência entre competidores num mesmo espaço, seja ele geográfico ou econômico (produto).

Assim, retomando as considerações já feitas, pode-se dizer, de maneira genérica, que o mercado relevante é o determinado setor do mercado onde serão analisadas as condutas das empresas na disputa pelo mercado.

Não tendo fornecido uma definição do que seja mercado relevante e nem previsto a forma de sua determinação, que são requisitos para se decidir acerca da ocorrência de abuso do poder econômico, o legislador deixou a cargo do CADE dizer qual é o mercado relevante no caso concreto.

Uma vez definido o mercado relevante, torna-se necessária a verificação da ocorrência ou não da dominação, imprescindível que é para a caracterização da infração.

Outro problema que se coloca é o da exata compreensão, em termos jurídicos, do que vem a ser dominação de mercado relevante, posto que esta é outra questão deixada em aberto pela legislação.

A primeira impressão que se tem ao contemplar o artigo 20 da Lei 8.884/94 é a de que ele expressa uma proibição genérica quanto à dominação.

Tal impressão, no entanto, é atenuada com a exceção contida no § 1º, que dispõe não configurar ilícito a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na eficiência da empresa.

De acordo com João Bosco Leopoldino da Fonseca,

A simples dominação do mercado não constitui de *per si* um abuso do poder econômico ou uma infração contra a ordem econômica, nem desequilibra por si mesma o mercado. O domínio de mercado decorre de uma força econômica maior, de tecnologias mais avançadas, de organização mais eficiente por parte de uma empresa no contexto do mercado. Mas essas circunstâncias, isoladamente do contexto, não podem ser interpretadas como infrações. Aliás, é a própria lei, através do § 1º do art. 20, com já visto, que desqualifica a conquista do mercado em decorrência de uma maior eficiência como ilícito anticoncorrencial.¹⁹

¹⁸ Sobre o conceito de mercado relevante, ver o item 10 do Capítulo I.

¹⁹ FONSECA, Op. cit., p. 91-92.

Pode-se concluir então, que, em não sendo condenável toda e qualquer dominação, só o será aquela que resultar de condutas que se considerem abusivas.

Em função disto, o inciso II do artigo 20 poderia ter consignado o efeito da “dominação abusiva de mercado relevante”. Isto faria com que a dominação não fosse vista como uma ilicitude *per se*, assim com não é a detenção de posição dominante (inciso IV). Ao contrário do dois outros efeitos, aumento arbitrário de lucros (inciso III) e os prejuízos à livre concorrência ou iniciativa (inciso I), cuja existência, sob qualquer forma, não é aceitável juridicamente²⁰.

III - Aumentar arbitrariamente os lucros.

A busca do lucro, característica dos sistemas capitalistas de produção, não pode ser vista como um aspecto condenável, posto que perfeitamente legítima. Se não o fosse, o próprio desenvolvimento econômico estaria comprometido, pela absoluta falta de atrativos ou compensações que justificassem a assunção dos riscos inerentes à atividade empreendedora.

Deste modo, pode-se dizer que a intenção do legislador é regular a forma pela qual os lucros sejam auferidos, ou seja, a geração dos lucros deve ser justificável sob o ponto de vista da livre concorrência.

O que se pretende não é cercear o lucro, mas sim impedir que ele seja alcançado de forma a prejudicar a livre concorrência, isto é, de forma abusiva, através de práticas atentatórias às estruturas de mercado.

Cabe ressaltar ainda que, “a caracterização da arbitrariedade dos lucros não é uma questão quantitativa: o lucro pode ser arbitrário, apesar de sua reduzida expressão, assim como pode ser elevadíssimo sem que se revele qualquer forma de arbitrariedade.”²¹

IV - Exercer de forma abusiva posição dominante.

Ao estipular que o exercício abusivo de posição dominante constitui infração à ordem econômica, a Lei 8.884/94 introduziu um efeito que a Constituição, em seu artigo 173, § 4º, não havia previsto expressamente.

O legislador parece ter pretendido incluir elementos que garantissem maior efetividade na aplicação da lei, compensando a imprecisão de conceitos como dominação de mercado ou aumento arbitrário de lucros.

²⁰ A não ser que se atenda os requisitos do art. 54 da Lei 8.884/94, como será visto posteriormente, no item 2.2.10.

²¹ COELHO, Op. cit., p. 60 e 61.

Ao contrário do tratamento dado a estes, forneceu-se parâmetros para a determinação do que seja posição dominante, nos seguintes termos:

Art. 20 (...)

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Percebe-se, desde logo, que a posição dominante de uma empresa tem relação direta com a detenção de uma parcela considerável de poder econômico, habilitando-a a exercer influência decisiva sobre o funcionamento do mercado e a atuação de seus concorrentes.

Acaba por constituir, também, em muitos casos, uma condição para que a empresa possa causar efeitos prejudiciais à livre concorrência e obstaculizadores da livre iniciativa, como o é a dominação de um mercado.

Neste caso, a infração consistente em dominar o mercado relevante, prevista no inciso II do art. 20 estaria implícita na previsão do inciso IV, de exercer de forma abusiva posição dominante; daí porque poder-se-ia prescindir da inclusão dos dois na lei. Tal inclusão no entanto, pode ser explicada, como já se apontou anteriormente, pela vontade do legislador de cercar o mercado de garantias.

A análise do § 2º reforça a proximidade entre os dois incisos, posto que o controle de parcela substancial de mercado configura uma situação de dominação. A dominação não pressupõe a detenção de um percentual específico do mercado, mas tão somente do suficiente para o dominador comandá-lo sem que seus concorrentes lhe interponham maiores obstáculos. Sendo de 20% a participação mínima que caracteriza a posição dominante, também a dominação pode se dar a partir deste limite, dependendo da estrutura do mercado.

Concluindo, no Direito brasileiro, a posição dominante não constitui, por si só, uma infração, na medida em que o exercício abusivo pressupõe um uso legítimo desta situação. Deste modo, apenas quando o exercício de posição dominante for desvirtuado, incorrerá o agente em ilicitude, ou seja, somente será abusivo o exercício de posição dominante fundado em condutas lesivas ao mercado, tais como as enumeradas no art. 21, ou ainda, quando da posição dominante decorrer alguma das hipóteses previstas no art. 20.

Outra questão que se mostra de grande importância quando da aplicação da lei é a que diz respeito à irrelevância da culpa dos agentes econômicos que praticarem a conduta infrativa, prevista no *caput* do art. 20.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho,

Para se caracterizar a infração contra a ordem econômica, é irrelevante se os agentes ativos agiram ou não com culpa. A responsabilidade administrativa, segundo o previsto na lei, decorre de avaliação objetiva dos efeitos da conduta empresarial. Se a prática em consideração implica ou mesmo pode implicar certos resultados - os reputados comprometedores das estruturas do livre mercado pelo art. 173, § 4º, da Constituição Federal, reproduzidos nos incisos do art. 20, então não interessa indagar se o empresário os pretendeu ou, não os pretendendo, agiu com imprudência, negligência ou imperícia²².

Vale ressaltar, entretanto, que a este comentário uma ressalva merece ser feita, notadamente, no que diz respeito à possibilidade de outras pessoas, previstas na lei (art. 15), poderem ser enquadradas como sujeito ativo da infração contra a ordem econômica, e não apenas o empresário, como foi dito.

Em relação à caracterização das práticas como sendo anticoncorrenciais, ou seja, como infrações à ordem econômica, cabe ressaltar ainda que esta somente poderá ser feita através da conjugação dos objetivos previstos no art. 20 e das condutas enumeradas nos incisos do art. 21.

O art. 21 enumera, de forma exemplificativa, uma série de condutas que, se quando forem praticadas produzirem os efeitos previstos no art. 20, serão consideradas infrações. Estabelece o art. 21 que, “as seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica.”

Deste modo, pode-se considerar que “poderá ocorrer uma conduta tipificada no art. 21, sem que se considere infração à ordem econômica, porque não se concretizou a hipótese prevista no art. 20”²³.

Conclui-se, então, que a caracterização da infração contra a ordem econômica é feita pela indispensável conjugação dos dois dispositivos. A conduta correspondente a qualquer dos

²²COELHO, Op. cit., p. 54.

²³FONSECA, Op. cit., p. 94.

incisos do art. 21 somente poderá ser considerada infracional se o seu efeito, efetivo ou potencial, estiver configurado nas hipóteses do art. 20. Assim, o art. 21 descreve ações que, para serem consideradas anticoncorrenciais devem produzir ou serem aptas a produzir os efeitos previstos no art. 20.

2.2.5 Penas Cominadas

As penas cominadas pela lei devem ser efetivamente gravosas, de forma a desestimular a infração contra a ordem econômica e, assim, se constituírem em um ônus muito pesado para o infrator. Se assim não fosse, estaríamos diante de um incentivo ao descumprimento da lei, pois seria mais vantajoso pagar multas suaves e continuar auferindo lucros elevadíssimos através da infração à lei.

Assim, estabelece o art. 23 de Lei 8.884/94 as penalidades a serem aplicadas, diferenciando o agente responsável, de modo a poder dosar um ônus relativamente a cada categoria de responsabilidade admitida pela lei.

Desta forma, no caso de empresa, será a multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto do seu último exercício, excluídos os impostos, sendo que o valor da multa nunca será inferior à vantagem auferida, quando tal vantagem for quantificável.

No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas, que não exerçam atividade empresarial, sejam elas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, não é possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, motivo pelo qual a lei estabelece que a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência - UFIR (ou padrão superveniente).

Em relação ao administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, a multa será de dez a cinquenta por cento daquela aplicável à empresa, sendo de responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador.

Estabelece ainda, o citado dispositivo, que nos casos de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Nos casos em que a gravidade dos fatos e o interesse público geral assim o exigirem, serão cominadas penalidades acessórias, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulada. Entretanto, a aplicação das penalidades acessórias será feita sem prejuízo das penas cominadas no artigo 23.

As penalidades acessórias, previstas no artigo 24 são as seguintes:

- I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;
- II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;
- III - a inscrição como infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
 - a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;
 - b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos.
- V - a cisão da sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

A Lei 8.884/94 contém preceito cominatório (art. 25), com a finalidade de impedir a continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do CADE determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação, ou ainda, com a finalidade de punir (art. 26) a recusa, omissão, enganabilidade ou retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pelo CADE, SDE ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei.

Em ambos os casos o responsável fica sujeito a uma multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes, de acordo com a gravidade da infração e a situação econômica do infrator.

Cessada a desobediência, deixa de aplicar-se a multa a partir do início do cumprimento, sendo que a multa subsiste pelos dias em que deixou de haver cumprimento.

O art. 27 estabelece os critérios que devem ser levados em conta pelo julgador para a adequada aplicação das penas estabelecidas.

Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca,

Nesses critérios há elementos objetivos, como a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação, ou não, da infração, a grau da lesão às relações de mercado, os efeitos negativos para o mercado. Há, por outro lado, elementos subjetivos, que levam em conta a situação da empresa ou a situação pessoal do administrador, ou seja, ou seja, a boa-fé do infrator, a sua situação econômica e a reincidência²⁴.

2.2.6 Prescrição

O art. 28 estabelece que prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração continuada, do dia em que tiver cessado.

De acordo com João Bosco Leopoldino da Fonseca, o texto legal contém uma impropriedade de conceituação da prescrição. Afirma que “não tem sentido dizer-se que prescrevem as infrações. Prescreve, isto sim, o direito de exercitar a ação adequada à eliminação das infrações ou a punição dos que as cometeram. Em síntese, prescreve o direito de ação direcionada a recompor a ordem econômica desrespeitada ou rompida.”²⁵

Prevê ainda o legislador, nos parágrafos 1º e 2º do art. 28, situações em que o lapso prescricional é interrompido ou suspenso.

Assim, interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica, ou seja, deixa de fluir o prazo prescricional para recomeçar por inteiro a partir da data do ato que o interrompeu, ou do último ato do processo que apurava a infração.

Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou de desempenho. Nestes casos, procede o fluxo prescricional após o ato suspensivo.

2.2.7 Autoridades Administrativas de Aplicação da Lei

2.2.7.1 - CADE

Criado pela Lei 4.137/62 e transformado em autarquia pela Lei 8.884/94, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, o órgão encarregado de zelar pela observância das normas de defesa da concorrência.

²⁴ FONSECA, Op. cit., p. 109.

²⁵ Idem, Ibidem, p. 110.

Um dos pontos de maior relevo na transformação do CADE em autarquia encontra-se no fim da polêmica existente sobre a possibilidade deste figurar como parte em juízo, definindo melhor as funções do órgão e conferindo-lhe maior autonomia.

A questão da autonomia é sobremaneira importante, posto que as decisões do Conselho hoje só estão sujeitas à revisão pelo Poder Judiciário, tendo-se abolido o recurso hierárquico ao Ministro da Justiça, presente na lei anterior. Deste modo, evita-se que sejam proferidas decisões de cunho político, proporcionando ao CADE a possibilidade de proferir decisões isentas de qualquer pressão, seja esta feita pelo governo ou pelos agentes econômicos.

Merece destaque também, o fato de a lei qualificar o CADE como órgão julgante, conferindo-lhe competência para proferir decisões administrativas, de natureza quase judicial, em todo o território nacional, exercendo a função de prevenir e reprimir práticas econômicas que venham a repercutir negativamente no mercado.

A atuação repressiva do CADE apresenta, por certo, aspectos peculiares, eis que não objetiva, precipuamente, aplicar penalidades administrativas ao infrator, mas sim, fazer cessar a conduta anticoncorrencial que produz efeitos perversos no meio social, a par de exercer uma incontestável ação inibidora de práticas ilícitas futuras.

O CADE é órgão colegiado, cujo Plenário é composto por um Presidente e seis Conselheiros, com mandatos de dois anos e nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

O art. 7º estabelece as competências do Plenário do CADE que, segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca, podem ser classificadas como competências de caráter administrativo, de ordem preventiva, de ordem decisória e de ordem executória²⁶.

Como atuações de competência administrativa podem citar-se, a título de exemplo, a elaboração e aprovação de seu regimento interno, bem como a faculdade de propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia.

Como expressões de competência preventiva, vale assinalar as seguintes: responder a consultas sobre matéria de sua competência, instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica e as medidas que tratam da cessação da prática de atos que constituam infração à ordem econômica, do compromisso de cessação e da apreciação de atos e condutas que estejam sujeitos à sua aprovação.

²⁶ Idem, *Ibidem.*, p. 66.

Questiona-se, aqui, a posição do CADE como órgão julgante. Entretanto, como bem observa João Bosco Leopoldino da Fonseca,

(...) acentua-se a necessidade de existência de um órgão adaptado às reais necessidades das relações de mercado, que têm peculiaridades próprias, diferentes das relações analisadas por outros âmbitos do Direito. Manietar a estrutura e a competência do CADE aos moldes de uma estrutura tradicional e restrita de um órgão julgante tradicional seria certamente comprometer a sua atuação e os resultados²⁷.

No que se refere à competência decisória, merecem destaque as seguintes atribuições: decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei; decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE; decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE; a contratação de perícia técnica, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários.

Finalmente, como atuação de competência de caráter executório, temos a competência conferida ao Plenário do CADE para intimar os interessados de suas decisões e para requerer ao Poder Judiciário a execução das mesmas.

A Lei 8.884/94 estabelece ainda que junto ao CADE funcionará uma Procuradoria (art. 10), cujo Procurador-Geral será indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e nomeado pelo Presidente da República (art. 11).

Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca,

A Procuradoria do CADE, como se verifica da leitura dos artigos de lei a ela referentes, acumula funções próprias da Advocacia, ao ter como atribuições prestar assessoria e ter que defender o CADE em juízo, e outras que são específicas do Ministério Público, pois que tem que “emitir parecer nos processos de competência do CADE” e “zelar pelo cumprimento da lei”²⁸.

O art. 12 estabelece uma nova relação entre o CADE e o Ministério Público. Dispõe o referido artigo que o Procurador-Geral da República designará membro do Ministério Público Federal para officiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE.

²⁷ Idem, *Ibidem*, p. 67.

²⁸ Idem, *Ibidem*, p. 75.

Tal disposição revela um interesse maior da União Federal para com os processos sujeitos a apreciação do CADE, posto que estes envolvem interesses da comunidade nacional, exigindo, portanto, uma fiscalização que represente os interesses da União Federal²⁹.

Merece destaque, ainda, a prerrogativa conferida ao CADE de requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação (art. 12, parágrafo único).

2.2.7.2 SDE

A Lei 8.884/94 dispõe, em seu art. 13 que a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE, com a estrutura que lhe confere a lei, será dirigida por um Secretário, indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e logo a seguir, no art. 14, enumera as funções que são de sua competência.

Da leitura dos incisos do art. 14, verifica-se com clareza que a finalidade principal da SDE é o assessoramento ao CADE, sendo-lhe incumbida a competência investigatória e preparatória do julgamento da autarquia. Compete à SDE a investigação dos indícios de infração contra a ordem econômica e a instauração do processo administrativo.

A SDE, órgão da administração direta, exerce, ainda, as funções de fiscalização das práticas de mercado e de orientação, tanto dos órgãos da administração pública como do público em geral, em matéria de infração à ordem econômica.

Ao investigar a ocorrência de uma determinada infração, nos casos em que decidir pela insubsistência dos indícios, pode a SDE arquivar os autos das averiguações preliminares, devendo, contudo, desta decisão recorrer de ofício ao CADE.

2.2.8 Procedimento Administrativo

2.2.8.1 Averiguações Preliminares

O processo administrativo que apura a ocorrência de infração contra a ordem econômica é precedido por uma fase preparatória de averiguações preliminares, conforme o disposto no art. 30 da Lei 8.884/94, que somente ocorrerá quando não houver indícios suficientes para a instauração imediata de processo administrativo.

A SDE deverá promover tais averiguações preliminares ou por iniciativa própria ou por representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, sem qualquer divulgação,

²⁹ Idem, Ibidem, p. 76.

sempre que os indícios existentes não forem suficientes para a instauração imediata do processo.

Entretanto, não será realizada esta primeira fase quando a representação provier da comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, sendo o processo administrativo iniciado de imediato, de acordo com o previsto pelo § 2º do art. 30.

Durante a fase de averiguações preliminares, poderão ser realizadas diligências e produzidas as provas de interesse da Secretaria, não sendo suprimida a fase probatória de processo. O que se pretende é apurar a existência de indícios, finalidade precípua desta fase do procedimento.

Concluídas as averiguações, o que deve ser feito dentro de 60 dias, o Secretário da SDE determinará a instauração do processo administrativo ou o arquivamento dos autos de averiguações preliminares, devendo, neste último caso, recorrer de ofício ao CADE.

2.2.8.2 Instauração e Instrução do Processo Administrativo

O processo administrativo será instaurado por despacho fundamentado do Secretário da SDE, especificando os fatos a serem apurados, em prazo não superior a oito dias, contado do conhecimento do fato, da representação ou do encerramento das averiguações preliminares.

Instaurado o processo, será notificado, o representado, do teor do despacho do Secretário e da representação, se for o caso, para apresentar defesa no prazo de 15 dias, sob pena de tornar-se revel, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato. Não se impede, contudo, o posterior ingresso do representado no processo, assumindo-o no estado em que se encontrar.

A instrução processual fica a cargo dos artigos 35, 36 e 37, onde a lei trata das provas a serem produzidas, fixando um prazo de 45 dias, que poderá ser prorrogado, por igual período, em caso de justificada necessidade.

Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, remeterá os autos ao CADE ou para julgamento ou para se pronunciar, em grau recursal, sobre o arquivamento.

Merece destaque a disposição contida no art. 41, onde se afirma que das decisões do Secretário da SDE não caberá recurso ao superior hierárquico, no caso o Ministro da Justiça.

2.2.8.3 Julgamento do Processo Administrativo

O Presidente do CADE, após receber o processo, fará a distribuição, por sorteio, a um dos Conselheiros, que será o Relator e este abrirá vistas à Procuradoria para manifestar-se no prazo de 20 dias.

Entendendo insuficientes para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos, poderá o Relator determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações, bem como facultar à parte complementação das provas já existentes.

No ato do julgamento, cuja data deverá ser comunicada às partes e a seus advogados com uma antecedência mínima de cinco dias, poderão manifestar-se em sustentação oral, por um tempo de quinze minutos, o Procurador-Geral ou o representado ou seu advogado.

A decisão do CADE deve ser sempre fundamentada e quando concluir pela existência de infração da ordem econômica deverá conter a especificação dos fatos que constituíram a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas, bem como o prazo dentro do qual devem ser iniciadas e concluídas.

A decisão deverá ainda, estipular uma multa como forma de punir a parte pela infração cometida e fixar uma multa diária para o caso do infrator dar continuidade à prática combatida ou desrespeitar a decisão proferida.

O CADE tem competência para julgar suas próprias decisões e estas não estão sujeitas à revisão no âmbito do Poder Executivo.

Cabe ao CADE a fiscalização do cumprimento de suas decisões. Em caso de descumprimento, será o fato comunicado ao Presidente do CADE, que determinará ao Procurador-Geral que providencie sua execução judicial.

2.2.8.4 Imposição de Medida Preventiva e de Ordem de Cessação

Dispõe o art. 52 da Lei 8.884/94, que o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, poderão adotar medida preventiva, em qualquer fase do processo administrativo, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca,

A medida preventiva destina-se a assegurar a possibilidade da efetividade da decisão final e, por outro lado, impedir que uma das partes frustre o objetivo final do processo. Sua função é de anunciar e preparar a efetivação das medidas jurisdicionais

definitivas, impedindo que, quando proferidas, o sejam no contexto de um vazio fático que impeça sua efetivação³⁰.

Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária como preceito cominatório garantidor do cumprimento da medida.

Da decisão que adotar medida preventiva cabe recurso voluntário ao Plenário do CADE, no prazo de cinco dias, sem efeito suspensivo.

2.2.8.5 Compromisso de Cessação

O art. 53 da Lei 8.884/94 estabelece que poderá ser celebrado pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, em qualquer fase do processo administrativo, compromisso de cessação de prática sob investigação, o que não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

João Bosco Leopoldino da Fonseca observa que, “com esse acordo se extingue ou paralisa a investigação, havendo reciprocidade de concessões: a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração contra a ordem econômica”³¹.

O termo de compromisso deverá conter, obrigatoriamente, as obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido, o valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento e a obrigação do representado de apresentar relatórios periódicos sobre sua atuação no mercado, mantendo a autoridade informada sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização (art. 53, § 1º).

Enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação, o processo ficará suspenso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo (art. 53, § 2º).

O CADE poderá alterar as condições do termo de compromisso desde que comprovada a sua excessiva onerosidade para o representado e não acarrete prejuízos para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica (art. 53, § 3º).

³⁰ Idem, *Ibidem*, p. 132.

³¹ Idem, *Ibidem*, p. 136.

Determina a lei que o compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização (art. 53, § 4º).

2.2.9 Execução Judicial das Decisões do CADE

Dispõe o art. 60 que a decisão do CADE contém duplo conteúdo: cominação de multa e imposição de obrigação de fazer ou não fazer, como o fazia a lei anterior.

Entretanto, inova o legislador ao atribuir à decisão do CADE a natureza de título executivo extrajudicial.

Deste modo, o executado terá a oportunidade de se defender em juízo arguindo toda a matéria de fato e de direito que considerar de seu interesse.

Tal peculiaridade decorre da atribuição ao CADE da natureza de órgão judicante, com bem observa João Bosco Leopoldino da Fonseca,

Não resta dúvida que as decisões do CADE pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa³².

A execução que verse exclusivamente sobre o pagamento de multa pecuniária será feita de acordo com o disposto na Lei nº 6.830, de 22.09.1980, que regula o procedimento das execuções fiscais.

Na execução que verse, além da cobrança de multa, sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A decisão proferida pelo CADE tem por finalidade precípua reconduzir as empresas representadas a um comportamento compatível com o adequado funcionamento do mercado, em que se assegure aos demais participantes estarem presentes, não serem obrigados a sair e poderem atuar livremente. Por isso determina a lei que o juiz concederá a tutela específica da obrigação, de tal forma a garantir o adimplemento, independentemente da cobrança de multa, como estabelece o art. 62³³.

³² Idem, Ibidem, p. 163.

³³ Idem, Ibidem, p. 164.

Assim, admite-se a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Conforme preceitua o art. 65, o oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que se refere a multas diárias.

Mesmo que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo, em razão da gravidade da infração da ordem econômica e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A lei estabelece que as execuções serão promovidas na Justiça Federal do Distrito Federal ou na sede ou domicílio do executado, à escolha do CADE e que tais processos terão preferência sobre as demais espécies de ação, exceto “habeas corpus” e mandado de segurança, devendo o juiz atentar para essa imposição legal para evitar danos irreparáveis seja para as empresas ou para a coletividade.

Determina a lei, ainda, que a execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

Será decretada pelo juiz a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica. Neste caso, nomeia-se um interventor que será a pessoa encarregada de cumprir a obrigação de fazer ou não fazer, constante na decisão do CADE, assumindo para isto a direção da empresa.

A intervenção está disciplinada nos artigos 69 a 78 da Lei 8.884/94 e é a medida de que pode valer-se o Poder Judiciário para garantir a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer impostas por decisão do CADE.

2.2.10 Prevenção das Infrações Contra a Ordem Econômica

A lei brasileira prevê o controle de todos os atos e contratos que possam limitar ou prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência ou dar lugar à dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

Dentro destes atos, o legislador incluiu, expressamente, os que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas,

constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário.

Estabelece como indicador de apreciação obrigatória o marco de 20% (vinte por cento) de participação da empresa ou grupo de empresas no mercado relevante ou um faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de UFIR, ou unidade de valor superveniente, registrado por qualquer dos participantes.

O art. 54, que dispõe sobre o controle de atos e contratos, reveste-se, portanto, de uma função preventiva. Visa a frustrar a possibilidade de se ter, com uma alta concentração do poder econômico em determinados setores da economia, o uso abusivo deste mesmo poder e afetar negativamente o mercado concorrencial³⁴.

Os atos sujeitos à apreciação deverão ser apresentados para exame previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização.

Esse controle é exercido pelo CADE, que poderá autorizar os atos de concentração econômica desde que atendam as condições estabelecidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 54.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens ou serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

³⁴ DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54, da Lei 8.884/94. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n 8, p. 12, agosto, 1996.

A eficácia dos atos submetidos à apreciação do CADE se condiciona a sua aprovação caso em que retroagirá à data de sua realização. Se o CADE não os apreciar dentro do prazo de trinta dias, serão considerados automaticamente aprovados (art. 54, § 7º).

A aprovação dos atos sujeito a controle poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosa prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados (art.55).

No caso de não aprovação, o CADE determinará as providências cabíveis para que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, os atos que não se houverem realizado sob condição suspensiva, ou os atos dos quais já tiverem decorrido efeitos perante terceiros inclusive de natureza fiscal (art. 54, § 9º).

As medidas tomadas pelo CADE, no sentido de eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica, não afastam a responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros, do agente que praticou o ato não aprovado (art. 54, § 9º).

Aos agentes econômicos interessados, cujos atos de concentração forem aprovados na forma do § 1º do art. 54, definirá o CADE um compromisso de desempenho, de modo assegurar o cumprimento das condições estabelecidas para a aprovação do ato.

O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará revogação da apreciação do CADE e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis (art. 58, § 3º).

2.3 LEGISLAÇÃO ARGENTINA

2.3.1 Antecedentes e Evolução:

Tal como ocorreu no Brasil, a tarefa de se implantar na Argentina um sistema capaz de garantir o bom funcionamento do mercado não foi uma tarefa fácil.

A primeira tentativa argentina neste sentido, segundo Cabanellas, deu-se com a Lei 11.210. Ainda que, anteriormente à sua sanção, existissem diversos projetos de legislação repressiva dos monopólios, esta lei constitui o primeiro precedente de importância da L.D.C. (Ley de Defensa de la Competencia), não somente por marcar a iniciação, no Direito argentino, da legislação regulatória da concorrência, como também por constituir o principal

anterior da Lei 12.906, cujas dificuldades de aplicação deram origem às normas atualmente em vigência sobre o tema³⁵.

Embora a Lei 11.210 se dirigisse a reprimir os monopólios, incluía também, em seus artigos, normas dirigidas a penalizar condutas que, sem chegar a constituí-los ou tender à sua implantação, restringiam a livre concorrência ou implicavam um aumento dos lucros do empresário, sem estar este de acordo com o capital por ele investido nem fundado em aportes econômicos ou técnicos que pudessem justificá-lo³⁶.

A Lei 11.210 foi modificada pelo Decreto-lei 15.810/46. Ao se considerar a ratificação do dito Decreto-lei pelo Congresso, procedeu-se a elaboração de um novo projeto, sobre cuja base se sancionou a Lei 12.906, de 30 de dezembro de 1946, lei esta que permaneceu vigente até sua revogação pela Lei 22.262, atual lei que rege a matéria naquele país³⁷.

A escassa efetividade da Lei 12.902 motivou que, pouco depois de sua sanção, começassem a aparecer projetos de reforma ou substituição desta. Tais projetos foram muito numerosos, e pode-se dizer que os esforços que levaram à sanção da Lei 22.262 estão implícitos, em suas distintas variantes e direções, nos 33 anos que decorreram entre uma e outra lei³⁸.

De acordo com Cabanellas, houve um número elevado de projetos de legislação regulatória da concorrência que precederam a L.D.C, dentre os quais destaca os seguintes³⁹:

a) O projeto de Código Penal de 1951, apresentado pelo Poder Executivo manteve, no essencial, o sistema estabelecido pela Lei 12.906.

b) O projeto de Código Penal de 1960, também realizado pelo Poder Executivo, substituiu as distintas figuras constantes na Lei 12.906, por um único delito que incluía, como propósito, o de alcançar um lucro excessivo e como meios anticompetitivos as negociações simuladas, informações falsas, monopolização, destruição de produtos, assim como convênios com produtores, possuidores e empresários.

³⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1983, p. 58.

³⁶ Idem, Ibidem, p. 58-59.

³⁷ Idem, Ibidem, p. 72.

³⁸ Idem, Ibidem, p.72.

³⁹ Idem, Ibidem, p. 72-74.

Embora fosse louvável o propósito de conseguir um conceito geral e amplo das atividades anticompetitivas, o tipo elaborado era omissivo em relação a várias práticas anticoncorrenciais, o que permitia que se causasse prejuízo ao interesse geral.

c) Em 1964, o Poder Executivo levou ao Congresso um projeto de reforma da Lei 12.906, o qual foi aprovado, com algumas modificações, pelo Senado, mas não contou com sanção favorável da Câmara dos Deputados. Além de incluir uma nova figura punível, relativamente ampla, dirigida aos acordos de preços ou concernentes a outros elementos da comercialização, o mencionado projeto previa a ampliação das faculdades preventivas do Poder Executivo, mediante a solicitação de medidas de cessar e abster-se ante os tribunais competentes.

d) Em 1966 uma comissão presidida por Enrique R. Aftalión elaborou um anteprojeto de singular importância, por incluir várias tendências que orientaram a atual lei de defesa da concorrência. Entre tais tendências cabe mencionar a ampliação da competência dos organismos administrativos, a ênfase posta nas medidas preventivas, o deslocamento das figuras delitivas para os tipos adotados pelas legislações modernas e a maior participação outorgada aos imputados e aos particulares danificados.

e) Em 1977 integrou-se no âmbito da Secretaria de Estado de Comércio uma comissão, que, com base no antigo projeto de 1966, produziu, no ano de sua designação, um novo texto destinado a regular as atividades relacionadas com a concorrência econômica. Depois de um longo processo legislativo e com numerosas modificações, o anteprojeto de 1977 foi sancionado em 1º de agosto de 1980, como Lei 22.262.⁴⁰

2.3.2 Objetivos da Lei

A exposição de motivos da Lei 22.262/80 estabelece como objetivo precípuo desta, assegurar o correto funcionamento do mercado, através de uma definição precisa das condutas que visem a limitar, restringir ou distorcer a concorrência e da implementação de um procedimento administrativo, orientando a investigação e a prevenção de tais condutas.

Prossegue o legislador, em sua exposição de motivos, afirmando que esta legislação demonstra que o Estado não está desinteressado do que pode ocorrer ao mercado, entendendo que ali se determinam os preços e, por isso, um adequado regime de concorrência do mercado é condição indispensável para instaurar a liberdade de preços.

⁴⁰ O texto original da legislação mencionada encontra-se em anexo ao presente trabalho (Anexo 1).

Assim, elabora-se uma redefinição do papel do Estado e da iniciativa privada, entre cujas características se reconhece que esta é a verdadeira força impulsora da economia, salientando-se a missão inevitável do Estado de assegurar o correto funcionamento do mercado. Com isto, fica garantida a defesa da livre atividade dos particulares.

Deste modo, conforme se depreende da análise do artigo primeiro da Lei 22.262/80 e de sua exposição de motivos, pode-se dizer que os objetivos da lei são: assegurar o livre funcionamento do mercado, garantindo a livre concorrência e punir as condutas que restrinjam, limitem ou distorçam a concorrência ou constituam abuso de posição dominante no mercado, de modo que possa resultar prejuízo para o interesse econômico geral.

2.3.3 Âmbito de Aplicação

A lei argentina não define expressamente o aspecto espacial, nem tampouco o subjetivo, no que se refere ao seu âmbito de aplicação, ou seja, não determina o âmbito territorial de incidência da lei, nem quais as pessoas que estão sujeitas à sua aplicação.

O capítulo da lei que trata de seu âmbito de aplicação dispõe, na verdade, de matéria de natureza diversa. Como bem observa Cabanellas,

El capítulo I de la L.D.C., titulado “Ámbito de aplicación de la Ley”, incluye disposiciones de diversa naturaleza. El artículo 1° constituye la norma sobre la cual se estructura el resto de lo articulado de la citada Ley, al definir las conductas prohibidas bajo ésta. El artículo 3° complementa esta disposición básica, en relación com el artículo 41 de la misma Ley. El artículo 5°, al establecer la relación de la L.D.C. com otras normas del orden jurídico, también tiene incidencia sobre todos los aspectos de la citada Ley. (...) Los artículos 2° e 4° se refieren a aspectos específicos de la legislación antimonopólica, como son el abuso de posición dominante y el ejercicio de las acciones civiles fundadas en tal legislación (...).⁴¹

Na tentativa de definir o âmbito espacial de aplicação da lei, pode-se fazer uma interpretação extensiva do art. 11 que se refere ao aspecto espacial da competência da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência - CNDC. Determina o citado dispositivo que a CNDC poderá exercer suas faculdades qualquer que seja o lugar do país em que se houverem realizado os fatos.

⁴¹ Idem, Ibidem, p. 147.

Deste modo, pode-se considerar como âmbito espacial de aplicação da lei todo o território argentino. Ressalte-se que a lei argentina não prevê sua aplicação nos casos em que as práticas forem cometidas fora do território nacional e nele produzirem efeitos, a exemplo da lei brasileira.

Já no que diz respeito às pessoas sobre as quais a lei incide, pode-se observar o que dispõe o art. 42, que determina que as penalidades previstas na lei serão impostas às pessoas físicas ou jurídicas, bem como aos seus diretores, representantes legais, mandatários, gerentes, síndicos ou membros do conselho de vigilância.

É de se ressaltar que a lei argentina não especifica, como faz a brasileira, a possibilidade de aplicação da lei a pessoas de direito público, a quaisquer associações de entidades ou pessoas sejam de fato ou de direito, ainda que temporárias, com ou sem personalidade jurídica, ou ainda, que estejam sob o regime de monopólio legal.

Nestas circunstâncias, é de se presumir que as pessoas acima referidas não podem sofrer sanção quando responsáveis por prática de conduta anticoncorrencial prevista na lei argentina.

Tal lei considera como agentes econômicos capazes de cometer infração apenas as pessoas físicas ou jurídicas, podendo se dizer ainda que somente as pessoas jurídicas constituídas de direito, com personalidade jurídica, podem ser responsabilizadas por prática atentatória ao mercado, sendo que esta responsabilidade é sempre solidária com a do particular que cometeu a infração com a sua ajuda ou em seu benefício.

2.3.4 Infrações Contra a Concorrência

O artigo 1º da Lei 22.260/80 estabelece que,

“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorcionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Podem distinguir-se, neste dispositivo, duas figuras principais, de um lado a limitação, restrição ou distorção da concorrência e, de outro, o abuso de posição dominante.

O legislador argentino, da mesma forma que o brasileiro, não adotou o sistema da tipificação de condutas que seriam de *per se* caracterizadoras de infração contra o bom funcionamento do mercado.

A conduta de um determinado agente econômico somente configura infração na medida em que produzir os efeitos tidos como prejudiciais pelo artigo 1º, ou seja, na medida em que limite, restrinja ou distorça a concorrência ou que constitua abuso de posição dominante, salientando-se ainda que tal conduta deve ser capaz de poder causar prejuízo ao interesse econômico geral.

Cumprе ressaltar que a lei argentina não considera infração a conduta que estiver apta a gerar os efeitos nocivos, mas que não os produziu, a exemplo da lei brasileira. Para a legislação argentina interessa apenas o efeito que o ato efetivamente produziu, para que este possa ser caracterizado como infração.

No artigo 1º está a essência da regulação sobre a proteção do mercado. Com base em tal dispositivo, conclui-se que nenhuma conduta será considerada infração contra o bom funcionamento do mercado se não produzir os efeitos ali previstos.

As duas maneiras genéricas de ocasionar um prejuízo ao interesse econômico geral, a que se refere o art. 1º, aparecem descritas nos modelos de conduta do art. 41. Desta forma, pode-se dizer que os tipos previstos no art. 41 operam como modalidades de execução puníveis dos abusos e restrições previstos no art. 1º.

Cumprе, neste passo, a diferenciação das formas possíveis de prejudicar o interesse econômico geral previstas na lei, o que será feito através da análise das duas hipóteses previstas no art. 1º.

a) Limitar, restringir ou distorcer a concorrência.

De acordo com Cabanellas, a tríplice formulação que os atos anticompetitivos recebem no artigo 1º da Lei 22.262/80 (limitar, restringir ou distorcer), foi tomada do art. 85 do Tratado de Roma.⁴² Salienta, entretanto, que a distinção entre atos que limitem, restrinjam ou distorçam a concorrência carece de efeitos práticos, posto que nos três casos, trata-se de condutas contrárias ao modelo de concorrência contemplado pela lei, descritos mediante verbos distintos.⁴³

⁴² Idem, Ibidem, p. 247.

⁴³ Idem, Ibidem, p. 269.

Embora a legislação argentina não inclua uma definição expressa do conceito de concorrência, prevê diversos elementos descritivos de aspectos do mesmo que, segundo Cabanellas, permitem uma elaboração, por via indutiva, de tal conceito⁴⁴.

Deste modo, pode-se considerar que a concorrência significa legítimas oportunidades de ingresso para os competidores e que a relativa liberdade de ingresso no mercado é essencial para assegurar o número de vendedores necessários para manter uma concorrência saudável⁴⁵.

Conclui-se, portanto, que ao estabelecer como hipótese para a caracterização do ilícito anticoncorrencial os efeitos de limitar, restringir ou distorcer a concorrência, pretendia o legislador argentino proibir todo e qualquer ato capaz de prejudicar a livre concorrência, entendendo-se esta como a igualdade de oportunidades para todos os concorrentes.

b) Abuso de posição dominante.

A Lei 22.262/80 inclui, no seu artigo 2º, uma definição do conceito de posição dominante, estabelecendo duas hipóteses distintas :

a) que uma pessoa goza de uma posição dominante em um mercado quando, para um determinado tipo de produto ou serviço, é a única ofertante ou demandante dentro do mercado nacional ou quando, sem ser a única, não está exposta à uma concorrência substancial;

b) que duas ou mais pessoas gozam de posição dominante em um mercado quando para um determinado tipo de produto ou serviço não existe concorrência efetiva entre elas, ou substancial por parte de terceiros, em todo o mercado nacional ou em uma parte dele.

O inciso a) inclui uma delimitação do âmbito territorial do mercado relevante, o qual, em princípio, é a totalidade do território nacional. Os casos em que se goza de uma posição dominante em mercados locais devem ser enfocados a partir do inciso b), que prevê a possibilidade de dominação de parte do mercado nacional⁴⁶.

De acordo com Cabanellas, pode-se concluir, portanto, que ambos os incisos do art. 2º nada mais fazem do que senão enfocar, com uma metodologia distinta, o fato de que uma empresa não se encontra submetida a uma concorrência efetiva ou substancial. Mesmo que se parta da figura prevista no inciso a) ou descrita no inciso b), chegar-se-á a resultados similares. A única função que cumpre à dupla figura incluída no artigo aqui analisado é orientar a formação da prova e evidenciar que a existência de uma pluralidade de empresas, ainda que em

⁴⁴ Idem, Ibidem, p. 255.

⁴⁵ Idem, Ibidem, p. 257.

⁴⁶ Idem, Ibidem, p. 650.

um mercado local, não implica que não exista uma posição dominante imputável a elas, se não existe concorrência efetiva entre as mesmas⁴⁷.

O problema que se mostra, tal como ocorre na lei brasileira, é o fato de a legislação argentina não conceituar o que vem a ser o abuso, conceito este essencial para que se permita uma aplicação do art. 1º.

Em relação à limitação, restrição ou distorção da concorrência, prevista no art. 1º, observa-se que a figura aqui analisada conduz a um comportamento de mercado similar ao que se busca proteger mediante a proibição das condutas restritivas da concorrência. É dupla a vinculação entre o conceito de abuso de posição dominante e a proteção da concorrência, contemplada na Exposição de Motivos da Lei 22.262//80, como fundamento da proibição de tal abuso. Por um lado, a definição de posição dominante induz à conclusão de que esse abuso somente seria possível se não existisse concorrência efetiva. Por outro lado, a posição de proeminência em um mercado somente dá lugar a um abuso se esta for conseguida através de condutas que, por sua natureza e feitos sobre o interesse econômico geral, seriam proibidas de ser praticadas no âmbito de uma estrutura competitiva, pelo art. 1º.⁴⁸

Deste modo, pode-se concluir que somente ocorre abuso onde não houver concorrência efetiva e onde a posição dominante for atingida através de condutas proibidas pelo art. 1º da Lei 22.262/80.

Entretanto, não basta que uma determinada conduta gere os efeitos previstos no art. 1º para que seja reprimida. Devido ao fato de constituírem ilícitos penais, as infrações contra a concorrência devem estar tipificadas e para que seja punido o agente, deve-se levar em conta a sua culpabilidade.

A Lei 22.262/80 não prevê um conceito genérico de culpabilidade, nem tampouco as disposições gerais do Código Penal, aplicáveis em virtude do art. 43 da citada lei, o fazem⁴⁹.

Segundo Cabanellas, constitui um primeiro passo para a determinação do conceito de culpabilidade, a aplicação do princípio básico do Direito Penal argentino de que não há pena sem culpabilidade. Outro princípio aplicável seria o de que não há delitos culposos sem figuras que especificamente os prevejam⁵⁰.

⁴⁷ *Idem*, *Ibidem*, p. 651-652.

⁴⁸ *Idem*, *Ibidem*, p. 674.

⁴⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 162.

⁵⁰ *Idem*, *Ibidem*, p. 162.

Em consequência, os delitos previstos no art. 41 da Lei 22.262/80, somente se configurariam através de condutas dolosas, conforme se depreende da análise dos elementos das distintas figuras ali descritas. Todas elas, salvo a prevista no inciso d), requerem a existência de uma ação concertada, e esta não pode surgir de uma conduta meramente culposa. A ação concertada requer que as vontades das partes intervenientes se determinem mutuamente. Em consequência, somente é possível que exista tal ação concertada quando o ato que dela resulta surge voluntariamente da conduta das partes intervenientes. Se se restringe a concorrência por motivos alheios à intervenção dessas pessoas, implica que tal restrição não resultou de uma vontade mutuamente determinada⁵¹.

Os distintos incisos do art. 41 prevêm determinados tipos de condutas (fixar, fazer variar, limitar, controlar, etc.) realizadas “mediante ações concertadas”, “como parte de uma ação concertada” ou que constituam “emprender ações concertadas”. Estas fórmulas supõem uma relação volitiva direta entre a ação concertada e os tipos de conduta restritivos da concorrência. Estes resultam da intenção perseguida através da ação concertada, o que reforça o caráter doloso das figuras compreendidas no citado art. 41⁵².

Ainda de acordo com Cabanellas, não havia nenhum motivo de índole constitucional ou de coerência legislativa que houvesse impedido incluir condutas culposas dentro das puníveis com as sanções previstas no art. 42 da Lei 22.262/80, entretanto, essa inclusão seria contrária ao esquema de graduação de penas utilizado pela lei.⁵³

A respeito da figura incluída no inciso d) do art. 41, consistente na subordinação da celebração de contratos a certas condições, afirma Cabanellas que não pode haver contratos sem vontades dirigidas à sua celebração e a conduta prevista no citado inciso é o condicionamento do exercício de tal vontade a certos atos de terceiros. Em outras palavras, trata-se de oferecer a terceiros determinada conduta voluntária, o que não pode acontecer senão de forma dolosa, pois embora culposamente se possa fazer surgir em tais terceiros a idéia de tal condicionamento, cedo ou tarde terá que se optar entre celebrar ou não os contratos em questão, o que somente se pode fazer intencionalmente⁵⁴.

⁵¹ Idem, Ibidem, p. 162.

⁵² Idem, Ibidem, p. 162.

⁵³ Idem, Ibidem, p. 163.

⁵⁴ Idem, Ibidem, p. 163.

Outra questão que sugerem as figuras previstas no art. 41 da Lei 22.262/80, se conecta com a complexidade destas, ao requerer que se configure também as condições enunciadas no art. 1º. Poderia se argumentar que embora em relação aos elementos incluídos nos distintos incisos do art. 41 é necessária uma conduta dolosa, isto não seria aplicável em relação às condutas enumeradas no art. 1º. Para efeitos de considerar este possível argumento, deve distinguir-se entre os diversos elementos fundamentais incluídos no citado art. 1º⁵⁵.

Em relação à limitação, restrição ou distorção da concorrência, e do abuso de posição dominante, as figuras descritas nos diferentes incisos do art. 41 constituem, em todos os casos, salvo no inciso d), evidentes restrições à concorrência. Em consequência, se existiu dolo em tais figuras, também o haverá em relação a eliminação, restrição ou distorção da concorrência prevista no art. 1º⁵⁶.

Em relação ao inciso d), se observa que o mesmo se presta a constituir uma restrição da concorrência ou ainda, um abuso de posição dominante. Em relação à primeira possibilidade, pode ocorrer que quem exige a aceitação de prestações suplementares ignore ou não tenha interesse nos efeitos de tal exigência sobre a concorrência, esta poderia então resultar afetada por uma conduta culposa de quem não tomou as medidas necessárias para evitar o efeito prejudicial. Em relação ao abuso de posição dominante, o mesmo estaria constituído pela própria exigência de prestações suplementares, pelo que seria necessariamente doloso⁵⁷.

Desta forma, conclui-se que para que uma determinada infração seja punível, deve estar expressamente tipificada e, para que o agente possa ser punido, deve ter praticado dolosamente a conduta tipificada.

2.3.5 Penas Cominadas

O Art. 42 da Lei 22.262/80 estabelece as penas a serem cominadas aos atos ou condutas compreendidos no artigo 41, que poderão ser aplicadas independente ou conjuntamente.

1 - Quando o ato tiver sido praticado por pessoas físicas;

a) prisão de um a seis anos;

⁵⁵ Idem, Ibidem, p. 164.

⁵⁶ Idem, Ibidem, p. 164.

⁵⁷ Idem, Ibidem, p. 164.

b) multa de um milhão e quinhentos mil pesos a três bilhões de pesos, que poderá ser elevada até o dobro do benefício ilicitamente obtido.

2 - Quando o ato tiver sido executado pelos diretores, representantes legais, mandatários, gerentes, síndicos ou membros do conselho de vigilância de pessoas jurídicas, com os meios ou recursos facilitados pela mesma ou obtidos dela com tal fim, de maneira que o ato resulte cumprido em nome, com a ajuda ou em benefício da pessoa jurídica, impor-se-á:

a) multa de um milhão e quinhentos mil pesos a três bilhões de pesos, que poderá ser elevada ao dobro do benefício ilicitamente obtido, sendo atribuída efetiva solidariedade entre o patrimônio da pessoa jurídica e os patrimônios particulares dos diretores, representantes legais, mandatários, gerentes, síndicos ou membros do conselho de vigilância que houverem intervenido na prática do ato punível;

b) prisão de um a seis anos, que será aplicada aos diretores, representantes legais, mandatários, gerentes, síndicos ou membros do conselho de vigilância que houverem intervenido na prática do ato punível;

Prevê ainda, o citado dispositivo, penalidade acessória, que compreende a inabilitação de três a dez anos para exercer o comércio, que será extensiva aos diretores, representantes legais, mandatários, gerentes, síndicos ou membros do conselho de vigilância que houverem intervenido na prática do ato punível, inabilitando-os também para atuar nos mencionados cargos ou funções pelo mesmo prazo.

Nos casos de pena de multa, deverá se computar a aplicada em virtude de medida preventiva, prevista no artigo 26, inciso c).

2.3.6 Autoridades Administrativas de Aplicação da Lei

As funções administrativas previstas na Lei 22.262/80 são atribuídas a dois órgãos: a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência e o Secretário de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais.

O art. 6º da Lei de Defesa da Concorrência cria, no âmbito da Secretaria de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais, a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência - CNDC, órgão administrativo responsável por sua aplicação.

A CNDC é órgão colegiado, composto por um Presidente e quatro Vogais, designados pelo Ministro da Economia, sendo o presidente um dos subsecretários da Secretaria de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais.

A competência da CNDC vem estabelecida no art. 12, ficando esta facultada para realizar estudos sobre a matéria, requerer as informações que julgar necessárias às autoridades, bem como a pessoas ou entidades privadas, sobre as condutas investigadas, costumes existentes na matéria ou outros assuntos de interesse relacionados com a investigação.

A CNDC fica facultada ainda para citar os supostos responsáveis e as testemunhas, receber-lhes declaração e realizar acordos; realizar perícias, celebrar audiências, solicitar arresto de bens ao juiz competente, bem como dispor, em qualquer estado do processo, que as pessoas físicas imputadas não podem se ausentar do país sem sua prévia autorização. Entretanto, tais faculdades somente poderão ser exercidas com motivo da investigação de atos compreendidos no artigo 1º.

2.3.7 Procedimento Administrativo

2.3.7.1 Instauração e Instrução

A instrução será iniciada pela CNDC de ofício ou por denúncia apresentada perante esta. Se for iniciada de ofício se procederá a uma relação dos atos que a motivaram e, se iniciar por denúncia, esta deverá conter os requisitos exigidos pelo Código de Procedimentos em Matéria Penal.

O Secretario de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais poderá, após prévia apreciação da CNDC e por decisão fundamentada, rejeitar a denúncia quando somente de sua exposição resultar que os atos não se enquadram no artigo 1º. A decisão será recorrível pelo denunciante perante a Câmara Nacional de Apelações do Penal Econômico da Capital Federal ou ante as câmaras federais correspondentes no resto do país. Se o tribunal considerar improcedente a rejeição da denúncia, devolverá as atuações ao Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais a fim de realizar o trâmite administrativo previsto na lei.

Da relação dos atos ou da denúncia que der início à instrução será notificado o suposto responsável para que, no prazo de 15 dias, forneça as explicações que julgar pertinentes. A instrução prosseguirá salvo se o suposto responsável oferecer explicações satisfatórias.

O suposto responsável poderá solicitar, durante a instrução, a realização das diligências que julgar pertinentes para sua justificativa, devendo resolver-se imediatamente

sobre sua procedência e participar nas diligências que se pratiquem, exceto se mediante resolução, a CNDC disponha o segredo da instrução.

Concluída a instrução, ocorrerá o traslado das atuações ao suposto responsável para que no prazo de 30 dias efetue sua defesa e ofereça prova. Cumprida a prova, se for pertinente, dentro dos 30 dias subsequentes a CNDC encaminhará um relatório ao Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais aconselhando o procedimento a seguir.

2.3.7.2 Compromisso de Cessação

Até o vencimento do prazo para a contestação dos autos da instrução administrativa, o suposto responsável poderá oferecer um compromisso referente à suspensão imediata ou gradual dos atos investigados ou a modificação de aspectos relacionados com eles, e que será considerado pela CNDC.

Para estes efeitos, poderá a CNDC convocar uma audiência verbal com a participação do suposto responsável, em cujo curso poderão ser oferecidas modificações à proposta.

A CNDC deliberará acerca da proposta e encaminhará as atuações ao Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais para sua decisão que, no caso de ser aprovatória, dará lugar à suspensão da instrução e à adoção das medidas tendentes a vigiar o cumprimento do compromisso.

Transcorridos três anos de cumprimento do compromisso de cessação, serão arquivados os autos do processo administrativo.

Se os atos investigados se enquadrarem nas hipóteses previstas no artigo 41, ou em caso de não cumprimento da medida que dispuser que não se inove em relação à situação existente ou ordenar a suspensão ou abstenção da conduta imputada, dispostas de conformidade com os incisos a) e b) do artigo 26, o Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais disporá a remessa das atuações a justiça competente, dentro do prazo de dez dias.

2.3.7.3 Medidas Preventivas

Quando não se propuser compromisso de cessação, se rejeitar a proposta ou o compromisso não for cumprido, o Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais, mediante decisão fundamentada, poderá dispor das seguintes medidas preventivas (art. 26):

- a) que não se inove em relação à situação existente;

- b) ordenar a suspensão ou abstenção da conduta imputada;
- c) aplicar uma multa de 500 mil pesos a 1500 milhões de pesos, que poderá elevar-se até 25% sobre o benefício ilicitamente obtido;
- d) solicitar ao juiz nacional no Penal Econômico da Capital Federal ou aos juizes federais do interior do país, segundo seja o domicílio da sociedade, a dissolução ou liquidação da mesma.

Tais medidas poderão ser aplicadas conjuntamente e serão apeláveis perante a Câmara Nacional de Apelações do Penal Econômico da Capital Federal ou ante as câmaras federais correspondentes no resto do país. O recurso será interposto por escrito dentro de cinco dias da notificação da medida e será concedido em ambos os efeitos, salvo quando for interposto a respeito da decisão de não se inovar em relação à situação existente, caso em que será recebido com efeito meramente devolutivo (art. 27).

As atuações serão elevadas ao tribunal dentro dos dois dias seguintes. Tratando-se de uma medida que ordene a suspensão ou abstenção da conduta imputada, o tribunal deverá pronunciar-se no prazo improrrogável de 20 dias (art. 27).

A medida concedida por juiz em relação a dissolução ou liquidação da sociedade, não será apelável. O recurso procederá contra a resolução judicial dispondo a dissolução e liquidação da sociedade, e não contra a medida em si (art. 27).

O não cumprimento das medidas que impõem a não inovação em relação à situação existente ou que ordene a suspensão ou abstenção da conduta imputada, facultará ao Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais impor, ao suposto responsável, pelo prazo de três dias e após o pronunciamento da CNDC, uma multa diária de até 15 milhões de pesos, sem prejuízo da sanção penal que puder corresponder (art.28).

A multa poderá ser reduzida ou não ser aplicada caso o suposto responsável justifique total ou parcialmente o seu proceder e acate a medida. Contra a resolução que a ordena poder-se-á se interpor o recurso de apelação perante a Câmara Nacional de Apelações do Penal Econômico da Capital Federal ou ante as câmaras federais correspondentes no resto do país, com efeito meramente devolutivo (art. 28).

Se na oportunidade de proferir a medida preventiva o Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais considerar que os atos investigados não se enquadram nas prescrições do artigo 1º, ordenará o arquivamento das atuações, com notificação ao denunciante se o houver, o qual poderá apelar a medida perante a Câmara

Nacional de Apelações do Penal Econômico da Capital Federal ou ante as câmaras federais correspondentes no resto do país (art. 30).

Se o tribunal considerar improcedente o arquivamento das autuações, as devolverá ao Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais para que inicie a ação estabelecida no artigo 33 ou cumpra com as medidas de prova que se lhe indiquem (art.30).

2.3.8 Procedimento Judicial

As ações para a imposição das sanções estabelecidas na lei 22.262/80 não poderão ser exercidas perante o órgão judicial competente sem a prévia substanciação do procedimento administrativo por ela regulado (art. 32).

A iniciativa da ação penal por infração ao artigo 41 e nos casos previstos nos artigos 28 e 29 compete exclusivamente ao Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais (art.33).

Serão competentes para atuar no procedimento judicial os juizes do penal econômico da Capital Federal ou os juizes federais do interior do país, de acordo com o lugar em que se cometeu o delito (art. 34).

Remetidas as autuações pelo Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais, o juiz competente dará curso ao processo conforme o procedimento plenário estabelecido no Código de Procedimentos em Matéria Penal (art. 36).

Tanto a Secretaria de Estado de Comércio e Negociações Econômicas Internacionais, como as pessoas prejudicadas poderão atuar como parte interessada (art. 37) .

Formulada a acusação, o juiz poderá decretar a prisão preventiva do imputado ou adotar medidas cautelares sobre seus bens (art. 38).

Tanto as medidas cautelares como as sentenças definitivas que se proferirem serão comunicadas à CNDC para que se proceda ao devido registro (art. 39).

Quaisquer que forem as decisões que se adotar na instância judicial, elas não afetarão as resoluções firmes adotadas na instância administrativa prévia (art. 40).

O procedimento administrativo prévio interrompe o prazo de prescrição da ação penal, que será de seis anos. O prazo começará a correr novamente a partir dos 18 meses de iniciada a atuação (art. 35).

2.4 PRINCIPAIS ASSIMETRIAS

Dada a exposição feita nas linhas anteriores, acerca das legislações antitruste do Brasil e da Argentina, procedeu-se à elaboração de um quadro comparativo, tornando possível uma melhor visualização das assimetrias existentes entre as duas leis, que serão objeto de análise no próximo capítulo, quando do confronto entre estas leis e o Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul.

Principais Assimetrias	Brasil Lei 8.884/94	Argentina Lei 22.262/80
Âmbito espacial de aplicação	infrações cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam efeitos	infrações cometidas no território nacional
Âmbito subjetivo de aplicação	art. 15 - Pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como associações de entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que estejam sob regime de monopólio legal.	Pessoas físicas ou jurídicas
Configuração da infrações	Art. 20 - Irrelevância de dolo ou culpa	Dolo e culpa relevantes (ilícito penal)
Tipificação de condutas	Art. 21 - enumeração exemplificativa + efeitos do Art. 20	Art. 41 - enumeração taxativa + efeitos do Art. 1º
Consumação da infração	produzir ou ter a potencialidade de produzir os efeitos do Art. 20, ainda que estes não sejam alcançados	produzir prejuízo contra o interesse econômico geral
Medidas preventivas	Art. 52 - impostas em qualquer fase do processo, pelo Secretário da SDE ou Conselheiro-Relator, quando houver indício ou fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação, ou de ato que torne ineficaz o resultado final do processo	Art. 26 - impostas pelo Secretário de Comércio quando não se propuser compromisso de cessação, se rejeitar a proposta ou o compromisso não for cumprido. Art. 12 - imposta pela CNDC, impede que as pessoas imputadas se ausentem do país sem autorização
Controle dos Atos e Contratos	Art. 54 - Realizado pelo CADE, possui função preventiva. Visa frustrar a possibilidade de uma alta concentração do poder econômico de determinado setor da economia.	Não há previsão neste sentido.
Procedimento	Administrativo com caráter judicial. A sentença é título executivo extrajudicial e pode ser executada pelo Judiciário em caso de descumprimento. As decisões do CADE não estão sujeitas à recurso hierárquico, podendo ser submetidas apenas à apreciação do Judiciário.	Administrativo no que se refere às investigações e à instrução. A sentença é proferida pelo judiciário em ação penal proposta exclusivamente pelo Secretário de Comércio

CAPÍTULO 3

A SITUAÇÃO DO MERCOSUL

3.1 Introdução

Em virtude do processo de globalização pelo qual atravessa o mundo nos dias de hoje, não questionando o papel por ele desempenhado, surge uma nova ordem internacional, com vistas a acompanhar as transformações exigidas por esta nova realidade.

Dentro desta nova ordem internacional, surgem novos organismos - na intenção de institucionalizá-la - e novos paradigmas de formação política: os blocos econômicos.

Tal regionalização econômica e política é corolário da idéia de integração e cooperação entre Estados, amplamente difundida com o passar dos anos e nas mais diferentes regiões, onde se tem tentado promovê-la, geralmente, entre países pertencente a uma mesma região geográfica.

A integração econômica, genericamente, visa a abolir as barreiras para consagrar a livre circulação de mercadorias, capitais e pessoas, sendo promovida pelos Estados, realizando-se através de tratados internacionais.

É preciso que se tenha em mente, contudo, “que o processo de formação e consolidação de um mercado comum implica uma integração dos países envolvidos, passando necessariamente pela cooperação econômica. Não é possível integração sem um processo consistente de integração que o anteceda e prepare”¹.

Deste modo, pode-se destacar vários níveis de colaboração econômica, ou ainda, várias fases de integração econômica:

a) Zona de Livre Comércio, implica na eliminação ou redução das taxas aduaneiras e restrições ao intercâmbio comercial, de acordo com o conceito disposto no art. XXVI do GATT².

Assim, se estabelece, através de tratados internacionais, a livre circulação das mercadorias sem barreiras ou restrições quantitativas ou aduaneiras, onde os Estados integrantes conservam total liberdade nas relações com terceiros países, porém, para que os produtos possam circular independentemente de pagamento de tarifas de importação, deverá ficar comprovado - através de certificados de origem - que a maior parte da mão-

¹ BASSO, Maristela (Org.), *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. P. 10

²GATT - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, criado em 1947 a título provisório, e substituído pela OMC - Organização Mundial do Comércio, em 1994.

de-obra e das matérias-primas provêm efetivamente de um dos países de livre comércio³.

b) União Aduaneira, implica o livre comércio e o estabelecimento de uma tarifa externa comum - TEC.

Na união aduaneira - segunda fase de integração econômica -, os países que a integram, para além de abrirem as fronteiras internas com o objetivo de zerar as tarifas entre os países-sócios, estabelecem uma tarifa externa comum (TEC) para produtos importados de terceiros países. Nesse estágio de integração, elimina-se o certificado geral de origem, obrigatório numa zona de livre comércio, bem como passam os Estados-partes a negociar com o exterior em bloco e não mais individualmente⁴.

c) Mercado Comum, por sua vez, implica o livre comércio, a união aduaneira e mais a livre circulação de pessoas, serviços, bens e capitais. Objetivo dos processos de integração, é o mercado comum a “forma mais desenvolvida de integração econômica em que há uma liberdade de circulação de mercadorias, pessoas e capitais, bem como é fixada uma política econômica comum em relação aos não membros”⁵.

d) União Política e Econômica, implica o mercado comum, um sistema monetário comum e uma política externa e de defesa comuns. Este último estágio da fase integracionista nasceu com o Tratado de Maastricht, que rege atualmente a Europa Comunitária, cuja meta é atingir uma união monetária, com a instituição de uma moeda única, e o estabelecimento de critérios de convergência das economias dos Estados-Membros⁶.

De acordo com Maristela Basso, as duas primeiras etapas implicam cooperação e, as duas últimas, representam integração econômica. E, “a cada um desses níveis de colaboração, os Estados vão renunciando as parcelas de suas competências soberanas em nome das instituições ou órgãos que trabalham para a integração, que as deterão de forma exclusiva e irreversível”⁷.

Feitas estas observações de caráter geral, mister se faz a exposição e a análise da estrutura e do processo de integração do Mercosul.

³ ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul & Comunidade Européia: Estrutura Jurídico-Institucional*. Curitiba: Juruá, 1996. P.18

⁴ Idem, Ibidem, p. 20-21.

⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. P.119.

⁶ ALMEIDA, Op. cit., 30.

⁷ BASSO, Op. cit., p. 10.

3.2 Regulamentação, Objetivos e Meios de Implementação do Mercosul

O Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991 entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, que define as bases para a criação do Mercado Comum, foi aditado por Protocolos Adicionais, dentre os quais se destacam o Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias no Mercosul (em 17/12/91), o Protocolo de Ouro Preto sobre Aspectos Institucionais (em 17/12/95) e, mais especificamente no âmbito deste trabalho, o Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul (em 17/12/96).

Os objetivos do Mercosul estão estabelecidos no art. 1º do Tratado de Assunção e, em síntese, são os seguintes: a) a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os Estados Partes; b) o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou Blocos; c) a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes, com o fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os mesmos e o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações visando à integração.

José Matias Pereira ressalva que:

O tratado que instituiu o Mercosul, deve-se destacar, tem como objetivos principais a inserção mais competitiva das economias dos quatro países num mundo em que se consolidam grandes blocos econômicos e onde o progresso tecnológico se torna cada vez mais essencial para o êxito dos planos de desenvolvimento. Visa também favorecer economias de escala, reforçando a posição de cada um dos países membros com o incremento da produtividade, além de estimular os fluxos de comércio com o resto do mundo, tornando mais atraentes os investimentos na região. Nesse sentido, não se trata de reproduzir, num plano regional uma política de substituição de importações⁸.

Buscando promover esforços de abertura nas economias dos quatro países, o Tratado de Assunção (TA) estabeleceu os meios de implementação do Mercosul. Consistem, tais meios, na instituição de um Programa de Liberalização Comercial (Anexo I do TA), que compreende a Coordenação de Políticas Macroeconômicas, a criação de uma Tarifa Externa Comum, o estabelecimento de um Regime Geral de Origem (Anexo II do TA), bem como Cláusulas de Salvaguardas (Anexo IV do TA).

⁸PEREIRA, José Matias. A Defesa da Concorrência no Mercosul. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.21, p. 10, out./dez., 1995.

O Tratado que institui o Mercosul estabelece, ainda, Listas de Exceções ao Programa de Liberalização Comercial e um Sistema de Solução de Controvérsias (Anexo III do TA).

Durante o período de transição para a Zona de Livre Comércio, que se estendeu até 31/12/1994, a grande preocupação foi remover obstáculos tarifários e não-tarifários à livre circulação de bens, capitais e pessoas, bem como os elementos incompatíveis com o processo de integração, constituídos na fase de industrialização substitutiva.

No plano tarifário, o Tratado de Assunção estabeleceu um cronograma automático de redução de tarifas e a redução anual da lista de exceções dos chamados "produtos sensíveis". No plano não-tarifário, buscou-se derrubar medidas administrativas e normas técnicas que constituíssem obstáculos à livre circulação ou que criassem distorções no comércio, tudo isso baseado num espírito de desregulamentação e de harmonização.

A organização do Mercosul, prevista no Tratado de Assunção, fundamentou-se em uma concepção pragmática que, evitando criar órgãos comunitários no período de transição, previa a constituição de entidades intergovernamentais, cujas decisões seriam tomadas por consenso em reuniões periódicas entre autoridades homólogas dos Países-membros.

Com as decisões adotadas em Buenos Aires, em agosto de 1994, e em Ouro Preto, em dezembro de 1994, completou-se, em sua essência, o quadro normativo que regula o funcionamento do Mercosul em sua dimensão comercial a partir de 1º de janeiro de 1995.

Em 01/01/1995, implantou-se a União Aduaneira, com uma Tarifa Externa Comum - TEC, definida para todo o universo tarifário. Entretanto, figuram ainda listas de exceções à TEC, motivo pelo qual, pode o Mercosul ser considerado uma União Aduaneira imperfeita.

3.3 Estrutura Institucional do Mercosul

O processo de integração ganha, a partir da Cúpula de Ouro Preto, o perfil concreto de uma União Aduaneira (ainda que imperfeita), o que permite a superação de uma importante fase rumo ao objetivo final de formação de um Mercado Comum.

O Mercosul passa a contar com instituições que viabilizam o aprofundamento do processo de integração e as negociações conjuntas com terceiros países ou blocos econômicos.

Os esforços empreendidos nas negociações institucionais do Mercosul durante o período de transição estão consubstanciados no instrumento jurídico denominado Protocolo de Ouro Preto⁹.

O principal objetivo do Protocolo de Ouro Preto consiste em estabelecer a estrutura institucional do Mercosul: seus órgãos decisórios, as atribuições específicas de cada um deles, seu sistema de tomada de decisões e o sistema destinado a dirimir controvérsias entre os Estados Partes do Tratado de Assunção. Tal estrutura institucional está destinada a vigorar durante o período de consolidação da União Aduaneira.

Neste passo, cumpre a exposição dos órgãos que integram a estrutura institucional do Mercosul, sua composição, bem como a natureza jurídica e a aplicabilidade de suas decisões, tendo em vista a posterior análise que se pretende efetuar, acerca do controle das práticas anticoncorrenciais.

3.3.1 Órgãos do Mercosul

3.3.1.1 Conselho do Mercado Comum (CMC)

É o órgão superior do Mercosul, responsável pela condução política do processo de integração. Composto pelos ministros das Relações Exteriores e da Economia dos países-membros, deve reunir-se sempre que necessário, mas pelo menos uma vez por ano. Os Presidentes dos Estados Partes devem, sempre que possível, participar da reunião anual.

3.3.1.2 Grupo Mercado Comum (GMC)

É o órgão executivo do Mercosul, coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores. Suas funções básicas são zelar pelo cumprimento do Tratado de Assunção e tomar as resoluções necessárias à implementação das decisões tomadas pelo Conselho. Possui ainda, a faculdade de iniciativa para propor medidas concretas tendentes à aplicação do programa de abertura comercial, à coordenação das políticas macroeconômicas e à negociação de acordos com terceiros Estados e organismos internacionais, participando, quando necessário, da solução de controvérsias no âmbito do Mercosul.

⁹O Protocolo de Ouro Preto foi concluído durante a Conferência Diplomática realizada em Brasília, no período de 5 a 7 de dezembro de 1994, e assinado pelos Presidentes dos Estados Partes em Ouro Preto, no dia 17 de dezembro de 1994, por ocasião da VII Reunião do Conselho do Mercado Comum e consta em anexo ao presente trabalho (Anexo 2).

Tem a prerrogativa de constituir subgrupos de trabalho, coordenando e orientando suas tarefas, bem como a de convocar reuniões especializadas para tratar das matérias apresentadas ao Grupo. É integrado por quatro membros titulares e quatro membros suplentes indicados pelos respectivos países signatários, e representantes dos seguintes órgãos públicos: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Economia ou seu equivalente e Banco Central. Deve reunir-se ordinariamente, pelo menos, uma vez a cada três meses, no território de cada um dos Estados Partes, na forma de rodízio, em ordem alfabética. Reuniões extraordinárias podem ser realizadas livremente a qualquer tempo, em qualquer lugar combinado.

3.3.1.3 Comissão de Comércio (CCM)

Tem por função assistir ao órgão executivo do Mercosul, velando pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes para funcionamento da União Aduaneira. Deverá acompanhar o desenvolvimento dos temas e matérias relacionados às políticas comerciais comuns, ao comércio intra-Mercosul e a terceiros países. Será integrada por quatro membros titulares e outros quatro suplentes, cabendo a cada Estado Parte indicar um membro. Reunir-se-á pelo menos uma vez por mês, e sempre que for solicitado pelo órgão executivo do Mercosul ou por um Estado Parte.

3.3.1.4 Comissão Parlamentar Conjunta

Possui caráter consultivo e deliberativo, podendo, ainda, formular propostas. Suas funções principais são acompanhar o processo de integração e manter os Congressos Nacionais informados e tomar as medidas necessárias à futura instalação do Parlamento do Mercosul. Será integrada por até 64 parlamentares, em efetivo exercício de seus mandatos, 16 por país, com igual número de suplentes, designados pelo Congresso Nacional do qual façam parte para exercer suas funções por dois anos, no mínimo. Os trabalhos serão coordenados por uma Mesa Diretiva, que terá quatro Presidentes (um por país). Reunir-se-á, ordinariamente, duas vezes por ano e, extraordinariamente, mediante convocação de seus quatro Presidentes. As reuniões devem realizar-se no território de cada um dos Estados Partes, de maneira sucessiva e alternada.

3.3.1.5 Fórum Consultivo Econômico-Social

Possui caráter consultivo e representa os setores econômico e social dos Estados Partes.

3.3.1.6 Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM)

Tem como funções a guarda de documentos e a edição do Boletim Oficial do Mercosul, sendo responsável pela comunicação das atividades do Grupo Mercado Comum, de modo a permitir maior difusão das decisões e da documentação pertinente.

3.3.1.7 Subgrupos de Trabalho

Diretamente subordinados ao Grupo Mercado Comum, os Subgrupos preparam as minutas de decisões a serem submetidas à apreciação do Conselho e estudam as matérias específicas tratadas no âmbito do Mercosul. Trimestralmente são realizadas reuniões, de forma alternada em cada um dos Estados Partes, por ordem alfabética, ou na sede da Secretaria Administrativa do Grupo Mercado Comum.

3.3.2 Natureza Jurídica e Aplicabilidade das Decisões dos Órgãos do Mercosul

A partir da observação da estrutura dos órgãos que compõem o Mercosul, é possível perceber a ausência de um órgão supranacional, o que demonstra, de forma inequívoca, a intenção dos Estados-Membros de não abdicar de parcela de sua soberania em favor do Bloco.

Neste contexto, é cabível o questionamento acerca da existência ou não de um ordenamento jurídico no Mercosul, considerando-se que para a implementação de um mercado comum se faz necessário um conjunto de normas para criá-lo, regulamentá-lo e orientá-lo, bem como a existência de órgãos para institucionalizá-lo.

Acerca da existência de um ordenamento jurídico no Mercosul, afirma Elizabeth Accioly Pinto de Almeida que,

Anteriormente ao Protocolo de Ouro Preto - POP, havia dúvidas quanto à obrigatoriedade das normas emanadas pelos órgãos com capacidade decisória (Conselho e Grupo Mercado Comum), posto que o Tratado de Assunção não dispunha taxativamente quanto à obrigatoriedade das Decisões e Resoluções. Porém, o Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, veio sanar definitivamente este problema, com a instituição de um direito derivado, ao dispor que os órgãos com capacidade decisória (o Conselho, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul), manifestar-se-ão mediante **decisões, resoluções e diretrizes**, respectivamente, sendo tais normas obrigatórias para os Estados-partes. Diante disso, dúvida não há de que o Tratado de Assunção, o Protocolo de Brasília, o Protocolo de Ouro Preto (direito originário), as decisões, resoluções e diretrizes, ou diretivas (direito derivado), formam um ordenamento jurídico, com suas próprias fontes (art. 41 e 42 do POP) dotado de órgãos

e procedimentos aptos para emití-las, interpretá-las e para constatar os casos de incumprimento e violações¹⁰.

Assim, conclui-se que, para que se possa admitir a existência de uma ordem jurídica no âmbito do Mercosul, é essencial o reconhecimento de fontes próprias, posto que a partir destas é que se terá uma produção normativa específica.

Estabelece o art. 41 do Protocolo de Ouro Preto, as fontes jurídicas do Mercosul:

- I. O Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais complementares;
- II. Os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos;
- III. As Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, adotadas desde a entrada em vigor do tratado de Assunção.

Cumprе ressaltar, que em relação à natureza jurídica dos órgãos do Mercosul foi mantida a estrutura orgânica de natureza intergovernamental estabelecida pelo Tratado de Assunção¹¹. Isto vale dizer que “foi descartada a criação de órgãos supranacionais, isto é, de um poder comum, acima dos Estados, que poderia aplicar diretamente algumas decisões, dispensando sua transposição para o direito nacional”¹².

De acordo com Werter Faria,

Numa organização internacional dotada de órgãos exclusivamente intergovernamentais, o processo de produção do direito equipara-se ao do direito internacional. As normas adotadas pelo órgão competente, ou por uma conferência diplomática realizada em seu seio, não gozam de eficácia direta. Por isso, estão sujeitas a incorporação nos ordenamentos nacionais, pela forma determinada pelas Constituições dos Estados membros. Apesar do caráter imperativo, a aplicação pode ser obstada pela existência de normas nacionais posteriores que as revoguem. Ainda há países que não concedem à norma internacional posição distinta e mais elevada que a das normas legais ordinárias¹³.

¹⁰ ALMEIDA, Op. cit., p. 98- 99.

¹¹ O art. 2º do Protocolo de Ouro Preto, confere capacidade decisória apenas a três órgãos de natureza intergovernamental: o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul.

¹² VENTURA, Deisy de Freitas Lima, *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. P. 56

¹³ FARIA, Werter. Métodos de harmonização aplicáveis no Mercosul e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas in: BASSO, Maristela (Org.) *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 81.

Também, foi mantido o sistema consensual de tomada de decisões utilizado por todos os órgãos do Mercosul. Deste modo, “todas as decisões, no âmbito do Mercosul, serão necessariamente tomadas por consenso, assim como todas as representações nos órgãos são paritárias. Isto quer dizer que o Brasil e o Paraguai, para efeitos de decisão, possuem rigorosamente o mesmo peso”¹⁴.

No que diz respeito ao relacionamento do Mercosul com o direito interno dos Estados Partes, foi mantido o sistema de incorporação obrigatória das normas do Mercosul no ordenamento jurídico dos países signatários mediante os procedimentos pelos mesmos definidos. As normas do Mercosul, portanto, não possuem efeito de aplicação direta.

Além da complexa negociação visando à unanimidade, as decisões dos órgãos só entrarão em vigor após: 1) a incorporação das mesmas aos ordenamentos jurídicos nacionais; 2) a comunicação do fato à SAM; 3) a comunicação aos membros, pela SAM, de que todos já lhe informaram a incorporação; 4) o transcurso de trinta dias após a comunicação da SAM (art. 40). Inexistem prazos mínimos para as etapas anteriores.

Assim, o caráter obrigatório das decisões dos órgãos, sejam elas decisões (CMC), resoluções (GMC) ou Diretrizes (CCM), reveste-se de precariedade indubitável¹⁵.

Segundo Pedro Dallari,

Na estrutura atual do Mercosul, as deliberações emanadas de suas instâncias não se constituem, por si só, em normas jurídicas em sentido estrito, mas sim em determinações políticas que vinculam os Estados Partes à promoção de adequações nos ordenamentos jurídico internos¹⁶.

Portanto, o fato de alguns órgãos da estrutura institucional do Mercosul serem dotados de capacidade decisória não implica, necessariamente, num avanço rumo ao processo de constituição de um mercado comum, posto que tais decisões, embora obrigatórias¹⁷, convertem-se em direito interno apenas após o processo legislativo previsto pelos Estados-Membros para este fim.

¹⁴ VENTURA, Op. cit., p. 58

¹⁵ Idem, Ibidem, p. 59.

¹⁶ Apud VENTURA, Op. cit., p. 60.

¹⁷ O art. 42 do Protocolo de Ouro Preto dispõe que as normas emanadas dos órgãos com capacidade decisória terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.

Entretanto, passo importante na evolução do processo integracionista foi dado no que tange à personalidade jurídica do mercado comum, posto que foi reconhecida a personalidade jurídica de direito internacional do Mercosul, o que permitirá ao bloco a aquisição de direitos e a sujeição a obrigações como uma entidade distinta dos países que o integram.

Feitas estas observações iniciais acerca da estrutura do Bloco, proceder-se-á à análise da situação atual do Mercosul em relação ao controle das práticas anticoncorrenciais, objetivo principal deste estudo.

3.4 A Defesa da Concorrência no Mercosul

A proteção à concorrência em um determinado bloco econômico se justifica, primordialmente, pela criação de um mercado comum entre os Estados que o compõem, independente do mercado interno.

Para Juan Ignacio Font Galan,

(...) o estabelecimento de um mercado comum supõe a criação de um espaço econômico supranacional, comum a vários Estados, regido por um sistema de economia de mercado. E, como se sabe, uma economia baseada no mercado (nacional ou supranacional) é, por natureza, uma economia competitiva assentada no princípio fundamental da livre concorrência (...)¹⁸.

Deste modo, tem-se que a constituição de um mercado comum implica, necessariamente, em um novo espaço concorrencial que, obviamente, não pode ser regulado pelas normas antitruste internas dos países que o compõem.

Ao assinarem o Tratado de Assunção, visando à constituição de um mercado comum, os Estados-Membros do Mercosul demonstraram tal preocupação, ao estabelecerem, no art. 4º, que “os Estados-partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre a concorrência comercial”.

Entretanto, tal disposição não prevê concretamente a criação de uma norma comum para regular a concorrência no âmbito do Mercosul. Estabelece apenas o compromisso de os Estados-Membros “coordenarem” suas respectivas “políticas nacionais”, visando a tal objetivo.

¹⁸ Apud FARIA, Op. cit., p. 85.

Neste ponto, retorna-se a um dos objetivos do Mercosul, estabelecido no art. 1º do Tratado de Assunção: “- A coordenação de políticas macroeconômicas entre os Estados-partes (...), a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-partes, e o compromisso dos Estados-partes de harmonizar suas legislações, nas partes pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”.

Tem-se, portanto, que assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Membros é um dos objetivos do Mercosul, que resulta do reconhecimento do desaparecimento dos mercados nacionais em função da fusão em um mercado único, que passa a operar em condições semelhante às de um mercado nacional.

Entretanto, mesmo tendo reconhecido a importância de uma concorrência sadia entre os competidores do mercado comum, os autores do Tratado de Assunção deixaram a cargo da “harmonização” das legislações dos Estados-Membros a tarefa de resguardar o novo espaço econômico contra práticas atentatórias ou seja, cabe à “harmonização” das legislações a tarefa de “assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-partes”.

De acordo com Werter Faria,

A uniformização das legislações nacionais não basta para defender a concorrência dos acordos, decisões e práticas concertadas, bem como da exploração abusiva de uma posição dominante no mercado comum. É necessário que haja um órgão supranacional ou intergovernamental para apurar os casos de presumível infração às regras adotadas, propor os meios adequados para a cessação das práticas restritivas e cominar multas e outras sanções aos infratores¹⁹.

O Conselho do Mercado Comum - CMC, através da Decisão nº 21/94²⁰ aprovou as “pautas básicas sobre defesa da concorrência no Mercosul”, considerando a necessidade de “contar com parâmetros comuns para a defesa da concorrência no Mercosul, de modo a possibilitar a ação coordenada dos Estados-partes para coibir as práticas contrárias à livre concorrência”.

O art. 4º da Decisão nº 21/94 do CMC estabelece o procedimento para tramitação de denúncias vinculadas à defesa da concorrência, cuja iniciativa pertence ao Estado-Parte que se considere afetado por prática que viole a livre concorrência.

¹⁹ FARIA, Op. cit., p. 86.

²⁰ O texto original da Decisão mencionada se encontra em anexo ao presente trabalho (Anexo 3).

A investigação será iniciada, em não mais de trinta dias, pelo Estado-Parte em cuja jurisdição se localize o alegado praticante da violação, de acordo com a sua legislação nacional, aplicando, quando for o caso, as sanções correspondentes.

Tendo a investigação concluído pela inexistência de violação, mas persistindo os efeitos do dano alegado, ou tendo-se concluído pela ocorrência de violação, aplicando-se as sanções e persistirem igualmente tais efeitos, o Estado-Parte afetado poderá recorrer ao procedimento geral para reclamações perante a Comissão de Comércio do Mercosul - CCM (Anexo ao Protocolo de Ouro Preto), ou diretamente ao procedimento arbitral previsto no Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias.

Cumprir destacar que apenas os Estados-Partes possuem legitimidade para utilizar o procedimento previsto na Decisão nº 21/94, tendo-se excluído qualquer outra pessoa política, bem com as pessoas físicas e as pessoas jurídicas.

As “pautas gerais de harmonização” que figuram como anexo à Decisão do CMC em questão, definem quais as práticas consideradas violação à concorrência no Mercosul, bem como impõe que os Estados-Partes submetam a controle as operações de qualquer natureza entre empresas ou grupo de empresas que impliquem uma concentração econômica, das quais resulte uma participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante e que possam produzir efeitos anticoncorrenciais em todo ou em parte do Mercosul.

Estabelece ainda, a referida Decisão, que até 30 de junho de 1995, a Comissão de Comércio submeterá ao Grupo Mercado Comum, proposta de Estatuto de Defesa da Concorrência no Mercosul, sendo que o GMC decidirá se o Estatuto se constituirá como um instrumento de referência, ao qual deverão estar adequadas as legislações nacionais sobre a matéria ou se implementará como Protocolo.

Tal previsão, no entanto, não foi cumprida no prazo fixado, tendo o Conselho do Mercado Comum aprovado o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, através da Decisão nº 18/96, apenas em 17 de dezembro de 1996.

Mesmo tendo sido assinado pelos Presidente dos quatro Estados-Membros, o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul não foi ratificado por nenhum deles até a presente data, não possuindo, portanto, validade perante o direito interno dos mesmos.

Deste modo, a defesa da concorrência no Mercosul continua sendo regulada pela Decisão nº 21/94 do Grupo Mercado Comum - GMC, bem como, subsidiariamente, no que

tange à solução de controvérsias relativas à matéria, pelo Anexo ao Protocolo de Ouro Preto e pelo Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias.

Este fato não impede, contudo, que se proceda à análise das disposições estabelecidas no referido Protocolo, na tentativa de verificar a compatibilidade destas com as normas que regulam a matéria à nível de direito interno nos Estados-Partes, até porque o mesmo será ratificado no futuro.

3.4.1 Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul

3.4.1.1 Objetivos e Âmbito de Aplicação

O Conselho do Mercado Comum, através da Decisão nº 18/96²¹, aprovou o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, estabelecendo como objeto, art. 1º, a defesa da concorrência no âmbito do Mercosul.

Para tanto, dispõe o art. 2º que “as regras deste Protocolo aplicam-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes”.

Assim, ficam definidos tanto o âmbito espacial como o subjetivo de aplicação deste Protocolo. Como aspecto subjetivo, consideram-se as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades e, como aspecto espacial, produzir ou ter a potencialidade de produzir efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes.

Incluem-se ainda, no âmbito subjetivo de aplicação do Protocolo, as empresas que exercem monopólio estatal, na medida em que as regras por ele estabelecidas não impeçam o desempenho regular de atribuição legal.

Para que não restem dúvidas acerca da abrangência das leis nacionais que regulam a matéria, determina o art. 3º que “é da competência exclusiva de cada Estado Parte a regulação dos atos praticados no respectivo território por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado ou outra entidade nele domiciliada e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se restrinjam”.

²¹ O texto original da mencionada Decisão se encontra em anexo ao presente trabalho (Anexo 4).

Os Estados-partes, ao definirem regras aplicáveis às práticas restritivas suscetíveis de afetar o comércio entre eles, segundo Werter Faria, "optaram pelo sistema da barreira dupla ou do concurso, segundo o qual as regras de concorrência aplicáveis aos acordos, decisões e práticas concertadas e aos abusos de posição dominante que possam afetar o comércio entre os Estados partes não exclui as legislações nacionais referentes às operações que sejam capazes de prejudicar somente o comércio interno"²².

Deste modo, fica evidente que os Estados Partes continuam a ser soberanos no controle das práticas anticoncorrenciais que não gerarem efeitos no âmbito do Mercosul. Entretanto, torna-se complexo definir quais atos poderiam gerar efeitos apenas nos Estados Partes sem afetar o Mercosul, uma vez que todas as empresas concorrem entre si, qualquer que seja o seu país de origem.

Pode-se concluir então, que a formação de um mercado comum entre um determinado grupo de países implica na redefinição da área geográfica e econômica do mercado relevante em que se opera a concorrência.

De acordo com Werter Faria,

Os mercados comuns não constituem simples ampliação de mercados nacionais, mas a transformação destes num só, abrangendo os territórios dos Estados participantes dos acordos internacionais celebrados com esse fim, e funcionam a semelhança de um mercado interno. Para o desenvolvimento das trocas, dentro do espaço econômico resultante da unificação dos mercados nacionais, não basta a eliminação entre os Estados membros, das tarifas aduaneiras, encargos de efeito equivalente, bem como a adoção de uma tarifa aduaneira comum nas relações com países terceiros. Precisam ser criadas condições uniformes de funcionamento do mercado único, no tocante à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços, de capitais e à livre concorrência²³.

Assim, a concorrência que anteriormente se operava entre empresas de um determinado setor econômico, em um espaço territorial definido, geralmente, como sendo o mercado interno de um dado país, estende-se agora ao espaço territorial definido pelo bloco, ou seja, ao espaço territorial formado pela soma dos territórios dos Estados membros, abrangendo todas as empresas que atuam naquele setor econômico.

²² FARIA, Op. cit., p. 87.

²³ FARIA, Werter. Regras de Concorrência e Órgãos de Julgamento das Infrações e de Controle das Concentrações. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n 8, p. 25, agosto, 1996.

Outra questão que merece importância é a que diz respeito aos subsídios prestados pelos Estados a um determinado setor econômico que se julgue não ter condições de desenvolvimento sem tal auxílio. Até que ponto um Estado Parte pode definir quais setores vai subsidiar, sem importar-se com a concorrência exercida pelas empresas atuantes no mesmo setor dos outros membros do bloco?

Neste ponto, fica claro que a defesa da concorrência deve ser feita em dois aspectos: um atinente aos atos praticados entre as empresas concorrentes e outro, referente aos auxílios prestados pelo Estado em detrimento da concorrência.

Segundo Werter Faria,

No tratado constitutivo da Comunidade Económica Europeia há duas classes de regras de concorrência: uma aplicável às empresas em relação às práticas comerciais restritivas e outra aos Estados membros quanto aos auxílios que afetam as trocas comerciais entre estes e falseiam ou ameaçam falsear a concorrência, favorecendo determinadas empresas ou produções²⁴.

Há que definir, portanto, de modo claro e preciso, a forma pela qual os Estados poderão prestar subsídios às empresas, tendo-se em vista a probabilidade de dano que essa atuação estatal representa às relações de mercado.

Tal preocupação foi considerada pelo art. 32 do Protocolo, que estabelece o compromisso dos Estados Partes de elaborar normas e mecanismos comuns que disciplinem as ajudas de Estado que possam limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e sejam suscetíveis de afetar o comércio entre eles, dentro do prazo de dois anos a contar da entrada em vigência do Protocolo, e para fins de incorporação a este instrumento.

3.4.1.2 Das Condutas e Práticas Restritivas da Concorrência

Em consonância com as legislações nacionais que regulamentam a defesa da concorrência, o Protocolo não adotou o sistema da tipificação de condutas que seriam, por si só, atentatórias à livre concorrência. Assim, determina quais as condutas e quais os efeitos que serão considerados infração à ordem concorrencial.

²⁴ Idem, Ibidem, p.26.

O art. 4º estabelece que constituem infração às normas do Protocolo, independentemente de culpa, os atos individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a livre concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes.

Através da observação do disposto no referido artigo, podem ser identificados vários elementos distintos na caracterização de uma conduta como sendo infrativa ou não.

Inicialmente, pode-se destacar que para se caracterizar a infração é irrelevante se os agentes ativos agiram ou não com culpa. A responsabilidade, segundo o previsto no Protocolo, decorre da avaliação objetiva dos efeitos da conduta. Se a prática em consideração tiver como objeto alguma das hipóteses previstas e afetar o comércio entre os Estados-partes, não há que arguir a culpabilidade do agente, posto que caracterizada está a infração.

O Protocolo também não considera relevante se a prática é individual ou concertada, bem como, a forma sob a qual é manifestada.

Já no que se refere aos efeitos visados ou alcançados pelo ato, o Protocolo estabelece três figuras distintas:

- a) limitar, restringir, falsear ou distorcer a livre concorrência;
- b) limitar, restringir, falsear ou distorcer o acesso ao mercado; e
- c) abusar de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços.

Entretanto, para que seja configurada a infração é necessário, ainda, que o ato afete o comércio entre os Estados-partes.

Merece destaque a ressalva prevista no art. 5º, onde se estabeleceu que a simples conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ofensa à concorrência.

O art. 6º enumera, de forma exemplificativa, as condutas que, na medida que configurarem as hipóteses do art. 4º, caracterizam práticas restritivas da concorrência.

Confrontando o disposto no Protocolo, acerca das condutas e práticas restritivas da concorrência com as disposições da lei brasileira (Lei nº 8.884/94) e com as disposições da lei argentina (Lei nº 22.262/80) sobre a matéria, pode-se verificar três pontos de assimetria, que podem ser assim identificados:

1 - Tanto o Protocolo como a lei brasileira consideram irrelevante a culpa do agente ativo; já a lei argentina, tendo em vista o seu enfoque penal, considera a culpa do agente como relevante para determinar a ocorrência de infração (ilícito penal).

2 - No que se refere às condutas enumeradas nos diplomas legais sob comento, deve-se destacar que a relação do art. 5º do Protocolo, bem como a do art. 21 da Lei 8.884/94, constituem enumeração meramente exemplificativa. Já as condutas enumeradas no art. 41 da lei argentina, constituem enumeração taxativa. A previsão argentina deve-se, novamente, ao enfoque penal do qual se reveste aquela lei, posto que não há crime sem lei anterior que o defina, ou seja, para configurar o ilícito penal a conduta deve estar devidamente tipificada em lei.

3 - Por fim, no tocante à consumação da infração, os três diplomas contém previsão diversa. O Protocolo considera essencial que a conduta afete o comércio entre os Estados-partes. A lei brasileira considera consumada a infração se o ato produzir ou tiver a potencialidade de produzir os efeitos previstos, ainda que estes não sejam alcançados. Já a lei argentina exige, para a consumação da infração, que o ato produza prejuízo ao interesse econômico geral.

As assimetrias descritas nos itens 1 e 2 decorrem do mesmo fato, o caráter penal da lei argentina. Entretanto, se considerarmos que a aplicação do Protocolo não prejudica a aplicação da sanção penal prevista, ou seja, se considerarmos que ambas podem ser aplicadas cumulativamente, não há motivo para que se considere a lei argentina incompatível com as disposições do Protocolo. É bem verdade que não há previsão expressa neste sentido, mas também não há proibição. Muito pelo contrário, o art. 3º do Protocolo não exclui a aplicação das legislações nacionais quando as condutas sob exame forem capazes de causar prejuízo somente ao comércio interno. Deste modo, pode-se considerar que, se a conduta que afetou o comércio entre os Estados-partes também causar prejuízo ao interesse econômico geral no âmbito da Argentina, nada impede que se aplique a sanção penal correspondente juntamente com a sanção estipulada pelo Protocolo.

No que se refere à consumação da infração, a assimetria não se mostra de grande importância, posto que, como já se observou anteriormente, esta se dá em mercados relevantes diversos. Portanto, aplicando-se o raciocínio anterior, se a infração for considerada consumada pela legislação brasileira e não o for pelo Protocolo, aplica-se a lei brasileira e, se for considerada consumada por ambos, aplica-se o Protocolo. Entre a lei argentina e o Protocolo

não há uma divergência considerável, posto que ambos necessitam de um “prejuízo” para considerar a infração consumada.

3.4.1.3 - Dos Órgãos de Aplicação

Compete à Comissão de Comércio do Mercosul, nos termos do art. 19 do Protocolo de Ouro Preto (que prevê suas funções e atribuições), e ao Comitê de Defesa da Concorrência aplicar o presente Protocolo.

O parágrafo único do art. 8º cria o Comitê de Defesa da Concorrência, órgão de natureza intergovernamental, que será integrado pelos órgãos nacionais de aplicação do Protocolo em cada Estado Parte.

3.4.1.4 - Das Sanções

O Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, determinará a cessação definitiva da prática infrativa dentro de prazo a ser especificado e, em caso de descumprimento da ordem de cessação, definirá a multa diária a ser aplicada.

A determinação de cessação e a aplicação de multa, serão levadas a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora.

O art. 28 estabelece que em caso de violação das normas do Protocolo, aplicar-se-ão as seguintes sanções, cumulada ou alternativamente:

- I - multa, baseada nos lucros obtidos com a prática infrativa, no faturamento bruto ou nos ativos envolvidos, a qual reverterá em favor do órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora;
- II - proibição de participar de regimes de compras públicas em quaisquer dos Estados Partes, pelo prazo que determinar;
- III - proibição de contratar com instituições financeiras públicas de quaisquer dos Estados Partes, pelo prazo que determinar.

O Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, poderá ainda, a título de penalidade acessória, recomendar às autoridades competentes dos Estados-partes que não concedam ao infrator incentivos de qualquer natureza ou facilidades de pagamento de suas obrigações de natureza tributária.

Tais penalidades, tanto acessórias como principais, serão levadas a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora.

De acordo com o art. 29, para a gradação das sanções estabelecidas no presente Protocolo, considerar-se-ão a gravidade dos fatos e o nível dos danos causados à concorrência no âmbito do Mercosul.

3.4.1.5 - Do Procedimento de Aplicação

O procedimento será iniciado pelos órgãos nacionais de aplicação, de ofício ou mediante representação fundamentada de parte legitimamente interessada, que deverá ser encaminhada ao Comitê de Defesa da Concorrência, juntamente com avaliação técnica preliminar (art. 10).

O Comitê de Defesa da Concorrência, após análise técnica preliminar, procederá à instauração de investigação encaminhando regularmente à Comissão de Comércio do Mercosul relatórios sobre o estado de tramitação dos casos em estudo ou, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, o arquivamento do processo (art. 11 e 12).

Em caso de urgência ou ameaça de dano irreparável à concorrência, o Comitê de Defesa da Concorrência definirá, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, a aplicação de medidas preventivas, inclusive a imediata cessação da prática sob investigação, a reversão à situação anterior ou outras que considere necessárias, podendo, também definir a aplicação de multa à parte infratora, em caso de inobservância da medida preventiva. (art. 13 e seu § 1º).

A aplicação da medida preventiva ou da multa será executada pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado o representado (art. 13, § 2º).

O Comitê de Defesa da Concorrência estabelecerá, em cada caso investigado, pautas que definirão, entre outros aspectos, a estrutura do mercado relevante, os meios de prova das condutas e os critérios de análise dos efeitos econômicos da prática sob investigação (art. 14).

O órgão nacional de aplicação do Estado Parte, em cujo território estiver domiciliado o representado, realizará investigação da prática restritiva da concorrência e divulgará relatórios periódicos sobre suas atividades, levando em conta as pautas definidas pelo Comitê de Defesa da Concorrência (art. 15).

Em relação ao agente responsável pela suposta infração, o Protocolo estabelece apenas que “será assegurado ao representado o exercício do direito de defesa” (art. 15, § 2º).

O art. 16 estabelece a cooperação entre as agências nacionais de proteção à concorrência dispondo que “aos órgãos nacionais de aplicação dos demais Estados Partes

compete auxiliar o órgão nacional responsável pela investigação mediante o fornecimento de informações, documentos e outros meios considerados essenciais para a correta execução do procedimento investigatório”.

Na hipótese de ocorrência de divergências a respeito da aplicação dos procedimentos previstos neste Protocolo, o Comitê de Defesa da Concorrência poderá solicitar à Comissão de Comércio do Mercosul pronunciamento sobre a matéria (art. 19, parágrafo único).

Uma vez concluído o processo investigatório, o órgão nacional responsável pela investigação, apresentará ao Comitê de Defesa da Concorrência parecer conclusivo sobre a matéria que, após examinar o parecer, e *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, definirá as práticas infrativas e estabelecerá as sanções a serem impostas ou as demais medidas cabíveis ao caso (art. 20).

Se o Comitê de Defesa da Concorrência não alcançar o consenso, encaminhará suas conclusões, consignando as divergências existentes, à Comissão de Comércio do Mercosul que se pronunciará mediante a adoção de Diretiva, definindo as sanções a serem aplicadas à parte infratora ou as medidas cabíveis ao caso, que serão aplicadas pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora (art. 20, § 2º).

Se ainda não for alcançado o consenso, a Comissão de Comércio do Mercosul encaminhará as diferentes alternativas propostas ao Grupo Mercado Comum, que se pronunciará sobre a matéria mediante a adoção de Resolução (art. 21).

Por fim, se o Grupo Mercado Comum não alcançar o consenso, o Estado Parte interessado poderá recorrer diretamente ao procedimento previsto no Capítulo IV do Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias (art. 21, parágrafo único).

3.4.1.6 - Do Compromisso de Cessação

Em qualquer fase do procedimento, o Comitê de Defesa da Concorrência poderá homologar, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, Compromisso de Cessação da Prática sob investigação, o qual não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, devendo, necessariamente, conter as seguintes cláusulas:

- a - obrigações do representado, no sentido de cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
- b - valor de multa diária a ser imposta no caso de descumprimento do Compromisso de Cessação;
- c - obrigação do representado de apresentar relatórios periódicos sobre sua atuação no mercado, mantendo o órgão nacional de

aplicação informado sobre eventuais mudanças na sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

Enquanto estiver sendo cumprido o Compromisso de Cessação o processo ficará suspenso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no Compromisso.

O Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, poderá homologar alterações no Compromisso de Cessação, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízos para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração à concorrência.

O Compromisso de Cessação, as alterações do Compromisso e a sanção a ser aplicada em caso de descumprimento, serão levados a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado o representado.

3.4.1.7 - Do Controle dos Atos e Contratos

O art. 7º estabelece que os Estados Partes adotarão, para fins de incorporação à normativa do Mercosul e dentro do prazo de dois anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul.

3.4.1.8 - Da Cooperação

Para assegurar a implementação do Protocolo, estabelece o art. 30 que os Estados Partes, por meio dos respectivos órgão de aplicação, adotarão mecanismos de cooperação e consultas no plano técnico no sentido de:

- a) sistematizar e intensificar a cooperação entre os órgão e autoridades nacionais responsáveis com vistas ao aperfeiçoamento dos sistemas nacionais e dos instrumentos comuns de defesa da concorrência, mediante um programa de intercâmbio de informações e experiências, de treinamento de técnicos e de compilação da jurisprudência relativa à defesa da concorrência no Mercosul;
- b) identificar e mobilizar, por meio de acordos de cooperação técnica em matéria de defesa da concorrência celebrados com outros Estados ou agrupamentos regionais, os recursos necessários à implementação do programa de cooperação a que se refere a alínea anterior.

3.4.1.9 - Da Solução de Controvérsias

O art. 31 determina que aplica-se o disposto no Protocolo de Brasília e no Procedimento Geral para Reclamações Perante a Comissão de Comércio do Mercosul previsto no Anexo ao Protocolo de Ouro Preto às divergências relativas à aplicação, interpretação ou descumprimento das disposições contidas no Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul.

3.4.1.10 - Da Ratificação do Protocolo

De acordo com Isabel Vaz, “o ato de referendar um tratado internacional, por parte do Congresso, significa não apenas o reconhecimento de sua compatibilidade com a Constituição, mas ainda o compromisso no sentido de desenvolver uma ação destinada a implementar os objetivos do texto aprovado e de efetuar a coordenação das políticas macroeconômicas necessárias para tal finalidade”²⁵.

Deste modo, assim que for referendado pelos Congressos nacionais dos Estados-partes e ratificado pelo respectivo Chefe de Estado, o Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul passará a ter eficácia plena perante o direito interno destes.

Dispõe o art. 33 que o presente Protocolo é parte integrante do Tratado de Assunção e entrará em vigor trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados Partes que o ratifiquem e, no caso dos demais signatários, no trigésimo dia após o depósito do respectivo instrumento de ratificação.

O Protocolo estabelece ainda que o Governo da República do Paraguai será o depositário do Protocolo e dos instrumentos de ratificação, e enviará cópias, devidamente autenticadas, dos mesmos aos Governos dos demais Estados Partes, notificará os Governos dos demais Estados Partes a data da entrada em vigor do presente Protocolo, bem como a data de depósito dos instrumentos de ratificação.

O Protocolo poderá ser revisto de comum acordo, por proposta de um dos Estados Partes e a adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará, *ipso iure*, a adesão ao Protocolo.

Por fim, determina o art. 34 que nenhuma disposição do Protocolo se aplicará a qualquer prática restritiva da concorrência cujo exame tenha sido iniciado por autoridade competente de um Estado Parte antes da sua entrada em vigor.

²⁵ VAZ, Isabel. O contexto jurídico-constitucional do Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, nº122, p. 149, maio/jul. 1994.

3.5 Quadro Comparativo das Assimetrias entre as Leis Nacionais e o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (Decisão nº 18/96 do CMC)

Principais Assimetrias	Brasil Lei 8.884/94	Argentina Lei 22.262/80	Mercosul Decisão nº 18/96 do CMC
Âmbito espacial de aplicação	infrações cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam efeitos	infrações cometidas no território nacional	infrações cometidas no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados-partes
Âmbito subjetivo de aplicação	art. 15 - Pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como associações de entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que estejam sob regime de monopólio legal.	Pessoas físicas ou jurídicas	art. 2º - Pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado ou outras entidades
Configuração da infrações	Art. 20 - Irrelevância de dolo ou culpa	Dolo e culpa relevantes (ilícito penal)	Art. 4º - Irrelevância de dolo ou culpa
Tipificação de condutas	Art. 21 - enumeração exemplificativa + efeitos do Art. 20	Art. 41 - enumeração taxativa + efeitos do Art. 1º	Art. 6º - enumeração exemplificativa + efeitos do Art. 4º
Consumação da infração	produzir ou ter a potencialidade de produzir os efeitos do Art. 20, ainda que estes não sejam alcançados	produzir prejuízo contra o interesse econômico geral	afetar o comércio entre os Estados-partes
Medidas preventivas	Art. 52 - impostas em qualquer fase do processo, pelo Secretário da SDE ou Conselheiro-Relator, quando houver indício ou fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação, ou de ato que torne ineficaz o resultado final do processo	Art. 26 - impostas pelo Secretário de Comércio quando não se propuser compromisso de cessação, se rejeitar a proposta ou o compromisso não for cumprido. Art. 12 - imposta pela CNDC, impede que as pessoas imputadas se ausentem do país sem autorização	Art. 13 - impostas pelo Comitê de Defesa da Concorrência, <i>ad referendum</i> da CCM, em caso de urgência ou ameaça de dano à concorrência. §2º executada pelo órgão nacional de aplicação do Estado-partes em que estiver domiciliado o Representado
Controle dos Atos e Contratos	Art. 54 - Realizado pelo CADE, possui função preventiva. Visa frustrar a possibilidade de um alta concentração do poder econômico de determinado setor da economia.	Não há previsão neste sentido.	Art. 7º - Estabelece que os Estados-partes adotarão, dentro de dois anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos no âmbito do Mercosul.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como referência os questionamentos que levaram à escolha do tema, descritos na introdução do presente trabalho, algumas considerações merecem ser externadas neste momento.

Inicialmente, no que se refere à compatibilidade jurídica das normas antitruste dos Estados-membros do Mercosul, o que se observa é uma situação um tanto insólita, tendo-se em vista a inexistência de regulamentação em dois dos componentes do bloco: Paraguai e Uruguai.

Já no que se refere às legislações antitruste do Brasil e da Argentina, observou-se que estas visam, grosso modo, ao mesmo fim, tendem ao mesmo objetivo: proteger o adequado funcionamento do mercado.

Entretanto, as formas eleitas para solucionar o problema são bastante distintas. O Brasil procurou dar maior operacionalidade ao seu órgão de aplicação, o CADE, transformando-o em autarquia e criando um procedimento administrativo com características jurisdicionais. O CADE possui autonomia para proferir decisões acerca das infrações contra a ordem econômica e de zelar pelo cumprimento de suas decisões, podendo estas ser revistas apenas no âmbito do Poder Judiciário, descartando-se qualquer vinculação com o Poder Executivo. Possui ainda o CADE, a prerrogativa de executar judicialmente as suas decisões, o que reforça o caráter quase judicial destas.

Já a legislação argentina, que possui um enfoque eminentemente penal, não confere ao seu órgão de aplicação, a CNDC, capacidade decisória. Na verdade, dito órgão não possui autonomia para decidir nem se um processo deve ser instaurado ou não, sendo a denúncia que inicia o processo judicial, que apura a ocorrência de prática atentatória ao mercado, prerrogativa exclusiva do Secretário de Comércio e Relações Econômicas Internacionais.

Deste modo, pode-se considerar a CNDC como um órgão cuja finalidade (a exemplo da SDE no Brasil) é prestar assessoramento ao órgão de aplicação que, no caso da Argentina, é o Poder Judiciário.

Verifica-se que a CNDC possui apenas competência investigatória e preparatória do processo judicial. Em outras palavras, o procedimento administrativo previsto na legislação

antitruste argentina tem apenas a função de fornecer subsídios para a instrução do processo judicial competente para proferir a decisão (ação penal).

Feitas estas considerações, o questionamento que ora se impõe, diz respeito a implementação de uma norma comum que regule o controle das práticas anticoncorrenciais no âmbito do Mercosul.

A implementação do Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul, Decisão no. 18/96 do Conselho do Mercado Comum, pressupõe a criação de um órgão de natureza intergovernamental, denominado Comitê de Defesa da Concorrência cuja composição se dá através da união dos órgãos nacionais de aplicação das respectivas legislações antitruste.

O problema que se mostra é, como já se asseverou anteriormente, o fato de o Paraguai e o Uruguai sequer possuírem legislações antitruste e, por conseguinte, um órgão nacional de aplicação para integrar o Comitê de Defesa da Concorrência.

Outra questão que constitui ainda entrave à implementação do Protocolo é o fato do órgão de aplicação argentino exercer funções de natureza investigatória e preparatória para o processo judicial que efetivamente aplica a lei, não exercendo, portanto, função que se possa denominar propriamente como de aplicação da lei.

Assim, pode-se concluir que para que ocorra uma implementação eficaz do Protocolo, é necessário que se façam alguns ajustes na legislação argentina, posto que a brasileira aparentemente se mostra em consonância com as previsões feitas por este, e que o Uruguai e o Paraguai criem agências nacionais com o intuito de aplicar as disposições comuns do Mercosul no âmbito de seus territórios.

Vale ressaltar, entretanto, em relação à ratificação, que o protocolo prevê um sistema um tanto impróprio, na medida em que estabelece que o Protocolo “entrará em vigor trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados Partes que o ratificarem e, no caso dos demais signatários, no trigésimo dia após o depósito do respectivo instrumento de ratificação” (art. 33).

O questionamento que ora se impõe, e que não poderia deixar de ser externado, refere-se ao fato do Protocolo pretender regulamentar a situação do controle das práticas anticoncorrenciais no âmbito do Mercosul. Assim, como poderia se considerar a eficácia do instrumento no cumprimento de suas pretensões, se este permite a possibilidade de vigorar entre os dois primeiros Estados partes que o ratificarem, em detrimento dos outros signatários? Os Estados membros que não o ratificarem não estarão sujeitos à obediência de suas disposições ?

A disposição do art. 33 revela uma impropriedade, posto que para regulamentar a matéria no âmbito do Mercosul, o Protocolo deve estar em vigor para todos os Estados membros concomitantemente.

A situação atual do Mercosul, no que se refere ao controle das práticas anticoncorrenciais, entretanto, é diversa da prevista no Protocolo, posto que este ainda não foi ratificado.

A regulamentação que se tem hoje é aquela da pela Decisão nº 21/94 do Grupo Mercado Comum e, subsidiariamente, com relação às controvérsias que por ventura surgirem neste âmbito, pelo Anexo ao Protocolo de Ouro Preto e pelo Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias.

Entretanto, o fato dos órgãos do Mercosul com capacidade decisória não proferirem normas de aplicabilidade imediata dificulta sobremaneira o processo de integração e, conseqüentemente, o controle das práticas anticoncorrenciais no âmbito do Mercosul.

O art. 33 dispõe que os Estados partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para assegurar em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul com capacidade decisória.

O art. 42 pretende reforçar tal idéia dispondo que as normas emanadas por tais órgãos terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.

Deste modo, a não ser que o Estado parte já possua previsão sobre a matéria regulada na decisão (única possibilidade na qual pode se vislumbrar desnecessária a incorporação do ordenamento jurídico nacional), a norma emanada pelo órgão com capacidade decisória necessitará sempre que haja um processo legislativo nos Estados membros para se incorporar aos respectivos ordenamentos jurídicos, o que não se mostra condizente com o caráter obrigatório da dita decisão.

Outro ponto que merece destaque é o caráter intergovernamental da estrutura orgânica do Mercosul, que revela a absoluta exclusividade dos Poderes Executivos nacionais na participação das decisões tomadas no âmbito do Mercosul (através dos órgãos com capacidade decisória) como forma de manutenção de sua margem de discricionariedade e da flexibilidade no cumprimento dos compromissos assumidos.

Enfim, é possível afirmar que se os Estados-membros do Mercosul possuírem mesmo o interesse de formar um mercado comum é preciso que tenham em mente a necessidade de

uma estrutura institucional definida e eficaz, imprescindível que é para a consecução de tal objetivo.

Tendo em vista a importância já explicitada em se concretizar o processo integracionista, tendência mundial de formação de blocos que, no momento, se encontra em processo irreversível, faz-se necessário aos países que compõem o Mercosul uma maior preocupação com as questões referentes à implementação do Mercado Comum.

O presente trabalho comprovou que no plano jurídico a regulamentação existente, embora não seja a ideal face à inexistência de órgãos supranacionais que agilizem as decisões tomadas pelos Estados membros, é suficiente para a possível efetivação de um Mercado Comum.

No aspecto da defesa da concorrência, ponto principal desse trabalho, verifica-se que a regulamentação existente (Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul), se for implantada conforme o previsto, constituirá uma forma adequada de controle das práticas anticoncorrenciais no âmbito do Mercosul.

Apenas o futuro poderá revelar se o Mercosul permanecerá no atual estado de União Aduaneira, ou se será capaz de evoluir para uma verdadeira Comunidade, proporcionando condições não só para a livre circulação de bens e serviços mas, principalmente, para a melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá Editora, 1996.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Solução de divergências no Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 124, p. 155-167, out/dez. 1994.
- BARRAL, Welber Oliveira. *A Concorrência e a Ordem Jurídica Comunitária*. Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, 1993.
- BARBIERI FILHO, Carlo. *Disciplina Jurídica da Concorrência*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.
- BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BATISTA, Luiz Olavo (Org.). *Mercosul: a estratégia legal dos negócios*. São Paulo: Maltese, 1994.
- BRANDÃO, Antônio Salazar P., PEREIRA, Lia Valls (Orgs.). *Mercosul: perspectivas da integração*. Rio de Janeiro: Fund. Getúlio Vargas, 1996.
- BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. A integração econômica da América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n 114, p. 463-472, abr./jun. 1992.
- CABANELLAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Heliasta S. R. L., 1983.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Apuração de Práticas Restritivas à Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v.1, n. 4, p. 16-43, nov. 1994.
- CASELLA, Paulo Borba. Soberania e aplicação do direito de concorrência na CE e no Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 121, p. 117-143, jan./mar. 1994.
- _____. Dimensão constitucional da integração econômica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, p. 243-253, mai./jun. 1994.
- _____. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: Ltr, 1996.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro: comentários à Lei nº 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA DO MERCOSUL - SEÇÃO BRASILEIRA.
Mercosul: Informações gerais e desenvolvimentos recentes. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1995.

_____. *Cartilha do Mercosul*. 2 ed, Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1996.

COSTA E SILVA, Oswaldo da. Problemas aduaneiros da integração. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 112, p. 375-410, out./dez. 1991.

DÖBLER, Sônia Maria Marques. Infração à Ordem Econômica: Preço Predatório. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 18 - 24, maio. 1996.

DRUMOND, Iane Jansen. Aspectos Penais: Direito Penal Econômico/Direito Econômico Penal: Análise à legislação atinente aos delitos contra a Economia Popular e o CDC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 115, p. 325-361, jul./set. 1992.

DUTRA, Pedro. O acesso à Justiça e a Ampla Defesa no Direito da Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 25-37, maio. 1996.

_____. A Concentração do Poder Econômico Aspectos Jurídicos do Art. 54, da Lei 8.884/94. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 05 - 24, agosto. 1996.

DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976.

FARIA, José Ângelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 19-46, n. 105, jan./mar. 1990.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIA, Werter. A estrutura institucional definitiva do Mercosul: uma opinião. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 119, p. 71-78, jul./set. 1993.

_____. *Defesa da Concorrência no Mercosul*. Brasília: Senado Federal, 1991.

_____. Regras de concorrência e Órgãos de Julgamento das Infrações e de Controle das Concentrações. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 25 - 33, agosto. 1996.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Fundamentos da defesa econômica. *Estudos Econômicos da Construção*, São Paulo, n.1, p. 25-38, 1996.

_____. Política Industrial e Política Antitruste: uma proposta de conciliação. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, nº.8, p. 34 - 63, agosto. 1996.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Da abusividade do Poder Econômico. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, p. 23-30, out./dez. 1995.

FIGUEIRAS, Marcos Simão. *Mercosul no contexto Latino-Americano*. São Paulo: Atlas, 1994.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A cláusula "devido processo legal" e a lei antitruste nacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 104, p. 213-220, out./dez. 1989.
- _____. A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): alguns aspectos. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, v.75, p.291-308.
- _____. Introdução ao Direito da Concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.21, p. 75-120, out./dez. 1995.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- GARCIA, Fernando. Um modelo de Pesquisa sobre Estruturas de Mercado e Padrões de Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 38-43, maio. 1996.
- GOTI, Jaime E. Malamud. *Derecho Penal de la Competencia: Abastecimiento - Monopólios*. Buenos Aires: Hammurabi, 1984.
- MALARD, Neide Teresinha. O Cartel. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 21, p. 31-51, out./dez. 1995.
- _____. Integração de Empresas: Concentração, Eficiência e Controle. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 44-73, nov. 1994.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *La Regulación Económica: Teoría y Practica de la Regulación para la Competencia*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.
- PEREIRA, Edgard Antonio. Pontos para uma Agenda Econômica para a Ação Antitruste. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 66 -81, maio. 1996.
- PEREIRA, José Matias. Economia de mercado e repressão ao abuso do poder econômico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 115, p. 363-366, jul./set. 1992.
- _____. A defesa da concorrência no Mercosul. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.21, p. 09-21, out./dez. 1995.
- POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. *Estudos Econômicos da Construção*, São Paulo, n.1, p. 1 - 24. 1996.

- POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de Mercado Relevante e de Poder de Mercado no Âmbito da Defesa da Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n.5, p. 82-102, maio. 1996.
- REIS, Geraldo A. *A Doutrina de Adam Smith*. Montes Claros: Unimontes (Depto. de economia), 1996 (mimeo).
- SANDRONI, Paulo. *Novo Dicionário de Economia*. São Paulo: Best Seller, 1994.
- SAYEG, Ricardo Hasson. A Proteção do Consumidor Contra o Monopólio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 103 - 113, maio. 1996.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando. As Medidas Preventivas no art. 52 da Lei 8.884/94. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 114 - 123, maio. 1996.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando & ROSA, José Del Chiaro ferreira da. Mercado relevante e defesa da concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, p. 65-73, out./dez. 1995.
- SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- SOUTO, Marcos Jurena Villela. A nova lei antitruste brasileira: críticas e sugestões. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 114, p. 307-316, abr./jun. 1992.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. Repressão ao Abuso do Poder Econômico e Direitos Humanos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 112, p. 187-202, out./dez. 1991.
- VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; PINHO, Diva Benevides (Orgs.) *Manual de Economia*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- VAZ, Isabel. O contexto jurídico-constitucional do Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, p. 145-154, mai./jul. 1994.
- _____. Nova legislação antitruste brasileira: Aspectos regulamentares e institucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 124 p. 51-73, out/dez 1994.
- _____. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- VAZ, José Otávio de Vianna. Aspectos da "Mergermania" e dos Megabloços e seus Efeitos na Economia dos Países em Desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 116, p. 299-316, out./dez. 1992.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ANEXO I

DERECHO ANTIMONOPÓLICO

LEY 22.262

Buenos Aires, 1 agosto de 1980

Em uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5° del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional,

el Presidente de la Nación Argentina sanciona y promulga con fuerza de ley

LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

CAPÍTULO I

Ambito de aplicación de la ley

Artículo 1° - Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Art. 2° - A los efectos de esta ley se entiende:

a) que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial;

b) que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él.

Art. 3° - Quedan en particular incluidos en el artículo 1°, en tanto se den las condiciones previstas en el mismo, los actos y conductas enumeradas en el artículo 41.

Art. 4° - Los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en materia comercial, a partir de la fecha en que:

a) estuviese firme la resolución prevista en el artículo 19;

b) se hubiese dictado la resolución aprobatoria prevista en el artículo 24;

c) se hubiese dictado la resolución prevista en el artículo 26;

d) estuviese firme la resolución prevista en el artículo 30.

No obstante, transcurridos dieciocho meses de la iniciación de la instrucción, los damnificados podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios.

El plazo de prescripción será de dos años, a partir de la fecha en que la acción civil pueda ser ejercida, conforme a lo establecido en el presente.

Art. 5° - Quedan excluidos del artículo 1° los actos y conductas que se atengan a normas generales o particulares o a disposiciones administrativas dictadas en virtud de aquellas.

CAPÍTULO II

Instancia administrativa

Sección I

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Art. 6° - Créase en el ámbito de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Art. 7° - La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia estará integrada por un presidente y cuatro vocales, designados por el ministro de Economía. El presidente será uno de los subsecretarios de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales. Los vocales durarán cuatro años en sus funciones, pudiendo ser renovada su designación.

Art. 8° - Dos de los vocales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia serán abogados y dos profesionales en ciencias económicas, com reconocida versación en las materias propias de esta ley. Deberán tener treinta o más años de edad y cuatro años de ejercicio de la profesión. Tendrán una remuneración equivalente a la de los jueces nacionales de primera instancia y estarán sujetos a las previsiones del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, salvo lo dispuesto en la presente ley.

Art. 9° - Los vocales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrán ser removidos, durante la vigencia de sus mandatos, por decisión de un jurado presidido por el procurador del Tesoro de la Nación e integrado com cuatro miembros abogados, com diez años de ejercicio de la profesión, nombrados anualmente por el Poder Ejecutivo nacional, quienes seguirán en el ejercicio de sus funciones en tanto no sean preemplazados. La causa se formará obligatoriamente si existe acusación del Poder Ejecutivo nacional o del presidente del tribunal y sólo por decisión del jurado si la acusación tuviese cualquier otro origen. El jurado dictará normas de procedimiento que aseguren al derecho de defensa y el debido trámite de la causa.

Son causas de remoción:

- a) mal desempeño de sus funciones;
- b) desorden de conducta;
- c) negligencia reiterada que dilate la sustanciación de los procesos;
- d) comisión de delitos que, a juicio del jurado, sean incompatibles con la función;
- e) ineptitud.

Las funciones de los miembros del jurado serán *ad honorem*.

Art. 10 - Los miembros de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia no serán recusables, pero deberán excusarse de intervenir en los casos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En caso de excusarse el presidente será reemplazado por outro de los subsecretarios de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, designado por el ministro de Economía. En el supuesto de excusación de alguno de los vocales, el ministro de Economía proveerá a la designación de un suplente en el término de diez días.

Art. 11 - La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá ejercer sus facultades cualquiera sea el lugar del país en que se hubieren realizado los hechos.

Art. 12 - La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia queda facultada para:

- a) realizar estudios relativos a la competencia, estructura y dimensión de los mercados;
- b) requerir a las autoridades nacionales, provinciales o municipales la información que juzgue necesaria;
- c) citar a los presuntos responsables y a los testigos, recibirles declaración y realizar careos;
- d) realizar las pericias necesarias para la investigación sobre libros, documentos, papeles de comercio y sobre los demás elementos conducentes a la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes;
- e) solicitar opiniones e informes a personas o entidades privadas sobre las conductas investigadas, costumbres existentes en la materia u otros asuntos de interés relacionados con la investigación;
- f) celebrar audiencias con la participación de denunciados, damnificados, presuntos responsables, testigos y peritos;
- g) solicitar al juez competente embargo de bienes;
- h) disponer, en cualquier estado del proceso, como medida preventiva, que las personas físicas imputadas, ya sea directamente o por su participación o cooperación en otros actos cometidos por personas de existencia ideal, no puedan ausentarse del país sin su previa autorización. La decisión será recurrible ante los tribunales previstos en el artículo 27, concediéndose el recurso en relación y sólo con efecto devolutivo.

Las facultades previstas en los incisos c), d), f), g), y h) de este artículo sólo podrán ejercerse con motivo de la investigación de hechos comprendidos en el artículo 1°.

Art. 13 - Para el ejercicio de las facultades previstas en los incisos c) y f), del artículo anterior, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública. Si para el ejercicio de las demás facultades previstas en dicho artículo fuese necesario practicar allanamientos o efectuar secuestros, deberá solicitarse la orden respectiva al juez competente. Este se expedirá acerca de la procedencia de la medida solicitada en el término de cuarenta y ocho horas corridas, habilitando día y hora, si correspondiere. Tal orden no será necesaria para los allanamientos y secuestros en edificios o lugares públicos, y en negocios, comercios, locales, centros de reunión o recreo, y establecimientos industriales o rurales abiertos al público, con excepción de las partes destinadas a habitación o residencia particular.

Art. 14 - El presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá designar en cada caso un delegado que tendrá a su cargo la instrucción. Los delegados instructores podrán ser funcionarios nacionales, provinciales o municipales.

Art. 15 - La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia llevará un registro de las medidas previstas en los artículos 16, 26, 28, 29 y 30, donde se consignarán los datos de los responsables y las medidas adoptadas a su respecto.

Art. 16 - Los que obstruyan o dificulten la investigación o no cumplan los requerimientos de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrán ser sancionados por el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales con multas de hasta diez millones de pesos. Cuando a juicio de la autoridad interviniente se haya cometido la infracción mencionada, se dará vista de la imputación al presunto responsable, quien deberá efectuar los descargos y ofrecer pruebas en el plazo de cinco días. La instrucción estará a cargo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Cumplida la prueba o desestimada por improcedente, el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales dictará resolución, la que será recurrible ante los tribunales previstos en el artículo 27, concediéndose el recurso en ambos efectos y en relación.

Sección II

Procedimiento

Art. 17 - La instrucción será iniciada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de oficio o por denuncia presentada ante ésta.

Art. 18 - Si la instrucción se iniciara de oficio se procederá a una relación de los hechos que la motivan. Si se iniciara por denuncia, ésta deberá contener los requisitos exigidos por el Código de Procedimientos en Materia Penal.

Art. 19 - El Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales podrá, previo dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

y por resolución fundada, desestimar la denuncia cuando de su sola exposición resultare que los hechos no encuadran en el artículo 1º. La decisión será recurrible por el denunciante en la forma y ante los tribunales previstos en el artículo 27. Si el tribunal considerase improcedente la desestimación de la denuncia, devolverá las actuaciones al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales a fin de realizar el trámite previsto en esta sección.

Art. 20 - La relación de los hechos o la denuncia a que se refiere el artículo 18 serán notificadas al presunto responsable para que en el término de quince días dé las explicaciones que estime pertinentes.

Art. 21 - La instrucción proseguirá salvo que el presunto responsable dé explicaciones satisfactorias.

Art. 22 - El presunto responsable podrá:

a) solicitar durante la instrucción la realización de las diligencias que estime pertinentes para su descargo, debiendo resolverse inmediatamente sobre su procedencia;

b) participar en las diligencias que se practiquen, excepto que mediante resolución, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia disponga el secreto de la instrucción;

c) ser asistido por letrado.

Art. 23 - Concluida la instrucción, se correrá traslado de las actuaciones al presunto responsable por el término de treinta días para que efectúe su descargo y ofrezca pureba. Cumplida la prueba si fuere pertinente, dentro de los treinta días subsiguientes la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia producirá un informe al Secretario de Estado de Comercio y negociaciones Económicas Internacionales aconsejando el temperamento a seguir.

Art. 24 - Hasta el vencimiento del plazo para la contestación del traslado a que se refiere el artículo anterior, el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o la modificación de aspectos relacionados con ellos, el que será considerado por la Comisión Nacional de defensa de la Competencia. A estos efectos podrá convocar a una audiencia verbal con la participación del presunto responsable, en cuyo trascurso se podrán ofrecer modificaciones a la propuesta. La Competencia dictaminará acerca de la propuesta y elevará las actuaciones al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales para su decisión, la que en caso de ser aprobatoria dará lugar a la suspensión de la instrucción y a la adopción de medidas tendientes a vigilar el cumplimiento del compromiso.

Art. 25 - Trascurridos tres años de cumplimiento del compromiso a que se refiere el artículo anterior se archivarán las actuaciones.

Art. 26 - Cuando no se prospusiere un compromiso en la forma prevista en el artículo 24, se rechazare la propuesta o el compromiso fuere incumplido, el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, previa disposición de las medidas para mejor proveer que considere convenientes, mediante resolución fundada podrá disponer:

a) que no se innove respecto de la situación existente;

b) ordenar el cese o la abstención de la conducta imputada;

c) aplicar una multa de quinientos mil pesos a mil quinientos millones de pesos, la que podrá elevarse hasta un veinte por ciento por encima del beneficio ilícitamente obtenido;

d) solicitar al juez nacional en lo penal económico de la Capital Federal o a los jueces federales del interior del país, según sea el domicilio de la sociedad, la disolución y liquidación de la misma.

Art. 27 - Las medidas previstas en el artículo anterior podrán aplicarse conjuntamente. Serán apelables ante la Cámara nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital federal o ante las cámaras federales correspondientes en el resto del país. El recurso se interpondrá y fundará por escrito dentro de los cinco días de notificada la medida y se concederá en relación y en ambos efectos, salvo respecto de la decisión prevista en el inciso a) del artículo anterior, en cuyo caso se concederá com efecto meramente devolutivo.

Las actuaciones serán elevadas al tribunal dentro de los días siguientes. Tratándose de una medida incluida en el inciso b) del artículo anterior, el tribunal deberá expedirse en el término improrrogable de veinte días.

La medida del inciso d) del artículo 26 no será apelable. El recurso procederá contra la resolución judicial disponiendo la disolución y liquidación de la sociedad.

Art. 28 - El incumplimiento de las medidas previstas en los incisos a) y b) del artículo 26 facultará al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales para imponer, previo traslado al presunto responsable por el plazo de tres días y dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, una multa diaria de hasta quince millones de pesos, sin perjuicio de la sanción penal que pudiera corresponder. La multa podrá recucirse o dejarse sin efecto en caso de que el presunto responsable justifique total o parcialmente su proceder y acate la medida. Contra la resolución que la ordena podrá interponerse el recurso de apelación previsto en el artículo 27, com efecto meramente devolutivo.

Art. 29 - Si los hechos investigados encuadran en los supuestos previstos en el artículo 41, o en caso de incumplimiento de las medidas dispuestas de conformidad com los incisos a) y b) del artículo 26, el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales dispondrá el pase de las actuaciones a la justicia competente, dentro del plazo de diez días.

Art. 30 - Si en oportunidad de dictarse la resolución prevista en el artículo 26 el Secretario de Esatdo de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales considerase que los hechos investigados no encuadran en las prescripciones del artículo 1º, ordenará el archivo e las actuaciones, com notificación al denunciante si lo hubiere, quien podrá apelar la medida en la forma y ante los tribunales previstos en el artículo 27. Si el tribunal considerase improcedente el archivo de las actuaciones, las devolverá al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales para que inicie la acción establecida en el artículo 33 o cumpla com las medidas de prueba que se le indiquem.

Art. 31 - Las medidas dispuestas de conformidad com los artículos 26, 28 y 29 se publicaran en el "Boletín Oficial" por un dóa.

CAPÍTULO III

Instancia judicial

Sección I

Ejercicio de las acciones, Procedimiento aplicable

Art. 32 - Las acciones para la imposición de las sanciones establecidas en el artículo 42 no podrán ejercerse ante el órgano judicial competente sin la sustanciación previa del procedimiento administrativo regulado en el capítulo II, sección II.

Art. 33 - La iniciativa de la acción penal por infracción al artículo 41 y en los casos previstos en los artículos 28 y 29 compete exclusivamente al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales.

Art. 34 - Serán competentes para entender en el procedimiento judicial referido a los delitos mencionados en el artículo 33 los jueces en lo penal económico de la Capital Federal o los jueces federales del interior del país según sea el lugar de comisión del delito.

Art. 35 - El procedimiento administrativo previo interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal, el que será de seis años. El término comenzará a correr nuevamente a partir de los dieciocho meses de iniciada la actuación.

Art. 36 - Remitidas las actuaciones por el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, el juez competente dará curso al proceso conforme al procedimiento plenario establecido en el Código de Procedimientos en Materia Penal.

Art. 37 - Tanto la Secretaría de Estado de Comercio y Relaciones Económicas Internacionales, como las personas damnificadas podrán actuar como parte querellante.

Art. 38 - Formulada la acusación, el juez podrá dictar la prisión preventiva del imputado y adoptar medidas cautelares sobre sus bienes.

Art. 39 - Tanto las medidas previstas en el artículo anterior como las sentencias definitivas que se dicten serán comunicadas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a los efectos previstos en el artículo 15.

Art. 40 - Cualesquiera fueren las decisiones que se adopten en la instancia judicial prevista en este capítulo, ellas no afectarán las resoluciones firmes adoptadas en la instancia administrativa previa.

Sección II

De las penas en caso de delito

Art. 41 - Serán reprimidos con las sanciones previstas en el artículo 42 los siguientes actos o conductas, siempre que encuadren en el artículo 1°:

a) fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado;

b) limitar o controlar, mediante acciones concertadas, el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios, así como la producción, distribución o comercialización de los mismos;

c) establecer, mediante acciones concertadas, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

e) celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento;

f) impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores;

g) negarse, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;

h) imponer, mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en los usos comerciales.

i) destruir, como parte de una acción concertada, productos en cualquier grado de elaboración o producción, o los medios destinados a extraerlos, producirlos o trasportarlos;

j) abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada;

k) comunicar a empresas competidoras, como parte de una acción concertada, los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización bajo las cuales debrán actuar dichas empresas.

Art. 42 - Los actos o conductas comprendidos en el artículo 41 serán reprimidos con las siguientes penas, las que podrán aplicarse independiente o conjuntamente;

1. Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por *personas físicas*;

a) prisión de uno a seis años;

b) multa de un millón quinientos mil pesos a tres mil millones de pesos, la que podrá elevarse hasta el doble del beneficio ilícitamente obtenido.

2. Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de personas de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona ideal, se impondrá:

a) multa de un millón quinientos mil pesos a tres mil millones de pesos, que podrá elervarse al doble del beneficio ilícitamente obtenido, la que se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible;

b) prisión de uno a seis años, que será aplicada a los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible.

Podrá imponerse como sanción complementaria inhabilitación de tres a diez años para ejercer el comercio, que será extensiva a los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible, inhabilitándolos asimismo para actuar en los mencionados cargos o funciones por el mismo plazo.

En los casos de penas de multa, se deberá computar la aplicada en virtud del artículo 26, inciso c).

CAPÍTULO IV

Disposiciones transitorias y complementarias

Art. 43 - Serán de aplicación las disposiciones del libro I del Código Penal y las del Código de Procedimientos en Materia Penal, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente ley. No serán de aplicación las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Art. 44 - Las funciones de investigación y administración serán desempeñadas por organismos dependientes de la Secretaria de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales com el personal que se les asigne de acuerdo com la estructura que disponga el Poder Ejecutivo nacional.

Art. 45 - Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a actualizar semestralmente, por intermedio del Ministerio de Economía, los montos previstos en la presente ley, tomando como base de cálculo la variación registrada en el Índice de Precios al por Mayor, Nivel general, confeccionado por el Instituto nacional de Estadística y Censos.

Art. 46 - Derógase la Ley 12.906 Las causas en trámite, en sede administrativa o judicial, a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, continuarán sujetas a la Ley 12.906.

Art. 47 - La presente Ley entrará en vigencia a los ciento veinte días de su publicación.

Art. 48 - Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

ANEXO 2

PROTOCOLO ADICIONAL AO TRATADO DE ASSUNÇÃO SOBRE A ESTRUTURA INSTITUCIONAL DO MERCOSUL

(Ouro Preto, 17/12/1994)

A República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, doravante denominadas “Estados Partes”,

Em cumprimento ao disposto no artigo 18 do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991;

Conscientes da importância dos avanços alcançados e da implementação de uma aduaneira como etapa para a construção do mercado comum;

Reafirmando os princípios e objetivos do Tratado de Assunção e atentos para a necessidade de uma consideração especial para países e regiões menos desenvolvidos do Mercosul;

Atentos para a dinâmica implícita em todo processo de integração e para a consequente necessidade de adaptar a estrutura institucional do Mercosul às mudanças ocorridas,

Reconhecendo o destacado trabalho desenvolvido pelos órgãos existentes durante o período de transição.

Acordam:

Capítulo I

Estrutura do Mercosul

Artigo I

A estrutura institucional do Mercosul contará com os seguintes órgãos:

- I - O Conselho do Mercado Comum (CMC);
- II - O Grupo Mercado Comum (GMC);
- III - A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM);
- IV - A Comissão Parlamentar Conjunta (CPC);
- V - O Foro Consultivo Econômico-Social (EFES);
- VI - A Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

Parágrafo Único - Poderão ser criados, nos termos do presente Protocolo, os órgãos auxiliares que se fizerem necessários à consecução dos objetivos do processo de integração.

Artigo 2

São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio do Mercosul.

Seção I

Do Conselho do Mercado Comum

Artigo 3

O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões, para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum.

Artigo 4

O Conselho do Mercado Comum será integrado pelos Ministros das Relações Exteriores; e pelos Ministros da Economia, ou seus equivalentes, dos Estados Partes.

Artigo 5

A presidência do Conselho do Mercado Comum será exercida por rotação dos Estados Partes, em ordem alfabética, pelo período de seis meses.

Artigo 6

O Conselho do Mercado Comum reunir-se-á quantas vezes estime oportuno, devendo fazê-lo pelo menos uma vez por semestre com a participação dos Presidentes dos Estados Partes.

Artigo 7

As reuniões do Conselho do Mercado Comum serão coordenadas pelos Ministérios das Relações Exteriores e poderão ser convidados a delas participar outros Ministros ou autoridades de nível ministerial.

Artigo 8

Suas funções e atribuições do Conselho do Mercado Comum:

- I - Velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito;
- II - Formular políticas e promover as ações necessárias a conformação do mercado comum;
- III - Exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul;
- IV - Negociar e firmar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais. Estas funções podem ser delegadas ao Grupo Mercado Comum por mandato expreso, nas condições estipuladas no inciso VII do artigo 14;
- V - Manifestar-se sobre as propostas que lhe sejam elevadas pelo Grupo Mercado Comum;
- VI - Criar reuniões de ministros e pronunciar-se sobre os acordos que lhe sejam remetidos pelas mesmas;

VII - Criar os órgãos que estime pertinentes, assim como modificá-los ou extingui-los;

VIII - Esclarecer, quando estime necessário, o conteúdo e o alcance de suas Decisões;

IX - Designar o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul;

X - Adotar Decisões em matéria financeira e orçamentaria;

XI - Homologar o Regimento Interno do grupo Mercado Comum;

Artigo 9

O Conselho do Mercado Comum manifestar-se-á mediante Decisões, as quais serão obrigatórias para os Estados Partes.

Seção II

Do Grupo Mercado Comum

Artigo 10

O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercosul.

Artigo 11

O Grupo Mercado Comum será integrado por quatro membros titulares e quatro membros alternos por país, designados pelos respectivos Governos, dentre os quais devem constar necessariamente representantes do Ministério das Relações Exteriores, dos Ministérios da Economia (ou equivalentes) e dos Bancos Centrais. O Grupo Mercado Comum será coordenado pelos Ministérios das Relações exteriores.

Artigo 12

Ao elaborar e propor medidas concretas no desenvolvimento de seus trabalhos, o Grupo Mercado Comum poderá convocar, quando julgar conveniente, representantes de outros órgãos da Administração Pública ou da estrutura institucional do Mercosul.

Artigo 13

O Grupo Mercado Comum reunir-se-á de forma ordinária ou extraordinária, quantas vezes se fizerem necessárias, nas condições estipuladas por seu Regimento Interno.

Artigo 14

São funções e atribuições do Grupo Mercado Comum:

- I - Velar, nos limites de suas competências, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito;
- II - Propor projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum;
- III - Tomar as medidas necessárias ao cumprimento das Decisões adotadas pelo Conselho do Mercado Comum;
- IV - Fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do mercado comum;

- V - Criar, modificar ou extinguir órgãos tais como subgrupos de trabalho e reuniões especializadas, para o cumprimento de seus objetivos;
- VI - Manifestar-se sobre as propostas ou recomendações que lhe forem submetidas pelos demais órgãos do Mercosul no âmbito de suas competências;
- VII - Negociar, com a participação de representantes de todos os Estados Partes, por delegação expressa do Conselho do Mercado Comum e dentro dos limites estabelecidos em mandatos específicos concedidos para esse fim, acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais. O Grupo Mercado Comum, quando dispuser de mandato para tal fim, procederá à assinatura dos mencionados acordos. O Grupo Mercado Comum, quando autorizado pelo Conselho do Mercado Comum, poderá delegar os referidos poderes à Comissão de Comércio do Mercosul;
- VIII - Aprovar o orçamento e a prestação de contas anual apresentada pela Secretaria Administrativa do Mercosul;
- IX - Adotar Resoluções em matéria financeira e orçamentaria, com base nas orientações emanadas do Conselho do Mercado Comum;
- X - Submeter ao Conselho do Mercado Comum seu Regimento Interno;
- XI - Organizar as reuniões do Conselho do Mercado Comum e preparar os relatórios e estudos que este lhe solicitar.
- XII - Eleger o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul;
- XIII - Supervisionar as atividades da Secretaria Administrativa do Mercosul;
- XIV - Homologar os Regimentos Internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social;

Artigo 15

O Grupo Mercado Comum manifestar-se-á mediante Resoluções, as quais serão obrigatórias para os Estados Partes.

Seção III

Da Comissão de Comércio do Mercosul

Artigo 16

À Comissão de Comércio do Mercosul, órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum, compete velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionadas com as políticas comerciais comuns, com o comércio intra-Mercosul e com terceiros países.

Artigo 17

A Comissão de Comércio do Mercosul será integrada por quatro membros titulares e quatro membros alternos por Estado Parte e será coordenada pelos Ministérios das Relações Exteriores.

Artigo 18

A Comissão de Comércio do Mercosul reunir-se-á pelo menos uma vez por mês ou sempre que solicitado pelo Grupo Mercado Comum ou por qualquer dos Estados Partes.

Artigo 19

São funções e atribuições da Comissão de Comércio do Mercosul:

- I - Velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intra-Mercosul e com terceiros países, organismos internacionais e acordos de comércio;
- II - Considerar e pronunciar-se sobre as solicitações apresentadas pelos Estados Partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum.
- III - Acompanhar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum nos Estados Partes;
- IV - Analisar a evolução dos instrumentos de política comercial comum para o funcionamento da união aduaneira e formular Propostas a respeito ao Grupo Mercado Comum;
- V - Tomar as decisões vinculadas à administração e à aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes;
- VI - Informar ao Grupo Mercado Comum sobre a evolução e a aplicação dos instrumentos de política comercial comum, sobre o trâmite das solicitações recebidas e sobre as decisões adotadas a respeito delas;
- VII - Propor ao Grupo Mercado Comum novas normas ou modificações às normas existentes referentes à matéria comercial e aduaneira do Mercosul;
- VIII - Propor a revisão das alíquotas tarifárias de itens específicos da tarifa externa comum, inclusive para contemplar casos referentes a novas atividades produtivas no âmbito do Mercosul;
- IX - Estabelecer os comitês técnicos necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar as atividades dos mesmos;
- X - Desempenhar as tarefas vinculadas à política comercial comum que lhe solicite o Grupo Mercado Comum;
- XI - Adotar o Regimento Interno, que submeterá ao Grupo Mercado Comum para sua homologação.

Artigo 20

A Comissão de Comércio do Mercosul manifestar-se-á mediante Diretrizes ou Propostas. As Diretrizes serão obrigatórias para os Estados Partes.

Artigo 21

Além das funções e atribuições estabelecidas nos artigos 16 e 19 do presente Protocolo, caberá a Comissão de Comércio do Mercosul considerar reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão de Comércio do Mercosul, originadas pelos Estados Partes ou em demandas de particulares - pessoas físicas ou jurídicas - relacionadas com as situações previstas nos artigos 1 ou 25 do Protocolo de Brasília, quando estiverem em sua área de competência.

Parágrafo primeiro - O exame das referidas reclamações no âmbito da Comissão de Comércio do Mercosul não obstará a ação do Estado Parte que efetuou a reclamação ao amparo do Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias.

Parágrafo segundo - As reclamações originadas nos casos estabelecidos no presente artigo obedecerão o procedimento previsto no Anexo deste Protocolo.

Seção IV

Da Comissão Parlamentar Conjunta

Artigo 22

A Comissão Parlamentar Conjunta é o órgão representativo dos Parlamentares dos Estados Partes no âmbito do Mercosul.

Artigo 23

A Comissão Parlamentar Conjunta será integrada por igual número de parlamentares representantes dos Estados Partes.

Artigo 24

Os integrantes da Comissão Parlamentar Conjunta serão designados pelos respectivos Parlamentos nacionais, de acordo com seus procedimentos internos.

Artigo 25

A Comissão Parlamentar Conjunta procurará acelerar os procedimentos internos correspondentes nos Estados Partes para a pronta entrada em vigor das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo. Da mesma forma, coadjuvará na harmonização de legislações, tal como requerido pelo avanço do processo de integração. Quando necessário, o Conselho do Mercado Comum solicitará à Comissão Parlamentar Conjunta o exame de temas prioritários.

Artigo 26

A Comissão Parlamentar Conjunta encaminhará, por intermédio do Grupo Mercado Comum, Recomendações ao Conselho do Mercado Comum.

Artigo 27

A Comissão Parlamentar Conjunta adotará o seu Regimento Interno.

Seção V

Do Foro Consultivo Econômico- Social

Artigo 28

O Foro Consultivo Econômico-Social é o órgão de representação dos setores econômicos e sociais e será integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte.

Artigo 29

O Foro Consultivo Econômico-Social terá função consultiva e manifestar-se-á mediante Recomendações ao Grupo Mercado Comum.

Artigo 30

O Foro Consultivo Econômico-Social submeterá seu Regimento Interno ao Grupo Mercado Comum, para homologação.

Seção VI

Da Secretaria Administrativa do Mercosul

Artigo 31

O Mercosul contará com uma Secretaria Administrativa como órgão de apoio operacional. A Secretaria Administrativa do Mercosul será responsável pela prestação de serviços aos demais órgãos do Mercosul e terá sede permanente na cidade de Montevideú.

Artigo 32

A Secretaria Administrativa do Mercosul desempenhará as seguintes atividades:

- I - Servir como arquivo oficial da documentação do Mercosul;
- II - Realizar a publicação e difusão das decisões adotadas no âmbito do mercosul. Nesse contexto, lhe corresponderá:
 - i) Realizar, em coordenação com os Estados Partes, as traduções autênticas para os idiomas espanhol e português de todas as decisões adotadas pelos órgãos da estrutura institucional do Mercosul, conforme previsto no artigo 39.
 - ii) Editar o Boletim Oficial do Mercosul.
- III - Organizar os aspectos logísticos das reuniões do Conselho do Mercado Comum, do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio do Mercosul e, dentro de suas possibilidades, dos demais órgãos do Mercosul, quando as mesmas forem realizadas em sua sede permanente. No que se refere às reuniões realizadas fora de sua sede permanente, a Secretaria Administrativa do Mercosul fornecerá apoio ao Estado que sediar o evento.

- IV - Informar regularmente os Estados Partes sobre as medidas implementadas por cada país para incorporar em seu ordenamento jurídico as normas emanadas dos órgãos do Mercosul previsto no Artigo 2 deste Protocolo;
- V - Registrar as listas nacionais dos árbitros especialistas, bem como desempenhar outras tarefas determinadas pelo Protocolo Brasília, de 17 de dezembro de 1991;
- VI - Desempenhar as tarefas que lhe seja solicitadas pelo Conselho do Mercado Comum, pelo Grupo Mercado Comum e pela Comissão do Comércio do Mercosul;
- VII - Elaborar seu projeto de orçamento e uma vez aprovado pelo Grupo Mercado Comum praticar todos os atos necessários à sua correta execução;
- VIII - Apresentar anualmente ao Grupo Mercado Comum a sua prestação de contas, bem como relatório sobre suas atividades.

Artigo 33

A Secretaria Administrativa do Mercosul estará a cargo de um Diretor, o qual será nacional de um dos Estados Partes. Será eleito pelo Grupo Mercado Comum, em bases rotativas, para consulta aos Estados Partes, e designado pelo Conselho do Mercado Comum. Terá mandato de dois anos, vedada a reeleição.

Capítulo II

Personalidade Jurídica

Artigo 34

O Mercosul terá personalidade jurídica de Direito Internacional.

Artigo 35

O Mercosul poderá, no uso de suas atribuições, praticar todos os atos necessários a realização de seus objetivos, em especial contra adquirir ou alienar bens móveis e imóveis comparecer em juízo, conservar fundos e fazer transferências.

Artigo 36

O Mercosul celebrará acordos de sede.

Capítulo III

Sistema de Tomada de Decisões

Artigo 37

As decisões dos órgãos do Mercosul serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados Partes.

Capítulo IV

Aplicação Interna das Normas Emanadas dos Órgãos do Mercosul

Artigo 38

Os Estados Partes comprometem-se a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no artigo 2 deste Protocolo.

Parágrafo Único - Os Estados informarão à Secretaria Administrativa do Mercosul as medidas adotadas para esse fim.

Artigo 39

Serão publicados no Boletim Oficial do Mercosul, em sua íntegra, nos idiomas espanhol e português, o teor das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul e dos Laudos Arbitrais de solução de controvérsias, bem como de quaisquer atos aos quais o Conselho do Mercado Comum ou o Grupo Mercado Comum entendam necessário atribuir publicidade oficial.

Artigo 40

A fim de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo, deverá ser observado o seguinte procedimento:

- i) Uma vez aprovada a norma, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do Mercosul;
- ii) Quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o fato a cada Estado Parte;
- iii) As normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Partes 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, nos termos do item anterior. Com esse objetivo, os Estados Partes, dentro do prazo acima, darão publicidade do início da vigência das referidas normas por intermédio de seus respectivos diários oficiais.

Capítulo V

Fontes Jurídicas do Mercosul

Artigo 41

As normas jurídicas do Mercosul são:

- I - O tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares;
- II - Os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos;

III - As Decisões do Conselho do Mercado Comum, as resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção.

Artigo 42

As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.

Capítulo VI

Sistema de Solução de Controvérsias

Artigo 43

As controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e, das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991.

Parágrafo Único - Ficam também incorporadas aos Artigos 19 e 25 do Protocolo de Brasília as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

Artigo 44

Antes de culminar o processo de convergência da tarifa externa comum, os Estados partes efetuarão uma revisão do atual sistema de solução de controvérsias do Mercosul, com vistas à adoção do sistema permanente a que se referem o item 3 do Anexo III do Tratado de Assunção e o artigo 34 do Protocolo de Brasília.

Capítulo VII

Orçamento

Artigo 45

A Secretaria Administrativa do mercosul contará com orçamento para cobrir seus gastos de funcionamento e aqueles que determine o Grupo Mercado Comum. Tal orçamento será financiado, em partes iguais, por contribuições dos Estados Partes.

Capítulo VIII

Idiomas

Artigo 46

Os idiomas oficiais do mercosul são o espanhol e o português. A versão oficial dos documentos de trabalho será a do idioma do país sede de cada reunião.

Capítulo IX

Revisão

Artigo 47

Os Estados Partes convocarão, quando julgarem oportuno, conferência diplomática com o objetivo de revisar a estrutura institucional do Mercosul estabelecida pelo presente Protocolo, assim como as atribuições específicas de cada um de seus órgãos.

Capítulo X

Vigência

Artigo 48

O presente Protocolo, parte integrante do Tratado de Assunção, terá duração indefinida e entrará em vigor 30 dias após a data do depósito do terceiro instrumento de ratificação. O presente Protocolo e seus instrumentos de ratificação serão depositados ante o Governo da República do Paraguai.

Artigo 49

O Governo da República do Paraguai notificará aos Governos dos demais Estados Partes a data do depósito dos instrumentos de ratificação e da entrada em vigor do presente Protocolo.

Artigo 50

Em matéria de adesão ou denúncia, regerão como um todo, para o presente Protocolo, as normas estabelecidas pelo Tratado de Assunção. A adesão ou denúncia ao Tratado de Assunção ou ao presente Protocolo significam, *ipso iure*, a adesão ou denúncia ao presente Protocolo e ao Tratado de Assunção.

Capítulo XI

Disposição Transitória

Artigo 51

A estrutura institucional prevista no Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, assim como seus órgãos, será mantida até a data de entrada em vigor do presente Protocolo.

Capítulo XII

Disposição Gerais

Artigo 52

O presente Protocolo chamar-se-á “Protocolo de Ouro Preto”.

Artigo 53

Ficam revogadas todas as disposições do Tratado de Assunção de 26 de março de 1991, que conflitem com os termos do presente Protocolo e com o teor das Decisões aprovadas pelo Conselho do mercosul Comum durante o período de transição.

Feito na cidade de Ouro Preto, República Federativa do Brasil, nos dezessete dias do mês de dezembro de mil novecentos e noventa e quatro, em um original, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos. O Governo da República do Paraguai enviará cópia devidamente autenticada do presente Protocolo aos Governos dos demais Estados Partes.

ANEXO 3

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

CMC Nº 21/94

TENDO EM VISTA

O Tratado de Assunção e as Decisões Nº 13/93, 3/94, 9/94 e 10/94, e a Decisão Nº20/94 (Políticas Públicas do Conselho do Mercado Comum, e

CONSIDERANDO

Que é necessário contar com parâmetros comuns para a defesa da concorrência no Mercosul, de modo a possibilitar ação coordenada dos Estados Partes para coibir as práticas contrárias à livre concorrência:

Que vários aspectos relacionados com a defesa da concorrência estão incorporados em instrumentos já aprovados no âmbito do Mercosul; e

Que a Comissão de Defesa da Concorrência do Subgrupo de Trabalho Nº 10 desenvolveu critérios que viabilizam a adoção de um instrumento que cobre os demais aspectos da defesa da concorrência no Mercosul.

O CONSELHO DO MERCADO COMUM DECIDE:

Artigo 1 - Aprovar as pautas básicas sobre a defesa da concorrência no Mercosul, que figuram como anexo à presente Decisão.

Artigo 2 - Até 31 de março de 1995, os Estados Partes apresentarão informação detalhada, no âmbito da Comissão de Comércio, sobre a compatibilidade de suas respectivas legislações nacionais ou projetos em tramitação com “pautas gerais de harmonização” aprovadas pela presente Decisão.

Artigo 3 - Com base nessas informações, a Comissão de Comércio submeterá ao Grupo Mercado Comum, até 30 de junho de 1995, proposta de Estatuto de defesa da Concorrência do Mercosul. O GMC decidirá se o Estatuto se constituirá como um instrumento de referência, ao qual deverão estar adequadas as legislações nacionais.

Artigo 4 - Até a definição final sobre a matéria, tal como previsto no Artigo 3, aplicar-se-á o seguinte procedimento para a tramitação de denúncias vinculadas à defesa da concorrência:

a) Nos casos de violação, o Estado Parte que se considere afetado poderá, no âmbito da Comissão de Comércio, apresentar, com as justificativas de que disponha, pleito em que especifique a violação, com base nas pautas aprovadas na presente Decisão.

b) O Estado parte em cuja jurisdição se localiza o alegado praticante da violação iniciará, em não mais de 30 dias, investigação sobre a matéria, de acordo com a sua legislação nacional, e aplicará, quando pertinente, as sanções correspondentes, de acordo com seu ordenamento jurídico interno. Essas investigações terão seu prazo definido, caso a caso, pela Comissão de Comércio.

c) Caso o Estado Parte considere que, tendo a investigação concluído pela inexistência de violação e conseqüente inaplicabilidade de sanções, persistem os efeitos do dano alegado, ou que, mesmo tendo-se aplicado sanções, persistem igualmente tais efeitos, poderá esse Estado Parte recorrer ao procedimento previsto no Anexo ao protocolo de Ouro Preto ou diretamente ao procedimento previsto no Capítulo IV do protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias.

ANEXO

PAUTAS GERAIS DE HARMONIZAÇÃO

Capítulo I

1 - O presente instrumento tem por objetivo a defesa da concorrência e o livre acesso ao mercado no âmbito do Mercosul.

2 - As empresas, qualquer que seja a sua natureza jurídica e tipo, que explorem atividade não monopólica, estão sujeitas às regras da concorrência.

Capítulo II

Primeira Seção:

3 - São proibidos os acordos e as práticas concertadas entre os agentes econômicos, e as decisões de associações de empresas que tenham por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou distorcer a concorrência e o livre acesso ao mercado na produção, processamento, distribuição e comercialização de bens e serviços, em todo ou em parte do Mercosul, e que possam afetar o comércio entre os Estados partes, tais como:

I) fixar, direta ou indiretamente, os preços de compra ou venda, bem como quaisquer outras condições para a produção ou comercialização de bens ou serviços;

II) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento tecnológico ou investimentos;

III) dividir mercados de bens ou serviços ou fontes de suprimento de matéria-prima ou insumos;

IV) acordar ou coordenar ações que afetem ou possam afetar a concorrência, em concursos, leilões ou licitações públicas;

V) adotar, em relação a terceiros contratantes, condições desiguais, no caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na concorrência;

VI) subordinar a celebração de contratos, escritos ou não, à aceitação de prestações suplementares que, pela própria natureza ou pelos usos comerciais, não tenham relação com o objeto desses contratos;

VII) exercer pressão sobre cliente ou fornecedor, com o propósito de dissuadi-lo de determinada conduta, aplicar-lhe represália ou obrigá-lo a agir em determinado sentido.

Segunda Seção:

4 - Fica igualmente vedado que um ou mais agentes econômicos abusem de uma posição dominante, em todo ou em parte substancial do Mercosul.

O abuso de posição dominante poderá consistir, dentre outras, nas seguintes condutas:

a) impor, direta ou indiretamente, preços de compra ou venda ou outras transação não equitativas;

b) restringir, de modo injustificado, a produção, a distribuição e o desenvolvimento tecnológico, em prejuízo das empresas ou dos consumidores;

c) aplicar a terceiros contratantes condições desiguais em caso de prestações equivalentes, colocando-os assim em desvantagem na concorrência;

d) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte do outro contratante, de prestações suplementares que, por sua natureza, ou de acordo com os usos comerciais, não tenham relação com objeto dos contratos;

e) recusar, injustificadamente, a venda de bens ou prestação de serviços;

f) condicionar as transações, injustificadamente, ou de modo não fundado nos usos, costumes ou práticas comerciais, à não utilização, aquisição, venda, distribuição ou fornecimento de bens ou serviços produzidos, processados, distribuídos ou comercializados por terceiro;

g) vender bens ou prestar serviços a preços inferiores a seus preços habituais, a preço de custo ou a preços inferiores ao seu custo, sem razões fundadas nos usos, costumes e práticas comerciais, com a finalidade de eliminar a concorrência no mercado.

Terceira Seção:

5 - Os Estados Partes submeterão a controle as operações de qualquer natureza entre empresas ou grupo de empresas que impliquem uma concentração econômica, das quais resulte uma participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante e que possam produzir efeitos anticoncorrenciais em todo ou em parte do Mercosul.

Capítulo III

6 - Os Estados Partes cooperarão entre si, diretamente e/ou no âmbito da Comissão de Comércio, no sentido de assegurar o cumprimento oportuno e adequado das normas, procedimentos e ações que forem acordados em matéria de defesa da concorrência e do livre acesso ao mercado. Os mecanismos de cooperação poderão consistir no intercâmbio de informações, consultas, cooperação técnica e outros que sejam convenientes.

7 - Com o objetivo de prevenir eventuais causas anticompetitivas descritas nos artigos 3º e 4º, os Estados Partes estabelecerão, por intermédio da Comissão de Comércio, mecanismos de coordenação entre as respectivas autoridades de aplicação das leis nacionais de defesa da concorrência.

8 - A Comissão de Comércio zelará pela aplicação do instrumento sobre Defesa da Concorrência no Mercosul.

MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 18/96**PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DO MERCOSUL**

TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, a Decisão 21/94 do Conselho do Mercado Comum, a Resolução 129/94 do Grupo Mercado Comum e a Diretiva 1/95 da Comissão de Comércio do Mercosul.

CONSIDERANDO:

Que a livre circulação de bens e serviços entre os Estados Partes requer o estabelecimento de condições adequadas de concorrência;

Que é importante contar com um instrumento comum que preserve e promova a livre concorrência no âmbito do Mercosul e, assim, contribua para o cumprimento dos objetivos de livre comércio estabelecidos no Tratado de Assunção.

O CONSELHO DO MERCADO COMUM DECIDE:

Art. 1 - Aprovar o “Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul”, que consta como anexo e é parte integrante da presente Decisão.

Art.2 - As investigações de dumping realizadas por um Estado Parte relativas às importações originárias de outro Estado Parte serão efetuadas de acordo com as legislações nacionais até 31 de dezembro de 2000, prazo em que os Estados-partes analisarão as normas e as condições nas quais o tema será regulado no Mercosul.

Art. 3 - O início das investigações a que faz referência o artigo 2º da presente Decisão será procedido em todos os casos de um aviso prévio ao governo do país exportador envolvido do Mercosul, o qual poderá manter consultas e oferecer informações complementares para esclarecer o caso.

ANEXO 4

PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DO MERCOSUL

A República Argentina, a República Federativa do Brasil, A República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, doravante denominados Estados Partes,

CONSIDERANDO:

que a livre circulação de bens e serviços entre os Estados Partes torna imprescindível assegurar condições adequadas de concorrência, capazes de contribuir para a consolidação da União Aduaneira;

que os Estados Partes devem assegurar ao exercício das atividades econômicas em seus territórios iguais condições de livre concorrência;

que o crescimento equilibrado e harmônico das relações comerciais intra-zonais, assim como o aumento da competitividade das empresas estabelecidas nos Estados Partes, dependerão em grande medida da consolidação de um ambiente concorrencial no espaço integrado do MERCOSUL;

a necessidade urgente de se estabelecerem as diretrizes que orientarão os Estados Partes e as empresas neles sediadas na defesa da concorrência no MERCOSUL como instrumento capaz de assegurar o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica,

ACORDAM

Capítulo I - DO OBJETO E DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Art. 1º - O presente Protocolo tem por objetivo a defesa da concorrência no âmbito do MERCOSUL.

Art. 2º - As regras deste Protocolo aplicam-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do MERCOSUL e que afetam o comércio entre os Estados partes.

Parágrafo Único - Incluem-se entre as pessoas jurídicas a que se refere o *caput* deste artigo as empresas que exercem monopólio estatal, na medida em que as regras deste Protocolo não impeçam o desempenho regular de atribuição legal.

Art. 3º - É da competência exclusiva de cada Estado Parte a regulação dos atos praticados no respectivo território por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado ou outra entidade nele domiciliada e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se restrinjam.

Capítulo II - DAS CONDUTAS E PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

Art. 4º - Constituem infração às normas do presente protocolo, independentemente de culpa, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objetivo ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes.

Art. 5º - A simples conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ofensa à concorrência.

Art. 6º - As seguintes condutas, além de outras, na medida que configurem as hipóteses do art. 4º, caracterizem práticas restritivas da concorrência:

I - fixar, impor ou praticar, direta ou indiretamente, em acordo com concorrente ou isoladamente, sob qualquer forma, preços e condições de compra ou de venda de bens, de prestação de serviços ou de produção.

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IV - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

V - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

VI - ajustar preços ou vantagens que possam afetar a concorrência em licitações públicas;

VII - adotar, em relação a terceiros contratantes, condições desiguais, no caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na concorrência;

VIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

IX - impedir o acesso do concorrente às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologias, bem como aos canais de distribuição

X - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

XI - realizar compra ou venda sujeita à condição de não usar ou adquirir, vender ou fornecer bens ou serviços produzidos, processados, distribuídos ou comercializados por um terceiro;

XII - vender, por razões não justificadas nas práticas comerciais, mercadoria abaixo do preço de custo;

XIII - recusar injustificadamente a venda de bens ou a prestação de serviços;

XIV - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem causa justificada;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa.

XVII - manipular mercado para impor preços.

Capítulo III - DO CONTROLE DE ATOS E CONTRATOS

Art. 7º - Os Estados Partes adotarão, para fins de incorporação à normativa do MERCOSUL e dentro do prazo de 2 anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul.

Capítulo IV - DO ÓRGÃOS DE APLICAÇÃO

Art. 8º - Compete à Comissão de Comércio do MERCOSUL, nos termos do artigo 19 do Protocolo de Ouro Preto, e ao Comitê de Defesa da Concorrência aplicar o presente Protocolo.

Parágrafo Único - O comitê de Defesa da Concorrência, órgão de natureza intergovernamental, será integrado pelos órgãos nacionais de aplicação do presente Protocolo em cada Estado Parte.

Art. 9º - O Comitê de Defesa da Concorrência submeterá à aprovação da Comissão de Comércio do MERCOSUL a regulamentação do presente Protocolo.

Capítulo V - DO PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO

Art. 10 - Os órgãos nacionais de aplicação iniciarão o procedimento previsto no presente Protocolo de ofício ou mediante representação fundamentada de parte legitimamente interessada, que deverá ser encaminhada ao Comitê de Defesa da Concorrência, juntamente com avaliação técnica preliminar.

Art. 11 - O Comitê de Defesa da Concorrência, após análise técnica preliminar, procederá à instauração da investigação ou, *ad referendum* da Comissão de Comércio do MERCOSUL, o arquivamento do processo.

Art. 12 - O Comitê de Defesa da Concorrência encaminhará regularmente à Comissão de Comércio do MERCOSUL relatórios sobre o estado de tramitação dos casos em estudo.

Art. 13 - Em caso de urgência ou ameaça de dano irreparável à concorrência, o Comitê de Defesa da Concorrência definirá, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, a aplicação de medidas preventivas, inclusive a imediata cessação da prática sob investigação, a reversão à situação anterior ou outras que considere necessárias.

§ 1º - Em caso de inobservância à medida preventiva, o Comitê de Defesa da Concorrência poderá definir, *ad referendum* da Comissão de Comércio do MERCOSUL, a aplicação de multa à parte infratora.

§ 2º - A aplicação de medida preventiva ou de multa será executada pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado o representado.

Art. 14 - O Comitê de Defesa da Concorrência estabelecerá, em cada caso investigado, pautas que definirão, entre outros aspectos, a estrutura do mercado relevante, os meios de prova das condutas e os critérios de análise dos efeitos econômicos da prática sob investigação.

Art. 15 - O órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado o representado realizará a investigação da prática restritiva da concorrência, levando em conta as pautas definidas no artigo 14.

§ 1º - O órgão nacional de aplicação que estiver procedendo a investigação divulgará relatórios periódicos sobre as suas atividades.

§ 2º - Será assegurado ao representado o exercício do direito de defesa.

Art. 16 - Aos órgãos nacionais de aplicação dos demais Estados Partes compete auxiliar o órgão nacional responsável pela investigação mediante o fornecimento de informações, documentos e outros meios considerados essenciais para a correta execução do procedimento investigatório.

Art. 17 - Na hipótese de ocorrência de divergências a respeito da aplicação dos procedimentos previstos neste Protocolo, o Comitê de Defesa da Concorrência poderá solicitar à Comissão de Comércio do MERCOSUL pronunciamento sobre a matéria.

Art. 18 - Uma vez concluído o processo investigatório, o órgão nacional responsável pela investigação apresentará ao Comitê de Defesa da Concorrência parecer conclusivo sobre a matéria.

Art. 19 - O Comitê de Defesa da Concorrência examinará o parecer emitido pelo órgão nacional de aplicação e, *ad referendum* da Comissão de Comércio do MERCOSUL, definirá as práticas infrativas e estabelecerá as sanções a serem impostas ou as demais medidas cabíveis ao caso.

Parágrafo Único - Se o Comitê de Defesa da Concorrência não alcançar o consenso, encaminhará suas conclusões à Comissão de Comércio do MERCOSUL, consignando as divergências existentes.

Art. 20 - A Comissão de Comércio do MERCOSUL, levando em consideração o parecer ou as conclusões do Comitê de Defesa da Concorrência, se pronunciará mediante a adoção de Diretiva, definindo as sanções a serem aplicadas à parte infratora ou as medidas cabíveis ao caso.

§ 1º - As sanções serão aplicadas pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora.

§ 2º - Se não for alcançado o consenso, a Comissão de Comércio do MERCOSUL encaminhará as diferentes alternativas propostas ao Grupo Mercado Comum.

Art. 21 - O Grupo Mercado Comum se pronunciará sobre a matéria mediante a adoção de Resolução.

Parágrafo Único - Se o Grupo Mercado Comum não alcançar o consenso, o Estado Parte interessado poderá recorrer diretamente ao procedimento previsto no Capítulo IV do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias.

Capítulo VI - DO COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

Art. 22 - Em qualquer fase do procedimento o Comitê de Defesa da Concorrência poderá homologar, *ad referendum* da Comissão de Comércio do MERCOSUL, Compromisso de Cessação da prática sob investigação, o qual não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

Art. 23 - O Compromisso de Cessação conterà, necessariamente, as seguintes cláusulas:

a) obrigações de representado, no sentido de cessar a prática investigada no prazo estabelecido;

b) valor de multa a ser imposta no caso de descumprimento do Compromisso de Cessação;

c) obrigação do representado de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo o órgão nacional de aplicação informado sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

Art. 24 - O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o Compromisso de Cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas as condições estabelecidas no Compromisso.

Art. 25 - O Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio do MERCOSUL, poderá homologar alterações no Compromisso de Cessação, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração à concorrência.

Art. 26 - O Compromisso de Cessação, as alterações do Compromisso e a sanção a que se refere o presente capítulo serão levadas a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado o representado.

Capítulo VII - DAS SANÇÕES

Art. 27 - O Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio do MERCOSUL, determinará a cessação definitiva da prática infrativa dentro de prazo a ser especificado.

§ 1º - Em caso de descumprimento da ordem de cessação, será aplicada multa diária a ser definida pelo Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio do MERCOSUL;

§ 2º - A determinação de cessação, bem como a aplicação de multa serão levadas a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora.

Art. 28 - Em caso de violação às normas do presente Protocolo, aplicar-se-ão as seguintes sanções, cumulada ou alternativamente:

I - multa, baseada nos lucros obtidos com a prática infrativa, no faturamento bruto ou nos ativos envolvidos, a qual reverterá a favor do órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora;

II - proibição de participar de regimes de compras públicas em quaisquer dos Estados Partes, pelo prazo que determinar;

III - proibição de contratar com instituições financeiras públicas de quaisquer dos Estados Partes, pelo prazo que determinar;

§ 1º - O Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio do MERCOSUL, poderá ainda recomendar às autoridades competentes dos Estados Partes

que não concedam ao infrator incentivos de qualquer natureza ou facilidades de pagamento de suas obrigações de natureza tributária.

§ 2º - As penalidades previstas neste artigo serão levadas a efeito pelo, órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora.

Art. 29 - Para a gradação das sanções estabelecidas no presente Protocolo, considerar-se-ão a gravidade dos fatos e o nível dos danos causados à concorrência no âmbito do MERCOSUL.

Capítulo VIII - DA COOPERAÇÃO

Art. 30 - Para assegurar a implementação do presente Protocolo, os Estados Partes, por meio dos respectivos órgãos nacionais de aplicação adotarão mecanismos de cooperação e consultas no plano técnico no sentido de:

a) sistematizar e intensificar a cooperação entre os órgãos e autoridades nacionais responsáveis com vistas ao aperfeiçoamento dos sistemas nacionais e dos instrumentos comuns de defesa da concorrência, mediante um programa de intercâmbio de informações e experiências, de treinamento de técnicos e de compilação da jurisprudência relativa à defesa da competência, bem como da investigação conjunta das práticas lesivas à concorrência no MERCOSUL;

b) identificar e mobilizar, inclusive por meio de acordos de cooperação técnica em matéria de defesa da concorrência celebrados com outros Estados ou agrupamentos regionais, os recursos necessários à implementação do programa de cooperação a que se refere a alínea anterior.

Capítulo IX - DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 31 - Aplica-se o disposto no Protocolo de Brasília e no Procedimento Geral para Reclamações Perante a Comissão de Comércio do MERCOSUL previsto no Anexo ao Protocolo de Ouro Preto às divergências relativas à aplicação, interpretação ou descumprimento das disposições contidas no presente Protocolo.

Capítulo X - DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 32 - Os Estados Partes comprometem-se, dentro do prazo de dois anos a contar da entrada em vigência do presente Protocolo, e para fins de incorporação a este instrumento, a elaborar normas e mecanismos comuns que disciplinem as ajudas de Estado que possam

limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados partes.

Para este fim, serão levados em consideração os avanços relativos ao tema das políticas públicas que distorcem a concorrência e as normas pertinentes da OMC.

Art. 33 - O presente Protocolo, parte integrante do Tratado de Assunção, entrará em vigor trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados Partes que o ratifiquem e, no caso dos demais signatários, no trigésimo dia após o depósito do respectivo instrumento de ratificação.

Art. 34 - Nenhuma disposição do presente Protocolo se aplicará a qualquer prática restritiva da concorrência cujo exame tenha sido iniciado por autoridade competente de um Estado Parte antes da entrada em vigor prevista no artigo 33.

Art. 35 - O presente Protocolo poderá ser revisto de comum acordo, por proposta de um dos Estados Partes.

Art. 36 - A adesão por parte de um Estado parte ao Tratado de Assunção implicará, *ipso iure*, a adesão ao presente Protocolo.

Art. 37 - O Governo da República do Paraguai será o depositário do presente Protocolo e dos instrumentos de ratificação, e enviará cópias devidamente autenticadas dos mesmos aos Governos dos demais Estados Partes.

Da mesma forma, o Governo da República do Paraguai notificará os Governos dos demais Estados partes a data de entrada em vigor do presente Protocolo, bem como a data de depósito dos instrumentos de ratificação.

Feito na cidade de Fortaleza, aos dezessete dias do mês de dezembro de 1996, em um original nos idiomas espanhol e português, sendo ambos os textos igualmente autênticos.